



# Asamblea General

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

## Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)  
27º periodo de sesiones  
Viena, 9 a 13 de diciembre de 2002

### Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

#### Nota de la Secretaría

#### Índice

*[La Introducción y la Primera Parte del proyecto de guía pueden verse en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63; el capítulo I de la Segunda Parte figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 y Add.2; el capítulo II.A y B figuran en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 y Add.4; el capítulo III.B a F y los capítulos IV a VII figuran en adiciones subsiguientes]*

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Segunda Parte (continuación)		
III. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia. . . . .		2
A. Bienes que se verán afectados . . . . .	57-70	2
1. Introducción . . . . .	57-58	2
2. Bienes de la masa de la insolvencia . . . . .	59-65	3
3. Bienes que podrán quedar fuera de la masa de la insolvencia. . . . .	66-68	5
4. Bienes recuperados . . . . .	69-70	7
Recomendaciones . . . . .	(27)-(29)	7



*Los números de párrafos que figuran entre corchetes remiten a los números de los párrafos pertinentes del documento A/CN.9/WG.V/WP.58, que es la versión anterior del texto de la Guía.*

*Los números de recomendaciones que figuran entre corchetes remiten a las recomendaciones pertinentes que figuran en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.61 y A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, versiones anteriores de las recomendaciones. En el presente documento, el texto agregado a las recomendaciones figura subrayado.*

## **Segunda Parte (continuación)**

### **III. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia**

#### **A. Bienes que se verán afectados**

##### **1. Introducción**

57. [40] Un rasgo básico del procedimiento de insolvencia es la necesidad de descubrir, reunir, observar 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, a veces denominado patrimonio de la insolvencia, sobre el que el representante de la insolvencia tendrá poderes especificados. En la presente Guía se utilizará el término “patrimonio” o “masa (patrimonial)” en su sentido funcional 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 de 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, el deudor puede no tener en absoluto esta facultad o puede tenerla únicamente en el curso ordinario de los negocios, en cuyo caso la constitución de garantías reales requerirá el consentimiento del representante de la insolvencia o del tribunal).

58. [41] Cualquiera que sea la tradición jurídica del país, el régimen de la insolvencia especificará claramente cuáles son los bienes que quedarán sujetos al procedimiento de insolvencia (quedando así englobados en lo que a veces se denomina la “masa de la insolvencia”) e indicará en qué medida los bienes se verán afectados por ese procedimiento, aclarando además los poderes relativos que tengan los diversos participantes con respecto a los bienes. La especificación de los bienes y su tratamiento determinarán el alcance y el curso de las actuaciones y, particularmente si se trata de una reorganización, influirán 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.

## 2. Bienes de la masa de la insolvencia

### a) Definición general de la masa de la insolvencia

59. [43] Cabe prever que la masa estará formada por todos los bienes sobre los que el deudor tenga algún derecho, independientemente de si en el momento de la apertura del procedimiento los bienes, que abarcan todos los bienes tanto corporales como inmateriales, están o no en posesión del deudor. Por lo general, formarán parte de la masa los bienes adquiridos por el deudor o por el representante de la insolvencia después de iniciarse el procedimiento de insolvencia. Los bienes corporales del deudor deberán ser fáciles de encontrar en sus estados financieros y en sus libros de contabilidad; entre esos bienes figuran el dinero en efectivo, el equipo, las existencias, las obras en curso de realización, las cuentas bancarias, las cuentas por cobrar y los bienes raíces. Los bienes inmateriales tal vez se definan de manera diversa en cada Estado, según el derecho interno, pero serán normalmente los bienes de propiedad intelectual, los conocimientos de embarque, los títulos bursátiles y los títulos financieros, las pólizas de seguros, los derechos contractuales (incluidos los relativos a los bienes que sean propiedad de terceros) y los derechos a emprender una acción derivados de un daño extracontractual<sup>1</sup> [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.

### b) Bienes gravados

60. Conviene destacar la importancia de si el régimen de la insolvencia de un país incluye en el patrimonio de la insolvencia los 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, por ejemplo, limitando 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). Cuando los bienes gravados forman parte de la masa de la insolvencia, pueden beneficiarse de cierta protección como, por ejemplo, el mantenimiento del valor del bien gravado y la previsión de determinadas situaciones en que el bien gravado puede separarse del patrimonio (véase, por ejemplo, el capítulo III.C). 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 a los acreedores garantizados de sus derechos reales sobre los bienes gravados, aun cuando ese régimen limite de hecho el ejercicio de tales derechos.

---

<sup>1</sup> Algunos ordenamientos excluyen los daños extracontractuales de carácter personal como la difamación, y los perjuicios derivados de la pérdida de crédito o reputación, en que el deudor sigue teniendo personalmente el derecho a demandar y a percibir lo obtenido porque, de lo contrario, se reduciría el incentivo para reclamar daños y perjuicios. [*¿Cuál sería la situación en caso de lesiones corporales?*]

61. [46] Otros regímenes de la insolvencia disponen que la insolvencia no afectará a los derechos de garantía, por lo que los acreedores garantizados podrán ejecutar sus derechos legales y contractuales. En algunos regímenes que prevén que aun cuando los bienes gravados no se vean afectados por la insolvencia, el deudor, con el consentimiento del representante de la insolvencia, puede solicitar al tribunal que impida la ejecución del derecho sobre un bien si éste es necesario para mantener el negocio en funcionamiento. [47] Excluir de la masa los bienes gravados puede tener la ventaja de favorecer por lo general la disponibilidad de crédito, ya que los acreedores garantizados 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. No obstante, deberá sopesarse esta ventaja general para la economía frente a otras ventajas que puede tener, en determinados casos de insolvencia, el hecho de colocar todos los bienes del deudor a disposición del procedimiento 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. La limitación del ejercicio de los derechos de los acreedores garantizados puede contribuir no sólo a dar un trato equitativo a todos los acreedores sino también, sobre todo, a mantener la viabilidad del procedimiento cuando el bien gravado sea indispensable para la empresa. Por ejemplo, cuando el equipo de fabricación o el edificio arrendado de la fábrica sean elementos indispensables para el funcionamiento de la empresa del deudor, no podrá procederse a la reorganización ni a la venta de la empresa como negocio en marcha si en el procedimiento no se puede contar con el equipo ni con el edificio.

62. Los regímenes de la insolvencia pueden ofrecer diversas opciones a los acreedores garantizados para hacer valer su garantía. Por ejemplo, los acreedores pueden hacer efectiva su garantía cuando el régimen de la insolvencia lo permita, previa presentación por el acreedor de una reclamación como acreedor no garantizado cuando el importe obtenido sea inferior al valor de la reclamación (cuando ese importe sea superior a la reclamación, el acreedor garantizado deberá dar cuenta de esta suma adicional al representante de la insolvencia); también puede hacerse evaluar los bienes y presentar una reclamación como acreedor no garantizado por el importe de la diferencia; asimismo se puede entregar el bien gravado al representante de la insolvencia con la condición de que se abone su valor.

**c) Propiedad conjunta de bienes**

63. Cuando el deudor sea una persona física y los bienes personales sean propiedad conjunta del deudor y de su cónyuge, los regímenes de la insolvencia adoptan distintos criterios para el tratamiento de esos bienes. Uno de ellos consiste en excluirlos por completo del patrimonio. Otro criterio consiste en que cuando se abra un procedimiento para reclamar los bienes de un cónyuge, la parte de los bienes conjuntos que pertenezca a ese cónyuge puede considerarse parte del patrimonio de la insolvencia si, en virtud del derecho general, esta parte puede dividirse a efectos de ejecución (en cuyo caso la división de los bienes se realizará al margen del régimen de la insolvencia y del procedimiento).

**d) Bienes que sean propiedad de terceros**

64. [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. Algunos regímenes de la insolvencia consideran que esos bienes forman parte del patrimonio. En otros casos, el patrimonio comprenderá en general, tal como se indica más arriba en la definición general de la masa, cualquier derecho que tenga el deudor sobre los bienes que sean propiedad de terceros. [48] En algunos supuestos de insolvencia, estos bienes pueden ser indispensables para la explotación ininterrumpida del negocio, tanto en caso de reorganización como en caso de liquidación con venta de la empresa como negocio en marcha, y sería ventajoso que el régimen de la insolvencia previera algún mecanismo para retener estos bienes como parte de la masa de la insolvencia. Esta cuestión se examina con mayor detalle en el capítulo III.C.

**e) Fecha de constitución del patrimonio**

65. [42] El régimen de la insolvencia debe especificar la fecha a partir de la cual se considerará que los bienes forman parte de la masa de la insolvencia, a fin de dar seguridad y certeza al deudor y a los acreedores. 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 esta fecha, ya sea en el ejercicio de sus poderes para anular ciertos actos (véase el capítulo III.F) o en el curso normal de la explotación del negocio del deudor.

**3. Bienes que podrán quedar fuera de la masa de la insolvencia****a) Exclusiones generales**

66. El régimen de la insolvencia puede especificar que ciertos bienes estarán excluidos del patrimonio de la insolvencia. A este respecto, los regímenes pueden seguir distintos criterios. Entre los bienes excluidos del patrimonio pueden figurar ciertos bienes que sean propiedad de terceros y que estén en posesión del deudor en la fecha de apertura del procedimiento, como los bienes en fideicomiso y los bienes que estén en posesión del deudor en virtud de un arreglo (contractual o de otra índole) que no prevea la transferencia de la titularidad sino la utilización de los bienes y su devolución al propietario una vez que se hayan cumplido los fines para los cuales estuvieron en posesión del deudor<sup>2</sup>. Puede requerir especial atención el tratamiento de los bienes que utilice el deudor en virtud de un acuerdo de arrendamiento conforme al cual el arrendador mantenga la titularidad jurídica sobre el bien. En algunos ordenamientos, los bienes sobre los que el acreedor conserve la titularidad o la propiedad (por ejemplo, la retención de titularidad por el acreedor garantizado, o en virtud de un acuerdo de arrendamiento) pueden separarse del patrimonio de la insolvencia. En otros ordenamientos, si las cláusulas económicas de la operación (que no suponga una transferencia de titularidad al deudor)

---

<sup>2</sup> Ese arreglo puede denominarse fianza, depósito o [...].

demuestran que lo que se pretende es financiar la adquisición de un bien, aunque la operación esté estructurada como un arrendamiento, el arreglo podrá considerarse un acuerdo de préstamo garantizado y el arrendador estará sujeto al mismo tratamiento que otros acreedores garantizados. La operación se tendrá por un mecanismo de financiación cuando, al concluir el período de arrendamiento, el deudor pueda retener el bien a efectos de pago de una suma nominal o el valor restante del bien sea despreciable. En ambos casos, el representante de la insolvencia puede utilizar el bien si cumple determinadas condiciones descritas en el capítulo III.C.

*[Obsérvese que en el actual proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas se recomienda que todos estos mecanismos jurídicos se reagrupen con otras formas de acuerdos de crédito garantizado en una categoría general de “garantías reales” y que se traten del mismo modo en los procedimientos de insolvencia, pero el Grupo de Trabajo VI aún no ha ultimado este concepto.]*

**b) Bienes extranjeros**

67. La cuestión de si los bienes del deudor que se encuentran fuera del país en que tiene lugar el procedimiento formarán parte o no del patrimonio de la insolvencia plantea problemas de insolvencia transfronteriza. Algunos regímenes de la insolvencia adoptan el criterio de que sólo debe haber un único procedimiento de insolvencia que tenga lugar en el país en que el deudor tenga su administración central o en el país en que su empresa se haya inscrito o constituido (criterio del centro de los intereses principales) y que será aplicable a los bienes del deudor dondequiera que se encuentren (criterio universal). Otros regímenes de la insolvencia prevén la apertura de procedimientos en todos los países en que la empresa tenga bienes o en que se encuentren distintas filiales o distintos establecimientos del deudor (criterio territorial). Esta diversidad de criterios crea una considerable incertidumbre y supone un obstáculo para la aplicación eficaz de los regímenes nacionales de la insolvencia. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza establece un régimen de cooperación eficaz en casos de insolvencia transfronteriza mediante el reconocimiento de las decisiones extranjeras y el acceso de representantes de la insolvencia extranjeros a procedimientos judiciales nacionales. Este régimen tiene la finalidad de ser compatible con todos los ordenamientos jurídicos y se analiza con más detalle en el capítulo VIII.

**c) Cuando el deudor sea una persona física**

68. [45] Tratándose de personas físicas, el régimen de la insolvencia puede disponer que se excluyan del patrimonio ciertos bienes correspondientes a ingresos reportados por la prestación de servicios personales con posterioridad a la solicitud de apertura, los bienes que el deudor necesite para ganar su sustento y los bienes que sean de uso personal o enseres del hogar, como muebles, equipo doméstico, ropa de cama, ropa en general y otros bienes que puedan ser necesarios para satisfacer las necesidades domésticas del deudor y de su familia. 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. Al

determinar esas exclusiones, habría que tener en cuenta las obligaciones aplicables de derechos humanos, incluidas las obligaciones internacionales, que se hayan concebido para la protección del deudor y de sus familiares y que puedan afectar a las exclusiones que se hagan<sup>3</sup>.

#### **4. Bienes recuperados**

##### **a) Procedimientos de anulación**

69. [50] Entre los bienes que quedarán sujetos al procedimiento figurarán aquellos bienes recuperados por el representante de la insolvencia que se sustrajeron indebidamente a la masa o que se transfirieron estando ya el deudor en situación de insolvencia, con la consiguiente violación del principio *pari passu* (según el cual los acreedores de una misma categoría deben ser tratados en pie de igualdad y deben cobrar con cargo a la masa en proporción al valor de su crédito). En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se prevé alguna vía para anular, recuperando su valor, operaciones anteriores al procedimiento por las que se haya concedido un trato preferente a algunos acreedores o que hayan sido fraudulentas o se hayan efectuado con miras a frustrar los derechos de los acreedores (véase la Segunda Parte, capítulo III.F).

##### **b) Operaciones no autorizadas**

70. Muchos regímenes de la insolvencia prevén medidas para limitar la forma en que un deudor sujeto a un procedimiento de insolvencia puede negociar sus bienes sin la autorización del tribunal o del representante de la insolvencia. Por lo general, estas restricciones se aplican después de la solicitud de apertura de procedimiento (en los casos en que la facultad para negociar los bienes del patrimonio se encomienda a un representante provisional de la insolvencia) y una vez iniciado el procedimiento de insolvencia. Algunos regímenes declaran nulas e inejecutables respecto del patrimonio las operaciones por las que se efectúen transferencias no autorizadas de bienes, y permiten exigir los bienes transferidos, salvo en algunos casos en que la otra parte aporte una contraprestación o pueda demostrar que la operación no perjudicó los derechos de los acreedores. Otros regímenes llegan al mismo resultado previendo disposiciones de anulación de contratos no autorizados. Algunos de estos regímenes especifican los tipos de operaciones que pueden anularse en tales casos, como pueden ser el cumplimiento de obligaciones nacidas antes de la apertura del procedimiento, el pago de deudas anteriores a la solicitud de apertura, la constitución de garantías sobre bienes del patrimonio y la enajenación de cualquier derecho o bien que forme parte de la masa de la insolvencia.

## **Recomendaciones**

### **Finalidad de las disposiciones legales**

La finalidad de las disposiciones relativas a los bienes afectados por la apertura de un procedimiento de insolvencia es:

---

<sup>3</sup> En Europa, por ejemplo, es pertinente EL Convenio Europeo de Derechos Humanos.

- a) determinar los bienes que constituirán la masa de la insolvencia;
- ~~b) indicar la manera cómo los derechos sobre esos bienes se verán afectados por la apertura del procedimiento de insolvencia;~~
- b) determinar los bienes que quedarán específicamente excluidos del patrimonio de la insolvencia;
- ~~d) indicar la manera cómo los bienes de propiedad de terceros y los bienes gravados por garantías reales se verán afectados por la apertura del procedimiento de insolvencia.~~

## Contenido de las disposiciones legales

### *Bienes que constituyen el patrimonio de la insolvencia*

27) [24)] El régimen de la insolvencia debería especificar los bienes que deban formar parte del patrimonio de la insolvencia. Estos bienes ~~deben comprender~~ podrían ser los siguientes:

- a) los bienes tanto corporales como inmateriales que sean propiedad del deudor<sup>4</sup>, independientemente de si están en posesión del deudor y de si están sujetos a una garantía real en beneficio de un acreedor [*determinados con arreglo al derecho del Estado que rija los bienes y las operaciones financieras garantizadas*];
- b) los bienes adquiridos después de la apertura del procedimiento de insolvencia; y
- c) los bienes recuperados mediante acciones de anulación y otras acciones entabladas por el representante de la insolvencia, incluidas las de impugnación de operaciones no autorizadas.

28) En el caso de un procedimiento de insolvencia iniciado en el Estado en el que el deudor tenga el centro de sus intereses principales, el régimen de la insolvencia debería especificar si formarán parte del patrimonio todos los bienes, dondequiera que se encuentren.

### *Bienes que cabe excluir ~~persona físicas~~*

29) [25)] El régimen de la insolvencia debería especificar los bienes que deban excluirse del patrimonio de la insolvencia. Cuando el deudor sea una persona física, ~~el régimen de la insolvencia debe concretar los bienes que quedarán fuera de la masa, especialmente se excluirán~~ también los bienes necesarios para preservar los derechos personales del deudor, entre los que pueden figurar bienes adquiridos después de la apertura del procedimiento de insolvencia. En general no se prevén exclusiones para las entidades deudoras.

---

<sup>4</sup> Los bienes inmateriales pueden definirse de diversos modos según los ordenamientos, pero pueden incluir los derechos de propiedad intelectual, los conocimientos de embarque, los valores bursátiles y los títulos financieros, las pólizas de seguros, los derechos contractuales (incluidos los relativos a los bienes que sean propiedad de terceros) y los derechos a entablar acciones judiciales a causa de daños extracontractuales.