



Asamblea General

Distr. general
20 de enero de 2003
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

36º período de sesiones

Viena, 30 de junio a 18 de julio de 2003

Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) acerca de la labor de su 27º período de sesiones (Viena, 9 a 13 de diciembre de 2002)

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción: Resumen de las anteriores deliberaciones del Grupo de Trabajo	1-9	2
II. Organización del período de sesiones	10-16	3
III. Resumen de las deliberaciones y decisiones	17	5
IV. Elaboración de un proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia.	18-165	5
1. Segunda Parte. Capítulo II. Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia	18-80	5
A. Condiciones de admisibilidad y jurisdicción (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3)	18-31	5
B. Criterios para la presentación de una solicitud y para la apertura de un procedimiento (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.4)	32-80	8
2. Capítulo III. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia	81-165	17
A. Bienes que se verán afectados (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5)	81-95	17
B. Protección y conservación de la masa de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6)	96-124	19
C. Utilización y disposición de los bienes (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.7)	125-140	24
D. Régimen aplicable a los contratos (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.8)	141-156	27
E. Procedimientos de nulidad (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9)	157-165	31



I. Introducción: Resumen de las anteriores deliberaciones del Grupo de Trabajo

1. La Comisión, en su 32º período de sesiones (1999), tuvo a su disposición una propuesta de Australia (A/CN.9/462/Add.1) sobre la posible futura labor en lo referente al régimen de la insolvencia. Esa propuesta había recomendado que, en vista del carácter universal de su composición, del éxito de su labor anterior sobre la insolvencia transfronteriza y de sus sólidas relaciones de trabajo con otras organizaciones internacionales interesadas o especializadas en el régimen de la insolvencia, la Comisión era un foro apropiado para debatir las cuestiones relacionadas con el régimen de la insolvencia. La propuesta instaba a la Comisión a que estudiara la posibilidad de encargar a un grupo de trabajo el desarrollo de un régimen modelo de la insolvencia para sociedades mercantiles con el fin de fomentar y alentar la adopción de regímenes nacionales eficaces en esta materia.

2. En la Comisión se reconoció cuán importante era para todos los países disponer de sólidos regímenes de la insolvencia. Se expresó la opinión de que el tipo de régimen de insolvencia que un país había adoptado se había convertido en un factor decisivo a la hora de evaluar la solidez de su mercado crediticio. Se manifestó inquietud, no obstante, ante la dificultad de elaborar un régimen internacional de la insolvencia, que respetara opciones sociopolíticas delicadas y potencialmente divergentes. En vista de estas dificultades, se expresó el temor de que no fuera posible llevar a buen fin los trabajos. Se dijo que no era nada probable que resultase posible hacer una ley modelo universalmente aceptable, por lo que haría falta adoptar un enfoque flexible que dejara diversas opciones abiertas a los Estados. Si bien se expresó apoyo en la Comisión a favor de esa flexibilidad, se convino en que la Comisión no podía comprometerse a crear un grupo de trabajo para preparar una ley modelo o algún otro texto sin un ulterior estudio de la labor ya realizada por otras organizaciones y la consideración de las cuestiones pertinentes.

3. Para facilitar ese ulterior estudio, la Comisión decidió convocar un período de sesiones exploratorio de un grupo de trabajo para preparar una propuesta de viabilidad a efectos de someterla a la consideración de la Comisión en su 33º período de sesiones. Ese período de sesiones se celebró en Viena del 6 al 17 de diciembre de 1999

4. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tomó nota de la recomendación que el Grupo de Trabajo había hecho en el informe, (A/CN.9/469, párr. 140) y dio al Grupo el mandato de preparar una exposición completa de los principales objetivos y características básicas de un régimen de la insolvencia eficiente, que regulara la relación del deudor con sus acreedores, al tiempo que examinaba la reestructuración por vía extrajudicial de la empresa deudora, así como de preparar una guía legislativa que ofreciera enfoques flexibles para la aplicación de esos objetivos y características, incluido un análisis de los diversos enfoques posibles y de los beneficios e inconvenientes que se apreciaban en relación con ellos¹.

5. Se convino en que, al realizar esta tarea, el Grupo de Trabajo habría de tener presente la labor en curso o ya realizada por otras organizaciones, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Asiático de Desarrollo (BAsD), la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia

(INSOL) y el Comité J de la Sección de Derecho Mercantil de la Asociación Internacional de Abogados (AIA). A fin de conocer las opiniones y de beneficiarse de los conocimientos de esas organizaciones, la Secretaría, en colaboración con la INSOL y con la AIA, organizó, del 4 al 6 de diciembre de 2000 en Viena, el Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI/INSOL/Asociación Internacional de Abogados.

6. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tuvo a su disposición el informe del coloquio (A/CN.9/495).

7. La Comisión tomó nota con satisfacción del informe y encomió la labor realizada hasta el momento, en particular la celebración del Coloquio Mundial sobre la Insolvencia y los esfuerzos de coordinación con los trabajos llevados a cabo por otras organizaciones internacionales sobre el tema del régimen de la insolvencia. La Comisión examinó las recomendaciones del Coloquio, en particular con respecto a la forma que había de darse al texto preparado y a la interpretación del mandato dado al Grupo de Trabajo por la Comisión en su 33º período de sesiones. La Comisión confirmó que el mandato debía ser interpretado en sentido lato a fin de conseguir que el texto preparado resultara apropiadamente flexible, debiéndosele dar la forma de una guía legislativa. A fin de evitar que la guía fuera demasiado general o abstracta para impartir la orientación requerida, la Comisión sugirió que el Grupo de Trabajo tuviera presente la necesidad de ser tan concreto como fuera posible en el desarrollo de su labor. Con ese fin, debía contener, en la medida de lo posible, disposiciones legales modelo, incluso aunque sólo trataran algunas de las cuestiones que habían de figurar en la guía².

8. El Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia, en su 24º período de sesiones celebrado en Nueva York del 23 de julio al 3 de agosto de 2001, comenzó a ocuparse del tema examinando el primer proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia. El informe sobre ese período de sesiones figura en el documento A/CN.9/504. La labor se reanudó en los períodos de sesiones 25º, celebrado en Viena del 3 al 14 de diciembre de 2001, y 26º, celebrado en Nueva York del 13 al 17 de mayo de 2002. Los documentos A/CN.9/507 y A/CN.9/511 recogen, respectivamente, los informes correspondientes.

9. En su 35º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión tuvo a su disposición los informes del Grupo de Trabajo sobre la labor de sus períodos de sesiones 24º, 25º y 26º. La Comisión observó que en su 26º período de sesiones, tras haber examinado la fecha en que podría concluir su labor, el Grupo de Trabajo había estimado que estaría en mejores condiciones de formular una recomendación a la Comisión después de la celebración de su 27º período de sesiones (Viena, del 9 al 13 de diciembre de 2002), ya que entonces tendría la oportunidad de examinar otra versión del proyecto de guía legislativa. La Comisión pidió al Grupo de Trabajo que en su 27º período de sesiones siguiera elaborando dicha guía y examinara nuevamente la fecha en que podría concluir su labor³.

II. Organización del período de sesiones

10. El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), compuesto por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 27º período de sesiones del 9 al 13 de diciembre de 2002 en Viena. Asistieron al período de sesiones representantes de los

siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argentina, Austria, Brasil, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Lituania, México, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumania, Rwanda, Singapur, Sudán, Suecia y Tailandia.

11. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Argelia, Australia, Bulgaria, Eslovaquia, Filipinas, Indonesia, Irlanda, Jordania, Líbano, Nigeria, Polonia, República Árabe Siria, República de Corea, Suiza, Turquía, Ucrania y Venezuela.

12. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: a) organizaciones del sistema de las Naciones Unidas: Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Mundial; b) organizaciones intergubernamentales: Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana (AALCO), Mercado Común del África Meridional y Oriental (COMESA), Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado; c) organizaciones no gubernamentales invitadas por la Comisión: *American Bar Association* (ABA), *American Bar Foundation* (ABF), *Center of Legal Competence* (CLC), *Groupe de Réflexion sur L'Insolvabilité et sa Prévention* (GRIP 21), Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL), Asociación Internacional de Abogados (ABA), Comité J (Asociación Internacional de Abogados) e *International Insolvency Institute* (III) .

13. El Grupo de Trabajo eligió las siguientes autoridades:

Presidente: Sr. Wisit WISITSORA-AT (Tailandia)

Relator: Sr. Luis Humberto USTÁRIZ GONZÁLEZ (Colombia)

14. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición una nota de la Secretaría: Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.63 y Add. 3 a 15). Esos documentos, en los que se recogía el texto del comentario de la Guía junto con recomendaciones, se habían revisado teniendo en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 25º y 26º.

15. Se dispuso también del siguiente material de referencia: Posible labor futura sobre el régimen de la insolvencia: nota de la Secretaría A/CN.9/WG.V/WP.50; informes del Secretario General A/CN.9/WG.V/WP.54, A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 y 2; A/CN.9/WG.V/WP.55; A/CN.9/WG.V/WP.57; A/CN.9/WG.V/WP.58; A/CN.9/WG.V/WP.59; A/CN.9/WG.V/WP.61; A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1 y 2; informe sobre el Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI/INSOL/Asociación Internacional de Abogados (2000) A/CN.9/495; informe de la CNUDMI sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 34º (2001) A/56/17 y 35º (2002) A/57/17; informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) acerca de la labor realizada en sus períodos de sesiones 22º (1999) A/CN.9/469, 24º (julio/agosto de 2001) A/CN.9/504; 25º (diciembre de 2001), A/CN.9/507; y 26º (mayo de 2002) A/CN.9/511.

16. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Calendario de sesiones.
2. Elección de la Mesa.

3. Aprobación del programa.
4. Preparación de una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. Resumen de las deliberaciones y decisiones

17. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia que abarcaba desde el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 hasta el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9, recomendación 76). A continuación se recogen las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo respecto de los diversos documentos de adición. El Grupo de Trabajo señaló que tal vez no se disponga de tiempo suficiente para preparar revisiones del material examinado durante el actual período de sesiones para que se ocupe de él el Grupo de Trabajo en su 28º período de sesiones en Nueva York (24 a 28 de febrero de 2003). Atendiendo a la solicitud de la Comisión de que estudiara su situación y sus previsiones sobre la fecha en que podría concluir la Guía Legislativa, el Grupo de Trabajo subrayó la necesidad de ultimar la Guía lo antes posible y recomendó que aunque el proyecto de guía no esté finalizado a tiempo para que la Comisión lo apruebe en 2003, convendría presentarle en 2003 consideraciones preliminares y una evaluación de los criterios en que se basa la Guía Legislativa. Este enfoque facilitaría la utilización de la Guía Legislativa como instrumento de referencia antes de que se adoptara definitivamente en 2004 y brindaría a los países que no hubieran participado en el Grupo de Trabajo la oportunidad de examinar la evolución de los trabajos. Se señaló que, para concluir y perfeccionar su labor, el Grupo de Trabajo tal vez precisara otros períodos de sesiones durante el segundo semestre de 2003 y quizás también durante el primer semestre de 2004.

IV. Elaboración de un proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Segunda Parte. Capítulo II. Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia

A. Condiciones de admisibilidad y jurisdicción (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3)

Párrafos 1 y 2 – Condiciones de admisibilidad: deudores a los que sea aplicable el régimen de la insolvencia

18. Hubo apoyo general para mantener en el texto los párrafos 1 y 2 tal como estaban redactados.

Párrafos 3 y 4 – Deudores: personas físicas dedicadas a la actividad comercial

19. Se sugirió que, dado que la insolvencia de personas físicas hacía necesario la consideración de aspectos sociales y políticos diferentes a los de las entidades

comerciales, se suprimiese el análisis al respecto en el comentario, o bien se trasladase a una sección aparte y se analizaran más a fondo los aspectos diferentes a considerar. Tras un debate, se expresó, sin embargo, apoyo general a favor de mantener el texto sobre las personas físicas que participan en actividades comerciales y sobre la aplicabilidad del régimen de insolvencia a esas personas tal como estaba redactado. Se observó que en muchos países el comercio era practicado por personas físicas y que el omitirlas afectaría apreciablemente el funcionamiento, y la eficacia, del régimen de la insolvencia.

Párrafos 5 y 6 – Empresas públicas

20. Se manifestó inquietud en lo que respecta a las organizaciones gubernamentales, los municipios y otras entidades análogas y a si estaban tratadas, o deberían tratarse, en la Guía. Hubo acuerdo general en que la Guía debía aplicarse únicamente a las empresas comerciales, lo que no abarcaría a las entidades gubernamentales o análogas, excepto en la medida en que encajasen en la definición de una empresa de propiedad estatal y dedicada a actividades comerciales. Para aclarar el texto presente, se pidió a la secretaría que añadiese palabras en el sentido de que no había intención de que la Guía se aplicara a los Estados, a los gobiernos de sus subdivisiones, a los municipios y a entidades análogas.

21. Se consideró que el párrafo 6 era, en cuanto al fondo, aceptable.

Párrafos 7 a 9 – Jurisdicción: centro de los intereses principales

22. Se manifestó apoyo a favor de una sugerencia de enmendar los párrafos de manera que fuesen conformes con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, en particular con el artículo 28 y la apertura de actuaciones no relacionadas con el procedimiento principal de la insolvencia sobre la base de la presencia de bienes.

23. Se hizo la proposición de que la Guía se centrara sólo en una oficina registrada del deudor y no creara una presunción respecto del centro de sus intereses principales. Tras un debate, empero, hubo acuerdo general en que se mantuviera la presunción, en particular para regular las situaciones en que el centro de los intereses principales del deudor no coincidiese con su oficina registrada, situación que se daba comúnmente en la práctica.

24. Con respecto a la nota de pie de página 1 correspondiente al párrafo 9 de la Guía, hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo en que la Ley Modelo y la Guía para la Incorporación al Derecho Interno se adjuntaran como capítulo adicional de la Guía. Se reconoció que ocuparse de las cuestiones transfronterizas era parte esencial de un régimen moderno de la insolvencia y que añadir ese material sería una ayuda para los lectores de la Guía. Se observó la necesidad de lograr la conformidad entre la Guía y la Ley Modelo, y que quizá fuera necesario introducir leves modificaciones en la Guía para actualizar ciertas remisiones.

Párrafos 10 a 13 – Establecimiento y presencia de bienes

25. El Grupo de Trabajo consideró que el contenido de los párrafos era aceptable.

Recomendaciones

26. Se sugirió que se suprimiese por innecesaria la palabra “general”, entre corchetes, en las cláusulas a) y b) de la sección de la disposición sobre la finalidad. No obstante, recibió amplio apoyo la conservación del término para evitar la ambigüedad, especialmente cuando los Estados tuviesen regímenes especiales de la insolvencia (distintos del régimen general) para ciertos tipos de empresas. Se observó que si se mantenía el término, habría que usarlo coherentemente en toda la Guía.

27. Se hizo una sugerencia de que podría ayudar en la interpretación que la palabra “tribunales” fuese calificada en el apartado d) de la sección sobre la finalidad. También se sugirió suprimir el apartado d), fundándose en que la cuestión de la delegación judicial debía determinarla el derecho de cada país. Se replicó, que existía la necesidad de concretar dónde se practicaría el procedimiento de insolvencia para facilitar la solicitud de apertura. Tras un debate, se apoyó en general la conservación del apartado d). Se sugirió que la Guía fuera más lejos e indicara los tipos de tribunales que podrían abrir un procedimiento, tanto por lo que se refiere a la localidad como a la materia. Esas sugerencias recibieron cierto apoyo.

28. Se planteó una pregunta sobre las organizaciones sin fines de lucro que llevaban a cabo actividades comerciales, como los hospitales, acerca de si entraban en el significado de “comercial”. Para aclarar la cuestión, se sugirió añadir las palabras “con fines de lucro o sin ellos” para modificar la palabra “comercial” en la recomendación 11). Se acordó que el texto de la recomendación 12) era aceptable tal como estaba redactado.

29. Se sugirió que el criterio de la “presencia de bienes” se incluyese en la recomendación 13). Se señaló, sin embargo, que la recomendación adoptaba un criterio flexible, sugiriendo únicamente motivos mínimos y no excluyentes, como lo acordó el Grupo de Trabajo en su 26º periodo de sesiones. Se observó que se podría añadir una remisión expresa a la Ley Modelo y a la Guía para la Incorporación al Derecho Interno para recoger el material sobre la presencia de bienes como una base para la apertura del procedimiento de insolvencia.

30. Se sugirió que las palabras, “de operaciones”, se suprimieran de la recomendación 15) en aras de la claridad. Se observó, empero, que la redacción se basaba en la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, por lo que debería mantenerse igual que en el proyecto.

31. Se sugirió asimismo modificar la recomendación 16) para que dijera, “El régimen de insolvencia debería indicar claramente qué tipo de tribunal es competente en los procedimientos de insolvencia y cuál, en particular, en las materias que se planteen en la práctica de ese procedimiento”. Esa sugerencia recibió cierto apoyo. Otra sugerencia fue que se omitiese en la recomendación la referencia al “régimen de la insolvencia”, ya que las normas sobre competencia no debían figurar necesariamente en el régimen de la insolvencia.

B. Criterios para la presentación de una solicitud y para la apertura de un procedimiento (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.4)

Párrafos 14 a 16 – Introducción

32. El Grupo de Trabajo convino en que el contenido de estos párrafos era aceptable.

Párrafos 17 a 22 – Criterios para la presentación de solicitudes

33. Se expresó cierta inquietud por el hecho de que el legislador pudiera optar por los criterios de la liquidez de caja o del estado financiero o balance de la empresa (enunciados en diversos párrafos). Se sugirió que en la Guía se aclarara que ambos criterios podían figurar en un régimen de la solvencia y que podrían iniciarse procedimientos de insolvencia cuando el deudor cumpliera uno de los dos criterios. Con respecto al criterio del estado financiero de la empresa, se señaló que ese criterio podía inducir a error, pues se centraba esencialmente en una cuestión de contabilidad, a saber, la forma de valorar los bienes, lo cual podía poner en entredicho la fiabilidad del balance. Se propuso que la Guía se centrara más bien en la cuestión de si los bienes del deudor (sea cual fuere el modo de evaluación) eran suficientes para cubrir sus obligaciones, lo cual podría constituir un criterio más apropiado en lo que se refiere a los bienes. Se observó que las ideas enunciadas en los párrafos 17 a 21 eran aceptables, pero que tal vez convendría reestructurar y revisar el texto a fin de que el comentario fuera más claro y reflejara las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el criterio del estado financiero o balance de la empresa. Se observó asimismo que sería útil que en la Guía figuraran algunos indicadores de la cesación general de pagos, como el impago del alquiler, de los sueldos y de las prestaciones de los empleados y de otros gastos esenciales de la empresa.

Párrafo 23 – Liquidación: partes habilitadas para presentar una solicitud

34. Se observó que en algunos regímenes de la insolvencia se preveía la posibilidad de que el procedimiento de insolvencia fuera entablado por el tribunal a iniciativa propia, y que esa posibilidad debería recogerse en la Guía. Se respondió que había que hacer una distinción clara entre la situación en que el tribunal solicita la apertura del procedimiento y la situación en que el tribunal decide entablar tal procedimiento a petición de una parte. No convendría que el tribunal pudiera hacer ambas cosas, ya que ello podría ser fuente de conflictos o de parcialidad e ir en contra del principio de claridad, previsibilidad y transparencia de los regímenes de la insolvencia que recomienda la Guía. El Grupo de Trabajo convino en que el tribunal no debería poder iniciar procedimientos a iniciativa propia sino únicamente a petición de una parte.

Párrafos 24 a 26 – Liquidación: apertura a instancia del deudor

35. Se expresó preocupación por el hecho de que la segunda parte de la primera frase del párrafo 24 daba a entender que el tribunal podría iniciar procedimientos

incluso cuando el deudor no cumpliera ninguno de los criterios de insolvencia. Se respondió que, si bien en la práctica las solicitudes del deudor podían tratarse con mayor flexibilidad y con criterios menos estrictos, no se pretendía que se pudiera entablar un procedimiento a petición del deudor cuando los acreedores no estuvieran de acuerdo o cuando tal procedimiento supusiera un abuso del proceso. Se señaló que habría que hacer una distinción entre, por una parte, la aceptación de las declaraciones del deudor sobre su estado financiero sin que, por ejemplo, los acreedores formularan objeciones y, por otra parte, el hecho de no poner en tela de juicio las alegaciones del deudor sobre su situación financiera cuando dicha situación fuera objeto de dudas o cuando los acreedores se opusieran a la apertura de un procedimiento. Se observó que algunos regímenes de la insolvencia sí preveían que toda declaración de insolvencia por parte del deudor era equiparable a una presunción de insolvencia o se consideraba prueba suficiente de que había insolvencia, y que podía abrirse un procedimiento sin proceder a más verificaciones. Se puso en duda la conveniencia de seguir este último criterio y se sostuvo que tal vez habría que examinar la necesidad de que los acreedores pudieran o no exigir más pruebas. Este criterio se estaba examinando actualmente en un país que reformaba su régimen de la insolvencia. En cuanto a la redacción, se sugirió que, para evitar toda incertidumbre, la segunda frase del párrafo 24 terminara con las palabras “cuando ya no pueda pagar sus deudas”. El Grupo de Trabajo convino en que esas cuestiones requerían aclaraciones y consideraciones más detalladas en la Guía.

Párrafos 27 a 31 – Liquidación: apertura a instancia de los acreedores

36. Con respecto al requisito del párrafo 27 de que las deudas no sean controvertidas, se señaló que las deudas no tenían por qué ser totalmente incontrovertidas y que bastaba con que una parte importante de las deudas no fuera controvertida ni estuviera sujeta a compensación. Se convino en que era necesario reexaminar la cuestión.

37. Si bien los acreedores con deudas no vencidas podían tener un derecho legítimo a que se abriera un procedimiento de insolvencia, se señaló que en algunos regímenes de la insolvencia las deudas no podían reclamarse mientras no hubieran vencido. En otros regímenes, el impago de un plazo de una deuda a largo plazo puede motivar la solicitud de procedimiento por parte de un acreedor. Se sugirió que en el debate se analizaran esos ejemplos.

38. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si un único acreedor podía solicitar la apertura de un procedimiento y la cuestión de la relación entre el número de acreedores requeridos y el valor de sus créditos. Se expresó la opinión de que podrían surgir problemas, por ejemplo, cuando un deudor tuviera varios pequeños acreedores a los que pudiera pagar y un gran acreedor al que no pudiera pagar; en tal caso, sólo el gran acreedor tendría derecho a solicitar la apertura de un procedimiento. Se sugirió que se hiciera una distinción entre el número de acreedores requeridos para solicitar la apertura de un procedimiento y lo que había que demostrar (la incapacidad del deudor para pagar a algunos acreedores, a la mayoría de ellos o a todos). Se expresó también la opinión de que un único acreedor podría solicitar la apertura de un procedimiento cuando hubiera cumplido las disposiciones del párrafo 27 y hubiera presentado una solicitud de pago que no se

hubiera cumplido. Tras el debate, se convino en que el texto de la Guía abordaba adecuadamente las diversas opciones relativas a las solicitudes de procedimiento por parte de los acreedores, que estaban redactadas de forma aceptable.

39. En cuanto a la redacción, se sugirió que, en el párrafo 28, se sustituyeran las palabras “no resulte demasiado difícil, costosa o lenta” por las palabras “resulte asequible, económica y rápida”. Esta modificación recibió apoyo.

40. El Grupo de Trabajo convino en que el contenido de los párrafos 29 a 31 era aceptable.

Párrafos 32 y 33 – Apertura a instancia de una autoridad pública

41. Se puso en duda que el párrafo 32 abordara la situación en que una autoridad pública actuara como acreedor, y que el párrafo 33 regulara otras situaciones en que la autoridad pública no fuera un acreedor y en que la finalidad del procedimiento de insolvencia no fuera la de dirimir un problema de insolvencia sino otras cuestiones como las de fraude u otros delitos. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo con esta interpretación y convino en la necesidad de enunciar esa distinción con mayor claridad en el texto.

Párrafos 34 y 35 – Reorganización: solicitud presentada por el deudor

42. Otro factor que se sugirió en apoyo de que se suavizaran los criterios para la apertura en caso de reorganización, factor que habría que incluir en el párrafo 35, era la necesidad de alentar a los deudores a solicitar un procedimiento al empezar a experimentar dificultades financieras, por ejemplo, cuando el pago de deudas vencidas cause dificultades financieras pero no llegue a ser necesariamente un motivo de insolvencia. Se señaló que esa situación podía entrar en la definición de futura incapacidad de pago enunciada en la recomendación 18 a).

Párrafos 36 a 40 – Solicitud presentada por acreedores

43. Se observó que cabría mejorar esa sección redactando de nuevo dos conceptos fundamentales diferenciados: la adopción de un enfoque flexible para fijar los criterios de apertura de procedimientos a instancia de los acreedores a fin de que se puedan superar las dificultades prácticas, previendo, por ejemplo, que los acreedores deban solicitar la apertura de un procedimiento cuando el deudor no lo haga o no pueda hacerlo (por ejemplo, al haber abandonado sus cargos los responsables de la dirección de la empresa) y la posible disuasión de las solicitudes de acreedores exigiendo a éstos que demuestren la disponibilidad de medios suficientes para que prospere una reorganización.

44. También se indicó que habría que hacer una clara distinción entre las solicitudes presentadas por el deudor y las presentadas por los acreedores, de modo que fueran facilitadas por la Guía, presentando las reglas comunes a ambos tipos de solicitudes y analizando a continuación por separado los dos tipos de procedimientos.

45. También se sugirió que en el párrafo 36 se enmendara la referencia al realce del valor de los créditos, sustituyendo el concepto por el de realce del valor de los bienes y el incremento del producto de los créditos para los acreedores.

46. Se señaló que las palabras iniciales del párrafo 40 (“por todo ello”) no estaban necesariamente relacionadas con el párrafo anterior y convendría aclararlas.

Párrafos 41 a 43 – Cuestiones procesales

47. Se sugirió que se enmendara el título del párrafo 41 para que dijera “Solicitud de apertura”, a fin de que reflejara mejor el contenido del párrafo. Se sugirió también que el párrafo se limitara a señalar que el proceso podía ser entablado presentando una solicitud al tribunal competente, sin entrar en más detalles. Se respondió que, dado que en algunos ordenamientos jurídicos se preveía la apertura de procedimientos sin intervención judicial, convenía mantener el texto actual o agregarle una nueva primera frase del siguiente tenor: “El régimen de la insolvencia determinará el modo en que se iniciará el proceso de insolvencia”. Se observó asimismo que la forma de iniciar un procedimiento podía depender de otras leyes aplicables.

48. Se convino en general en que esa sección requería algunos retoques para reconocer que, tal como se decía en el párrafo 41, podía no requerirse la intervención de un tribunal para iniciar un proceso. Se sugirió que se complementara la Guía con explicaciones en el sentido de que el requisito de la determinación judicial impedía que los acreedores abusaran del procedimiento.

49. En relación con los párrafos 42 y 43 en general, se observó que convendría hacer una distinción más clara entre procedimientos voluntarios e involuntarios. Además, se observó que, dado que la sección se centraba en los procedimientos involuntarios, este hecho debería quedar expresamente reflejado en la Guía.

50. Se apoyó la sugerencia de que en la Guía se indicara la tendencia de varios regímenes de la insolvencia a conceder al deudor un derecho fundamental a ser oído por el tribunal o por el órgano encargado de decidir la apertura de un eventual procedimiento.

51. Se sugirió que, en la segunda frase del párrafo 43, se suprimieran las palabras “para burlar a sus acreedores”, puesto que existían también otras formas de abuso que no precisaban detallarse en la Guía. Se sugirió que se enmendara la última frase del párrafo 43 para subrayar la necesidad de reglas claras sobre la solicitud de paralización durante ese período y que se hiciera una referencia al capítulo III.

52. También se sugirió que se hiciera referencia al análisis que figuraba en la Guía acerca de las responsabilidades de los directores o de la administración del deudor en lo que se refiere a la solicitud de procedimientos de insolvencia (párrafos 229 y 230, capítulo IV, A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10).

53. En cuanto a la redacción, se sugirió que se suprimiera la palabra “cumulativo” en la primera frase del párrafo 38 y que, en el párrafo 41, se sustituyeran las palabras “solicitud para la apertura de un procedimiento de insolvencia” por una referencia más apropiada a la concesión de una medida o a la apertura.

Párrafos 44 y 45 – Cuestiones procesales: plazo para la declaración de apertura del procedimiento

54. El contenido de esos párrafos se consideró aceptable.

Párrafo 46 – Cuestiones procesales: desestimación de una solicitud de apertura

55. Se apoyó la sugerencia de que se modificara el texto de la sección a fin de que abarcara los procedimientos tanto voluntarios como involuntarios y que se titulara “Desestimación de una solicitud de apertura o exclusión de un procedimiento”. Se recordó que esa cuestión ya se había tratado en el 26º período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase el documento A/CN.9/511, párr. 37). Se pidió a la Secretaría que agregara a la Guía comentarios y recomendaciones (véase también el párrafo 80 *infra*) sobre la exclusión de procedimientos. Se sugirió que la revisión abarcara todas las posibles soluciones previstas en las legislaciones actuales, incluidas las que permitían la apertura automática de un procedimiento.

56. También se sugirió que si bien convendría reducir al mínimo los motivos para la desestimación de una solicitud del deudor y limitar el plazo de que dispusiera el deudor para subsanar las deficiencias de una solicitud, los requisitos exigidos a los acreedores deberían aplicarse con más rigor.

57. Se hicieron varias sugerencias para la revisión de los motivos de desestimación de una solicitud de apertura enunciados en el párrafo 46. Se observó que, al revisar la lista actual, el Grupo de Trabajo no debería confundir los motivos de desestimación con los incidentes de abuso del subsiguiente procedimiento que podrían quedar regulados en la parte relativa a la exclusión de procedimientos. Se apoyó que se mantuviera en la lista, de alguna manera, el motivo de la obtención por el deudor de pagos preferentes, ya que se señaló que no era inusual que en una solicitud involuntaria se presionara al deudor a fin de cobrar, y era inapropiado utilizar el procedimiento de insolvencia como sucedáneo de la vía ejecutoria normal. Frente a este argumento, se sostuvo que no sería apropiado que un tribunal adoptara tal decisión, dado que la investigación de esos pagos es una de las funciones esenciales de los procedimientos de insolvencia.

58. Se sugirió que se eliminaran de la lista la utilización de un procedimiento de insolvencia como sucedáneo de la vía ejecutoria normal por estimarse que, aunque fuera tal vez una forma inapropiada de aplicar la insolvencia, no debería constituir en sí un motivo para desestimar una solicitud. Otros motivos que se sugirieron para desestimar una solicitud eran la insuficiencia de los bienes (para lo cual habría que remitirse al tema de las masas desprovistas de bienes, analizado en los párrafos 52 y 53, y a una nota del párrafo 46 en que se especificaba que este motivo de desestimación no estaba reconocido en todos los Estados) y el hecho de haber cometido actos fraudulentos o de haber llevado a cabo otras actividades delictivas.

59. En cuanto a la redacción se sugirió también que, en la tercera frase del párrafo 46, se agregara la palabra “injustificadamente”; que se suprimiera la palabra “pleno” (con lo cual el texto diría: “si el deudor recurre a la insolvencia para burlar o privar *injustificadamente* a sus acreedores del pago oportuno de sus créditos o para liberarse de alguna obligación onerosa, como pudiera ser de ciertos contratos

laborales”); y que, en el cuarto ejemplo, se insertara la palabra “inapropiado” después de la palabra “sucedáneo”.

Párrafos 47 a 51 – Cuestiones procesales: notificación de la apertura

60. Se observó que en la Guía habría que hacer una clara distinción entre la notificación de solicitud y la notificación de apertura, ya que las consecuencias no serían las mismas. En el párrafo 47 habría que tratar explícitamente la notificación de la apertura.

61. Se apoyó firmemente la propuesta de recalcar en el párrafo 49 que el deudor tenía un derecho fundamental a recibir la notificación (sobre la cual habría que hacer referencia al análisis de los derechos del deudor que figura en los párrafos 218 a 220 del capítulo IV del documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10), y que sólo podría prescindirse de la notificación en circunstancias muy excepcionales, como cuando el deudor pudiera actuar en detrimento de los acreedores o cuando el deudor hubiera desaparecido. Se respondió que si el deudor no era notificado, podía seguir actuando en detrimento del patrimonio. Se observó también que tal vez sería mejor tratar el problema de la actuación del deudor en detrimento de los acreedores mediante la aplicación de medidas cautelares. Se apoyó firmemente la idea de mantener la obligatoriedad del requisito de notificación aun cuando el deudor hubiera desaparecido. Cuando el deudor tratara de eludir una notificación personal, podría bastar una notificación pública o podría enviarse la notificación a la última dirección conocida del deudor.

62. En los casos de solicitudes voluntarias en que transcurriera un margen de tiempo entre la solicitud y la apertura, se opinó que sería conveniente notificar la solicitud a los acreedores, a fin de que conocieran la situación y pudieran decidir si continuaban prestando servicios al deudor, con la posibilidad de que durante ese período se incrementara la deuda.

63. Se sugirieron diversas opciones para lograr el resultado deseado de la notificación (véase el párrafo 74).

64. Se señaló que, en la primera frase del párrafo 49, las palabras “involuntaria o a instancia de los acreedores” podían crear confusión, dado que las solicitudes involuntarias no eran necesariamente sólo solicitudes a instancia de los acreedores. Por consiguiente, habría que aclarar la terminología.

65. Se sugirió que, en la lista de partes que deben recibir notificación de la apertura, enunciada en el párrafo 50, cabría añadir también los sindicatos y los representantes de los empleados.

Párrafos 52 a 54 – Cuestiones procesales: masas desprovistas de bienes

66. Se apoyó la posibilidad de añadir a las razones para regular la administración de las masas desprovistas de bienes, la conveniencia de rehabilitar a los empresarios y a otras personas que se dediquen a actividades comerciales y de alentar a esas partes a asumir riesgos económicos. Se sugirió también que se hiciera una referencia a los ingresos para tener en cuenta a los deudores que no tenían bienes

pero que en cambio sí disponían de fuentes periódicas de ingresos; estos casos no deberían entrar en el ámbito de las masas “desprovistas de bienes”.

Párrafos 55 y 56 – Costas procesales de la insolvencia

67. Se observó que, en su forma actual, el párrafo reflejaba la importancia de la rentabilidad en la concepción de un régimen de la insolvencia pero no llegaba a ninguna conclusión eficaz. Se sugirió que se recalcará que un régimen de la insolvencia muy costoso sería un factor disuasorio a la hora de recurrir a procedimientos de insolvencia.

68. Se consideró que el texto del párrafo 56 era aceptable.

Recomendaciones

69. Se expresó apoyo a favor de la supresión del apartado b) de la cláusula sobre la finalidad porque esas palabras figuraban ya en la cláusula sobre la finalidad del capítulo II.A. Se sugirió que sería más lógico que el apartado f) figurara antes del e).

70. Se expresó cierta inquietud respecto de los criterios para la apertura de un procedimiento en la recomendación 18) y se sugirieron varias adiciones y modificaciones. Para que quedase reflejado el acuerdo del Grupo de Trabajo acerca de los criterios para la presentación de una solicitud (véase el párrafo 33), habría que suprimir las palabras “, o en su lugar,”; debían quedar reflejadas las conclusiones del debate del Grupo de Trabajo sobre el requisito de que la deuda fuera incontrovertida, junto con la palabra adicional “toda” añadida para aclarar que una parte pero no la totalidad de la deuda podía ser controvertida (el mismo cambio debería hacerse en la recomendación 19); debería agregarse la palabra “general” a la referencia a la cesación de pagos para ajustar los apartados a) y b) de la recomendación 18) a los párrafos 17 y 18 del comentario; y la recomendación 18) b) debería contener las palabras “o no estará” antes de “en condiciones de pagar sus deudas” para prever la insolvencia inminente. Como respuesta a esa última sugerencia, se expresó la opinión de que la insolvencia inminente debería aplicarse a las solicitudes del deudor y no a las del acreedor. También se expresó el parecer de que el apartado a) de la recomendación 18) debería adoptar un criterio más flexible para alentar a los deudores a presentar con anterioridad una solicitud y fomentar la reorganización, haciendo una distinción necesaria entre los criterios de apertura para la liquidación y para la reorganización.

71. Si bien se expresó cierto apoyo para la versión 2 de la recomendación 19), tras un debate, la opinión predominante fue que debía optarse por la versión 1 e incorporar a ella las notas de pie de página 5 y 6.

72. Una sugerencia respecto de la recomendación 20) fue que se expresase más claramente la opción entre los apartados a) y b) .

73. Para referirse a la apertura decidida por una autoridad gubernamental, que se analizaba en el comentario, debían añadirse las palabras “o una autoridad gubernamental” a la recomendación 21) después de la palabra “acreedor”, con los cambios necesarios para tener en cuenta la apertura por una autoridad pública por razones de interés público y no sobre la base de la insolvencia. Para reflejar el

debate del Grupo de Trabajo sobre las excepciones a la notificación del deudor, se sugirió añadir la palabra “generalmente” al encabezamiento después de “el régimen de la insolvencia”.

74. Se manifestó cierta inquietud con respecto a las recomendaciones 22) a 24) sobre la notificación de la apertura del procedimiento. Según una opinión, había que hacer una distinción clara entre la notificación de partes concretas y la publicación general del hecho de la apertura. Con respecto a la publicación, se expresó el parecer de que la publicación en una publicación oficial del gobierno era, en general, sólo una formalidad y la eficacia de una notificación no habría de depender de ella, y que se debía suprimir la referencia a los periódicos nacionales y sustituirla por una referencia a los periódicos locales en la ubicación del negocio del deudor. Como otra posible solución en vez de concretar los tipos de publicación en que se podría avisar, se sugirió adoptar una formulación del tipo de “una publicación que generalmente pudiera llegar a conocimiento de las partes interesadas”. También se sugirió la inclusión de la posibilidad de utilizar comunicaciones electrónicas para notificar a las personas físicas. A fin de aclarar que la recomendación 22) se refería al procedimiento, se sugirió que las palabras iniciales contuviesen una referencia a la necesidad de establecer un procedimiento uniforme para la notificación. Con respecto a que fuese la parte quien notificase, se propuso que en la última oración de la recomendación 22) se cambiase “podrá” por “deberá”. Se pidió a la Secretaría que tuviese en cuenta esas sugerencias al revisar las recomendaciones.

75. Con respecto a la recomendación 23) se sugirió que se concretase la parte encargada de preparar la lista de acreedores que hubiese que notificar. Se estimó que las palabras “[que puedan ser identificados en los libros y demás documentación del deudor]” eran innecesarias y posiblemente limitativas, dado que podría haber otros acreedores conocidos que no se pudiesen identificar de esa manera.

76. Se formularon sugerencias de añadir otros requisitos a la recomendación 24), incluso aportar información relativa a la verificación de los créditos y el plazo en que esto podría producirse, y a la aplicación de una paralización y sus efectos.

77. Se expresaron ciertas inquietudes con respecto a la redacción y al contenido de la recomendación 25). Se señaló que el apartado b) de la recomendación 25) era demasiado limitado y que no abordaba la situación en que la solicitud fuera presentada por varios acreedores. Si la deuda de uno de esos acreedores fuera controvertida, esto no debía tener como consecuencia que se rechazase la solicitud. Se expresó la opinión de que los criterios mencionados en la recomendación eran demasiado limitados y deberían comprender, por ejemplo, la falta de cumplimiento de los plazos, cuestiones relacionadas con la competencia de las partes y el impago de las costas procesales. Además, debían añadirse las palabras “entre otras cosas” al epígrafe. Otra sugerencia fue que, dado que el apartado c) tenía que aplicarse tanto a la liquidación como la reorganización, se suprimiesen las palabras iniciales. En cuanto a la redacción, se sugirió colocar el apartado a) al final de la lista.

78. Se observó que en las recomendaciones no se preveían el sobreseimiento de las actuaciones (que puede ser necesario, por ejemplo, cuando la solicitud de un deudor funciona como apertura automática) ni los gastos y sanciones. Si una solicitud desencadena una apertura automática (y se hubiera notificado la apertura) y se sobreseyese luego el procedimiento, se sugirió que se exigiese también la

notificación del sobreseimiento para proteger el negocio del deudor. Estas propuestas recibieron apoyo.

79. Se hizo la propuesta de que la recomendación 26) distinguiese entre los deudores individuales y las sociedades. Recordando los párrafos 52 a 54 del comentario, se sugirió que la recomendación 26) sólo se aplicara a las situaciones en las que el deudor no fuera una persona física con derecho a una liberación, porque en ese caso la solicitud no debería denegarse. Se observó que la primera oración debería referirse a la falta de bienes “no gravados”, no a la de bienes en general.

80. Tras el debate se sometieron a un ulterior examen del Grupo de Trabajo los proyectos de recomendación sobre desestimación, gastos y sanciones, que figuran a continuación.

Terminación y sobreseimiento de un procedimiento de insolvencia

26A) El régimen de la insolvencia podrá disponer que el tribunal dé por terminado o sobresea un procedimiento que ha sido abierto, si determina, por ejemplo, que:

- a) El procedimiento constituye un recurso indebido al régimen de la insolvencia;**
- b) El deudor no ha cumplido las órdenes del tribunal o las disposiciones del régimen de la insolvencia;**
- c) El deudor no ha cooperado con el representante de la insolvencia; o**
- d) El procedimiento se ha demorado [sin justificación] [y la demora ha perjudicado a los acreedores].**

[Nota: Los motivos enunciados se aplicarían por igual a procedimientos de liquidación o de reorganización. Si bien en el capítulo V.A 14) se examinan los motivos que podrían dar pie a que se pasara de un procedimiento de reorganización a uno de liquidación, no se han formulado recomendaciones al respecto. Entre otros motivos que justificarían ese cambio cabe mencionar el hecho de que se sigan sufriendo pérdidas durante el período de reorganización y de que no se haya confirmado un plan de reorganización dentro de [un plazo razonable de] [el plazo legal prescrito]. Puede ser conveniente diferenciar los motivos de sobreseimiento de los que pueden justificar el cambio de proceso.]

26B) El régimen de la insolvencia debe disponer que se notifique a los acreedores la decisión judicial de dar por terminado o de sobreseer un procedimiento de insolvencia.

[Nota: Tal vez deba insertarse la misma disposición donde se prevea el paso de un procedimiento de reorganización a otro de liquidación.]

Costas procesales y sanciones

26C) El régimen de la insolvencia debe disponer que se pague una tasa judicial razonable por el privilegio de presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia.

26D) El régimen de la insolvencia podrá disponer que el tribunal quede facultado para decidir si una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia constituye o no un recurso indebido al régimen de la insolvencia. En el supuesto de que se emita tal fallo, el tribunal podrá permitir que se imponga al solicitante o el pago de costas o de sanciones.

[Nota: El solicitante podría ser un deudor en el supuesto de una petición voluntaria o podrían ser acreedores en el caso de una solicitud involuntaria.]

2. Capítulo III. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia

A. Bienes que se verán afectados (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5)

81. Se sugirió que las palabras al final del párrafo 57 se suprimieran por confusas o se modificaran para hacer referencia a la sustitución o a la interrupción de las facultades del deudor por el representante de la insolvencia.

Párrafos 59 a 65 - Bienes de la masa de la insolvencia

82. Con respecto a la terminología, se propuso que la Guía se refiriese constantemente a los “bienes y derechos” del deudor que constituirían la masa.

83. Se observó que la nota 1 de pie de página del párrafo 59 sólo se aplicaría si el deudor fuese una persona física y que, por lo menos en un régimen de la insolvencia, el deudor conservaría el derecho a reclamar por lesiones y pérdida de reputación, pero no por alguna pérdida de ganancias conexa.

84. Se expresó el parecer de que el párrafo 60 debería contener una declaración clara que reconociera la necesidad de afectar los derechos de los acreedores garantizados a fin de alcanzar la meta de la reorganización. Una sugerencia conexa fue que el párrafo 62 indicara la necesidad de definir claramente los derechos de los acreedores garantizados a fin de permitir la atribución de un precio al riesgo del crédito, con las palabras del siguiente tenor: “Un régimen de la insolvencia debe expresar claramente los derechos de los acreedores garantizados en relación con su derecho de garantía”. Esa propuesta fue apoyada.

85. Se estimó que el contenido del párrafo 61 era aceptable.

86. Se observó que el párrafo 63 se refería únicamente a deudores que fueran personas físicas y que podía trasladarse al párrafo 68 para mayor claridad. Otra sugerencia fue que se añadiese un análisis, que se ocupase de la pertinencia del derecho aplicable al margen de la insolvencia para el tratamiento de bienes comunes en la insolvencia y ejemplos de bienes de propiedad común a los que se pudiera tener acceso en la insolvencia. Esa sugerencia mereció apoyo.

87. Se expresó preocupación sobre si los bienes de propiedad de terceros debían incluirse en la masa de la insolvencia y las circunstancias en que esos bienes podrían usarse en el procedimiento de insolvencia (formasen o no parte de la masa). Si bien se tomó nota de que la cuestión de la utilización se abordaba en el capítulo III.C, se convino en que se debía ser más claro en el párrafo 64.

Párrafos 66 a 68 - Bienes que podrán quedar fuera de la masa de la insolvencia

88. Se formuló la sugerencia de que otro ejemplo de bienes que podrían quedar fuera de la masa eran los que pudiesen ser objeto, de reclamación en ciertos ordenamientos, como las mercaderías suministradas antes de la apertura pero no pagadas y recuperables por parte del proveedor (a condición de que éste se identificase y otras condiciones aplicables).

89. El contenido del párrafo 66 era generalmente aceptable.

90. Se apoyó la opinión de que no debería incluirse el párrafo 67 en la sección sobre la exclusión sino en una sección aparte. Además, se expresó cierto apoyo a favor de la propuesta de que el párrafo expresara claramente la conveniencia de que la masa abarcara todos los bienes del deudor dondequiera que estuviesen situados. Se observó, en particular, que la exclusión de los bienes extranjeros podría afectar la posibilidad de reorganizar a un deudor.

Párrafos 69 y 70 - Bienes recuperados

91. Se convino en general en que el párrafo 69 debía ajustarse al análisis de las disposiciones sobre impugnación en el capítulo III.E y a los diversos tipos de operación objeto de impugnación mencionados. Se propusieron varias adiciones a la primera oración: la de la palabra “gravaron” antes de “indebidamente”; una referencia a las operaciones que provocaron la insolvencia, y no simplemente a las que se produjeran estando ya el deudor “en situación de insolvencia”; y una referencia a las operaciones que entrañasen regalos a partes que no fueran los acreedores, por ejemplo a un cónyuge, en momentos en que el deudor fuera insolvente o hubiera pasado a ser insolvente como consecuencia del regalo. Se observó que, en el contexto transfronterizo, los ordenamientos que no previesen la anulación de ciertos tipos de transmisiones podrían tropezar con dificultades en materia de reconocimiento y cooperación.

92. Se convino en que el párrafo 70 debía remitirse a otras secciones de la Guía referidas a operaciones no autorizadas.

Recomendaciones

93. Con respecto a la cláusula sobre la finalidad, se propuso que el apartado d) se reformulase a la luz del debate sobre los acreedores garantizados y los bienes de propiedad de terceros, con cambios apropiados en el apartado d) y en el párrafo introductorio para que quedase reflejado lo sustancial de la sección, es decir, la constitución de la masa, y no los efectos de la apertura del procedimiento.

94. El Grupo de Trabajo examinó dos propuestas referentes a las recomendaciones 27) y 28). La primera fue que se añadiesen las palabras “dondequiera que estén situados” al final de la primera frase del apartado a) de la recomendación 27) y se suprimiese la recomendación 28), y la segunda, que se modificase la recomendación 28) para que dijera “... el régimen de la insolvencia debe concretar que la masa de la insolvencia comprenderá todos los bienes dondequiera que estén ubicados”. Se expresó cierto apoyo a favor de ambas propuestas, aunque prevaleció la opinión de que, habida cuenta de la decisión del Grupo de Trabajo de incorporar a la Guía la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, tal vez no fuera apropiado que la Guía adoptase una formulación inequívoca a favor del enfoque universal. Se sugirió que, si un país adoptaba un enfoque universalista, la Guía señalase la necesidad de que los regímenes de la insolvencia previeran normas claras para ofrecer certidumbre a los acreedores y abordase la cuestión del reconocimiento (y contuviese una referencia a la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza), pero que no se necesitaba una preferencia clara. Se decidió también que en el comentario se reconociera que algunos países podían preferir otro enfoque.

95. Se propusieron dos cambios en la recomendación 29): que se reintrodujese la referencia a las personas físicas en el encabezamiento y que se suprimieran las palabras “entre los que pueden figurar bienes adquiridos después de la apertura del procedimiento de insolvencia”.

B. Protección y conservación de la masa de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6)

96. Como método de trabajo, el Grupo de Trabajo debatió y convino en centrarse en las recomendaciones de la Guía, con las modificaciones que debían introducirse en el comentario para reflejar las deliberaciones y consideraciones pertinentes. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que reflejara las cuestiones debatidas en el contexto de las recomendaciones en las partes pertinentes del comentario y alineara los textos entre sí.

Recomendaciones

97. Se manifestó apoyo para el detalle concreto de la segunda variante entre corchetes en el apartado a) de la sección sobre la finalidad. Por otra parte, la sección era, en lo sustancial, aceptable.

98. Se sugirió, con cierto apoyo, que las anteriores deliberaciones del Grupo de Trabajo acerca de la posibilidad de que, en circunstancias excepcionales, no fuera necesario notificar al deudor sirvieran de fundamento para redactar las recomendaciones de esta sección, a fin de minimizar las posibilidades de perjuicio.

99. Se sugirieron los siguientes cambios en relación con el texto del párrafo introductorio de la recomendación 30): que las palabras, “cualquiera de las partes interesadas” en la segunda línea se reemplazaran por “el deudor, los acreedores o terceros” para reflejar el acuerdo acerca de la cláusula sobre la finalidad; que la cuarta línea se modificase para que dijese, “bienes y derechos del deudor”; y que la

palabra “urgentemente” se eliminara del texto entre corchetes y éstos se suprimieran. Estas modificaciones fueron apoyadas.

100. Se sugirió que se añadieran al final del apartado a) de la recomendación 30) las palabras “si así se solicitaba”.

101. Se expresó cierta preocupación por que las facultades que debían conferirse al representante de insolvencia en el apartado b) de la recomendación 30) pudieran ser demasiado amplias para todos los casos, ya que podría depender de si el representante de la insolvencia fue designado para supervisar o controlar el negocio del deudor. Se estimó que la posibilidad de vender debía ser más limitada, para evitar que el representante de la insolvencia pudiese abusar de ella, como mediante la venta de todos los bienes. No obstante, se manifestó apoyo para la sugerencia de que las palabras “en el giro normal del negocio” y la palabra “incluyendo” (que se podía cambiar por “que puede incluir”) atendieran adecuadamente esa preocupación. También se observó que algunos regímenes exigían la constitución de una caución de fidelidad por parte del representante de la insolvencia para protegerse contra cualquier malversación. Se sugirió que se aclarase que la expresión “otra persona” no se refería al deudor. Se expresó algún apoyo para la eliminación de los corchetes de ambos segmentos de texto en el apartado b) de la recomendación 30), si bien se señaló que la segunda frase podía no ser necesaria porque ya figuraba en el párrafo introductorio.

102. Se sugirió que la remisión hecha en el apartado d) de la recomendación 30) se hiciese extensiva a toda la recomendación 35) y no se limitara a su apartado d).

103. Se sugirió que la primera oración de la recomendación 31) se refiriese a la persona física o al órgano autorizado para llevar a cabo las medidas provisionales en vez de al equilibrio de las responsabilidades del deudor y del representante provisional de la insolvencia. Otra sugerencia, referente a la segunda frase de la recomendación, fue que las facultades del deudor de continuar gestionando su negocio podrían ser restringidas incluso si no se designaba a un representante provisional de la insolvencia. Se formularon también varias sugerencias de redacción de la recomendación 31): en la segunda oración, reemplazar las palabras “salvo cuando” por “excepto en la medida en que”; y, en la misma oración, modificar las palabras “esos poderes” por “esas facultades y esos derechos” o “esos derechos y obligaciones”.

104. Se convino que la palabra “puede” en la recomendación 32) debía reemplazarse por “debe” y que las palabras iniciales fuesen “Cuando corresponda ...”, sobre la base de que, conjuntamente con la recomendación 33), tendría en cuenta situaciones en que no se hizo notificación al deudor. Se respondió sugiriendo que este enfoque podría no ser necesario, ya que la notificación de medidas cautelares podía distinguirse de la notificación de la apertura del procedimiento.

105. Se convino en general en añadir las siguientes palabras a la recomendación 33): “si el deudor no ha sido previamente notificado, el tribunal ordenará que pueda oírse al deudor [dentro de ... días] [ante una solicitud urgente] [dentro de un plazo razonable] [prontamente], para oponerse a todas o a partes de las limitaciones otorgadas”. Debe hacerse hincapié en limitar el plazo para impedir que desaparezca todo el valor del negocio, y con una nota de pie de página referente a la recomendación podría subrayar esa necesidad. Se sugirió que la Guía observe que

las medidas cautelares deben ser en todo caso sometidas periódicamente a examen y renovación. Se sugirió otra adición a la recomendación para prever sanciones contra el uso indebido -“En la medida en que el tribunal halle que la limitación se obtuvo indebidamente, debe conservar a su discreción la evaluación de los gastos y honorarios”. Una sugerencia de redacción relativa a la recomendación 33) fue que se añadiese “, el deudor” después de “el representante de la insolvencia”. También se sugirió que las palabras “por iniciativa propia” se reemplazara por palabras en el sentido de que el deudor podía siempre ser oído por el tribunal y que la decisión de modificar debía notificarse. Otra sugerencia fue que las palabras fueran seguidas por las palabras “después de la adecuada notificación de la vista”.

106. Se sugirió añadir las siguientes palabras al final de la recomendación 34): “... o la solicitud de abrir el procedimiento es denegada o rechazada”. Se convino en que podría hacerse una nota en el análisis de cuestiones de competencia sobre si la composición del tribunal que examinara esas medidas sería la misma que la del tribunal que las concediera.

107. Se observó que el apartado a) de la recomendación 35) se derivaba del artículo 23 de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, pero no era idéntico a él. Para abordar la cuestión la conservación de los créditos, se convino en incorporar de alguna forma a la recomendación las palabras de la Ley Modelo y de su Guía para la Incorporación al Derecho Interno. Con respecto a la cuantificación de los créditos, se sugirió que se suprimiese la remisión del apartado a) de la recomendación 35) y que el comentario indicara que el tribunal puede siempre limitar la paralización sobre esa cuestión. Recibió apoyo la propuesta de que el apartado c) de la recomendación 35) no tuviese el efecto de excluir la finalización de un contrato si éste preveía una fecha de finalización posterior a la apertura del procedimiento.

108. Se sugirió que tal vez fuera útil añadir a la Guía una lista de las excepciones a una paralización automática, que contuviera, por ejemplo, actuaciones en que el deudor esgrimiese lesiones personales o créditos basados en el derecho de familia. Hubo acuerdo en que la excepción no debería extenderse a situaciones de responsabilidad extracontractual en masa, aunque los reclamantes podrían tener derecho a pedir a título individual la limitación de la paralización. Tras un debate, el Grupo de Trabajo acordó que la Guía afirmase que un régimen de la insolvencia puede prever ciertas excepciones a la paralización y, de ser así, que esas excepciones debían enunciarse claramente.

109. Se formularon una serie de enmiendas de redacción sobre la recomendación 35): que la segunda línea del apartado a) de la recomendación 35) se refiriera a “los bienes y *derechos* de la masa de la insolvencia”; y que las palabras entre corchetes en el apartado a) de la recomendación 35) se cambiaran por “el tribunal las considere urgentes y necesarias”. También se sugirió que la segunda parte del apartado a) que empieza con “excepto en la medida” tal vez no era necesaria. Otra sugerencia más fue que la frase “incluidos el perfeccionamiento o la ejecución de una garantía real” se suprimiese del apartado a) de la recomendación 35), ya que el asunto se trataba en la recomendación 40), que contenía una referencia a la recomendación 35).

110. Se sugirió que la recomendación 36) indicase algunas limitaciones o restricciones a la limitación prevista por la cláusula.

111. Hubo acuerdo general en modificar “puede disponer” para que dijera “debe disponer” en la recomendación 37) y añadir las palabras “después de la apertura” después de la palabra “tribunal”.

112. Tras un debate, se convino en que, en la recomendación 38), debía figurar una declaración de cuándo y por cuánto tiempo serían eficaces las medidas cautelares (incluidas las mencionadas en la recomendación 36)). Con respecto a las medidas automáticamente aplicables a la apertura del procedimiento, se sugirió que se aclarasen las recomendaciones que serían aplicables “en el momento de adoptar la decisión de abrir el procedimiento”.

113. La recomendación 39) se consideró, en lo sustancial, aceptable.

114. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que la expresión “por la duración de dicho procedimiento”, en el apartado a) de la recomendación 40), era inadecuada porque daba la impresión de que la paralización podía disponerse sin plazo determinado. El Grupo de Trabajo no pudo llegar a un acuerdo definitivo de modificación de esas palabras, aunque se convino en dejar claro que el plazo era determinado. Entre las sugerencias formuladas, figuraba que la paralización seguiría en vigor durante el período previo a la formulación o la aprobación de un plan de reorganización, o la primera ocasión en que i) el plan tuviese efecto o cesase cualquier plazo estipulado para la duración de las medidas automáticamente aplicables, ii) se concluyese el procedimiento o iii) el tribunal concediese al acreedor garantizado una limitación de las medidas automáticamente aplicables. Se manifestó cierto apoyo a favor de esta última formulación. El Grupo de Trabajo convino en modificar la referencia al número de días en el apartado b) de la recomendación 30), que podría trasladarse del apartado a una nota de pie de página, acompañada de una nota de que el plazo es indicativo. A título de aclaración, se sugirió que la Guía dejase en claro que si se excluían a los acreedores garantizados de la masa de la insolvencia, no les afectaría la paralización conforme a la recomendación 40).

115. Se convino además en sustituir la referencia al perjuicio en el inciso ii) del apartado b) de la recomendación 40) por una afirmación de que el acreedor garantizado no estaría suficientemente protegido, concepto que habría que explicar en el comentario.

116. Se expresaron algunas inquietudes con respecto al alcance del apartado a) de la recomendación 41). En particular, se puso en duda si debía aplicarse tanto a la liquidación como a la reorganización. Tras un debate, se convino en que debía aplicarse en ambos tipos de procedimiento y así debía aclararse en el texto. Se formularon algunas sugerencias preliminares sobre la redacción: las sustitución de “por motivos que pueden ser, entre otros” por “por determinación del tribunal”; la adición de las palabras “y el representante de la insolvencia demuestra que” antes de “no es necesario” en el apartado a); y la supresión de “como negocio en marcha” en el inciso ii) del apartado a) de la recomendación 41).

117. Una segunda inquietud se refería a la interpretación de los apartados a) a c) de la recomendación 41 y en particular a si a) y b) eran acumulativos o exclusivos. Después de un debate, la opinión predominante fue que, para impedir el levantamiento de la paralización, habría que demostrar que el bien tenía valor para la masa, y que era necesario para una reorganización o para una venta del negocio. Para expresar más claramente ese requisito, se sugirió dividir en dos partes el

apartado a), refiriéndose por separado al valor y a la necesidad de conservar el bien. Otra sugerencia fue que se podría conseguir un criterio más apropiado vinculando más estrechamente las recomendaciones 40) y 41) y adoptando el criterio de la maximización del valor en vez de la necesidad para la venta en perspectiva. Se observó que el párrafo introductorio utilizaba únicamente las palabras “que pueden ser, entre otros” que no indican requisitos exclusivos y han de ser suficientemente flexibles para atender a las preocupaciones analizadas. Se indicó que parte de la dificultad con que se tropezaba en el debate tal vez se debiera a las diferentes interpretaciones de “no tiene valor”. Puesto que podían significar literalmente de ningún valor, o que el acreedor garantizado lo estaba insuficientemente y el valor del crédito sobrepasaba el del bien gravado, esa cuestión se debía aclarar en el texto.

118. Con respecto al apartado b) de la recomendación 41), se sugirió que se sustituyese la referencia a “[...] días” por una referencia menos concreta a un término o plazo fijado por el régimen de la insolvencia o por el tribunal. Se recordó que había de hacerse una modificación análoga respecto del apartado b) de la recomendación 40).

119. Como cuestión de redacción, se sugirió reemplazar la segunda referencia en el apartado c) de la recomendación 41 a “bien” por “acreedor garantizado”. Se inquirió asimismo si la utilización en el texto inglés de “secured asset” era apropiada y se convino en que ese uso tenía que ser estudiado en el contexto de la Guía en su totalidad.

120. Respondiendo a una inquietud sobre cómo se invocaría la recomendación 42), o, en otras palabras, cuándo se consideraría la disminución del valor y en relación a qué factor se evaluaría, se sugirió que únicamente sería pertinente en el caso de que no se concediera la limitación pedida conforme a la recomendación 41); ésta se relacionaba propiamente con la protección de los acreedores garantizados más que con la disminución del valor. Se observó que, mientras la recomendación 41) dejaba claro que el acreedor necesitaba pedir la limitación de la paralización, no quedaba claro en la recomendación 42) qué parte podía formular la solicitud para que el tribunal la examinase.

121. Se propuso que la redacción de la recomendación 42) se aclarase de la siguiente manera: “el régimen de la insolvencia debe disponer que el tribunal examine una afirmación del acreedor garantizado sobre la disminución del valor de los bienes gravados y estudie la manera de concederle la protección adecuada.” La segunda oración y la primera parte de la tercera quedarían como estaban redactadas y las palabras “como resultado de la imposición de medidas automáticas o la utilización de los bienes gravados por la masa” se añadirían después de la palabra “mermado” en la tercera oración. Los apartados a) a c) quedarían como estaban redactados. Esa propuesta recibió cierto apoyo, aunque se formularon algunas reservas a la espera de un examen más a fondo de la redacción propuesta. Una inquietud que se manifestó fue que la aplicación de la paralización no sería, por sí misma, motivo suficiente para considerar la disminución del valor, ya que ésta podría cubrir la pérdida incidental de valor, por la cual no debería indemnizarse al acreedor. Se respondió señalando que la propuesta no obligaba a otorgar protección y se estudiaron algunos ejemplos en los que quedaba claro que la disminución del valor podría de hecho ser consecuencia de la aplicación de la paralización sin que se usara el bien.

122. Otra propuesta fue que la recomendación se redactara como un principio general previendo que era preciso alcanzar un equilibrio entre los objetivos de la

insolvencia y la protección del acreedor garantizado y, cuando fuera necesario, deberían preverse las salvaguardias apropiadas

123. Se sugirió que podría ser útil, además de las recomendaciones 41) y 42), una disposición que permitiera al acreedor garantizado pedir al representante de la insolvencia que dejase libre el bien gravado en ciertas circunstancias (en particular cuando el bien no tenía valor para la masa), sin tener que pedir formalmente una limitación de la paralización, y que diese al representante de la insolvencia la facultad para hacerlo.

124. Tras el debate, se sometió a un ulterior examen del Grupo de Trabajo el proyecto revisado de recomendación 42) que figura a continuación.

42) El régimen de la insolvencia debe disponer la protección del acreedor garantizado cuando el valor de los bienes gravados no supere el monto del crédito garantizado o resulte insuficiente para satisfacerlo en el supuesto de que el valor de los bienes garantizados se vea mermado como consecuencia de la imposición de medidas automáticas o de la utilización de los bienes gravados por la masa de la insolvencia. El régimen de la insolvencia debe disponer [también] que el tribunal examine una afirmación del acreedor garantizado sobre la disminución del valor de los bienes gravados y estudie la manera de prever algún tipo de protección, como:

- a) pagos en efectivo con cargo a la masa;**
- b) aporte de una garantía adicional; o**
- c) otro medio que el tribunal determine que brindará suficiente protección.**

[Nota: En el comentario de la Guía se señalaría, en la medida en que no se haya hecho ya, que no será necesaria protección alguna en los supuestos en que el valor de los bienes gravados supere el monto del crédito garantizado y resulte suficiente para satisfacerlo.]

C. Utilización y disposición de los bienes (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.7)

Recomendaciones

125. La cláusula sobre la finalidad se halló generalmente, en lo sustancial, aceptable.

126. Con respecto a las palabras iniciales de la recomendación 43), se observó que podría ser inadecuado referirse a que la continuación del negocio estaba “autorizada” y se sugirió una formulación del tipo de “Si ha de continuar el funcionamiento del negocio ...”. Esa propuesta recibió apoyo. También se señaló que, mientras en la liquidación el deudor generalmente perdería la posibilidad de ocuparse de los bienes, eso no era cierto en la reorganización, y que tal vez hubiera que dividir la recomendación para referirse más claramente a esas diferencias. Esa sugerencia mereció algún apoyo.

127. Se observó que un representante de la insolvencia no siempre tenía, conforme a todos los ordenamientos jurídicos, el derecho a vender bienes, pero podría ser un fiduciario o supervisor. En ese caso, no serían aplicables las condiciones del

apartado a) de la recomendación 43). Una observación relacionada con ésta fue que la recomendación sólo trataba de los casos en que se nombraba a un representante de la insolvencia y que podría ser inadecuado dar esas facultades a un deudor que continuase en posesión del negocio. Como respuesta, se observó que algunos regímenes de la insolvencia permitían al deudor en posesión del negocio conservar esas facultades. Otro parecer fue que el apartado a) podría referirse al deudor bajo la supervisión o el control de un representante de la insolvencia. Ese enfoque mereció cierto apoyo. Tras un debate, se convino en que tal vez fuera necesario dejar reflejadas esas diferentes posibilidades.

128. Se expresó preocupación porque las palabras “utilizar, vender o arrendar” eran demasiado restrictivas y debían ampliarse para que abarcaran otros medios para enajenar bienes de la masa, como cargar, gravar o disponer de otra manera.

129. Se expresó apoyo para conservar el texto entre corchetes en el apartado b) de la recomendación 43) que se refería al tribunal y a otras recomendaciones sobre la utilización de bienes gravados y de bienes de terceros; y modificar la referencia a “los acreedores”, cambiándola por el “comité de acreedores” y enunciándola como otra posibilidad distinta a la aprobación por el tribunal. Un parecer opuesto fue que requerir la aprobación de los acreedores o del comité de acreedores podría resultar demasiado engorroso, y que todo lo que se necesitaba era la notificación a los acreedores y una oportunidad para ellos de impugnar la medida propuesta. Una opinión diferente, que recibió algún apoyo, fue que había que centrarse en el comité de acreedores y que no se debía pedir la aprobación del tribunal. En respuesta a la preocupación por el significado de “curso de las actividades ordinarias del negocio”, se señaló que esas palabras se empleaban comúnmente en el contexto de la insolvencia, pero que se podía incluir en el comentario alguna explicación más.

130. Tras el debate, se sometió a un ulterior examen del Grupo de Trabajo el proyecto revisado de recomendación 43) que figura a continuación.

43) Cuando el negocio del deudor siga funcionando según lo dispuesto en el marco de un procedimiento de reorganización, el régimen de la insolvencia debe:

- a) Permitir que el deudor, bajo la supervisión del representante de la insolvencia, utilice, venda, cargue, arriende o disponga de algún otro modo de los bienes de la masa de la insolvencia o los constituya en garantía en el curso de las actividades ordinarias del negocio.**
- b) Permitir que el representante de la insolvencia utilice, venda, cargue, arriende o disponga de algún otro modo de los bienes de la masa de la insolvencia o los constituya en garantía fuera del curso de las actividades ordinarias del negocio, a reserva de la aprobación del tribunal, salvo que los acreedores afectados lo consientan, [y conforme a las recomendaciones formuladas en la Guía sobre la utilización de bienes garantizados y de los bienes de terceros].**

43A) Cuando en un procedimiento de liquidación se disponga que el negocio del deudor ha de seguir funcionando, el régimen de la insolvencia debe permitir que el representante de la insolvencia utilice, venda, arriende, cargue o disponga de algún otro modo de los bienes de la masa de la insolvencia o los constituya en garantía en el curso de las actividades ordinarias del negocio, aunque se requerirá la aprobación del tribunal si

los bienes se han de utilizar, vender o arrendar fuera del curso de las actividades ordinarias del negocio.

131. Con respecto a las recomendaciones 44) y 45), se manifestó cierta inquietud porque esas disposiciones repetían asuntos tratados en las recomendaciones 41) y 42) y podían reemplazarse por una recomendación general en el sentido de que los bienes gravados pudiesen utilizarse en el procedimiento, con las protecciones dispuestas en esas anteriores recomendaciones. En apoyo de esa propuesta, se observó que si se habían de incluir en la masa los bienes gravados, como se recomendaba en 27), no sería necesario agregar otra disposición como la recomendación 44). Se expresó apoyo para la inclusión de una referencia general a las recomendaciones 41) y 42) del siguiente tenor “Los bienes objeto de los derechos de garantía pueden utilizarse, pero hay que proteger los derechos e intereses de los acreedores garantizados [o del propietario] como se enuncia en las recomendaciones 40) a 42)], ajustando el texto al de la recomendación 43).

132. En la medida en que la recomendación 46) se refería a bienes en manos del deudor sin perjuicio de arreglos contractuales, se sugirió que pertenecía propiamente al capítulo III.D (Régimen aplicable a los contratos). También se propuso que la redacción fuera más limitada y una formulación en el sentido de que los bienes de terceros que no fueran parte de la masa de la insolvencia pero que se hallaran en manos o bajo el control del deudor y pudieran lícitamente ser utilizados por éste (o utilizados por el deudor con el consentimiento del tercero) pudiesen ser utilizados por el representante de la insolvencia.

133. Respecto a la recomendación 47), se observó que repetía las protecciones que debían otorgarse a los acreedores garantizados y tal vez pudiese resolverse mediante una referencia a otras recomendaciones. Tras un debate, se expresó algún apoyo a favor de suprimir en lo sustancial ambas recomendaciones 46) y 47) del capítulo III.C y de sustituirlas por una referencia los capítulos III.B o III.D, asegurándose de que las cuestiones se trataban suficientemente en los capítulos III.B y III.D.

134. Se observó que la aprobación de los acreedores no era apropiada en la recomendación 48) y que lo único que se requería era la notificación y la oportunidad de formular objeciones sobre la medida propuesta. Se señaló que podría ser inapropiado conceder tales facultades a un deudor en posesión de su negocio cuando no se hubiera nombrado a ningún representante de la insolvencia.

135. Se observó que la referencia en la recomendación 49) a una “indicación razonable” de que el acreedor garantizado podía vender el bien más fácilmente que el representante de la insolvencia era un criterio demasiado subjetivo y se apoyó ampliamente la adopción de un enfoque más objetivo. En referencia a la utilización de las palabras “carece de valor para ella”, se señaló que esas palabras aparecían en otra parte de la Guía y se sugirió que fueran reemplazadas por las palabras “cuando el valor del crédito garantizado exceda del valor del bien”. Se sugirió también que se hiciera una referencia al debate sobre los créditos, concretamente a la obligación de limitar el crédito de un acreedor garantizado cuando se le haya entregado un bien. De las palabras que figuran entre corchetes en la segunda frase, se consideró que sería más apropiado optar por la palabra “podría”.

136. En el debate sobre la recomendación 50), el Grupo de Trabajo convino en que, i) en la última frase, se mantuvieran las palabras “aprobación del tribunal”; ii) se enmendara la aprobación por los acreedores haciendo referencia al comité de

acreedores y a otros órganos integrados por acreedores que figuraran como opción; iii) la disposición se centrara en las ventas realizadas al margen del curso ordinario de los negocios; y iv) se agregara al comentario una referencia a la notificación y a los requisitos de publicidad para una subasta pública. Se apoyó más la notificación que la aprobación de los acreedores, a condición de que éstos tuvieran la oportunidad de impugnar una venta en el tribunal si la desaprobaban. También recibió cierto apoyo la idea de que la recomendación 50) se centrara únicamente en los métodos de venta.

137. En cuanto a la redacción, se sugirió que se eliminaran los corchetes entre las palabras “fuera del curso ordinario de los negocios” y que se insertaran después de las palabras “toda venta” y “ventas privadas”. Otra sugerencia fue que las palabras “fuera del curso ordinario de los negocios” se insertaran sin corchetes después de las palabras “métodos de venta” y que se eliminaran también los corchetes entre las palabras “ya sea en la liquidación o la reorganización”.

138. Se apoyó la idea de prever que en circunstancias que requieran la venta urgente de los bienes, por ejemplo, cuando el valor de los bienes se deteriore rápidamente, no sea necesaria la notificación y/o la aprobación de los acreedores o del tribunal o que esa aprobación se dé una vez efectuada la venta. Otra enmienda que se sugiere agregar a la recomendación 50) es que se analicen detenidamente las propuestas de venta a personas allegadas o a iniciados antes de autorizar las ventas. También se sugirió que se reordenaran las recomendaciones de modo que la recomendación 50) se antepusiera a las recomendaciones 48), 49) y 51) o figurara después de ellas.

139. Hubo acuerdo general en que se suprimiera la nota de pie de página 5 correspondiente a la recomendación 51), puesto que limitaba innecesariamente los motivos por los que un acreedor garantizado podía oponerse a una venta, y también en que se agregara una nueva cláusula a la recomendación 51) en el sentido de que si el producto de una venta excedía del valor de un crédito garantizado, el acreedor garantizado no requería protección. Con respecto al párrafo b) de la recomendación 51), se expresaron diversas opiniones sobre la parte contra la que el acreedor debería formular objeciones, y recibió cierto apoyo la sugerencia de enmendar la frase para que dijera: “oponerse al [tribunal o al representante de la insolvencia en lo relativo a]”.

140. Se señaló que debería detallarse el procedimiento para evaluar el bien que había de venderse, lo cual tendría que figurar en el comentario. Se propuso que se agregara una cláusula a la recomendación 51) en virtud de la cual, aun cuando el tribunal aprobara una venta, si la oferta del bien era inadecuada, el acreedor garantizado conservara el derecho a compensar la oferta para proteger sus derechos.

D. Régimen aplicable a los contratos (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.8)

Recomendaciones

141. Se convino en que se mantuvieran en el texto, eliminando los corchetes, las palabras “y por quién”, en la cláusula b) relativa a la finalidad.

142. Se consideró que el texto de la recomendación 52) era aceptable.

143. El Grupo de Trabajo convino en introducir en la recomendación 53) los siguientes cambios: en las palabras iniciales, optar por la palabra “deberá” en vez de “podrá”; sustituir las palabras “un derecho a rescindir” por las palabras “la rescisión automática de”, para disipar la impresión de que la recomendación 53) se refería también a la opción de rescisión; y trasladar el contenido de la recomendaciones 53) c) y 53) d) al comentario. También se convino en que en el comentario habría que señalar que la recomendación 53) era únicamente aplicable a las situaciones en que los contratos no prevalecieran sobre otras reglas y que sus disposiciones no fueran excluyentes. Se sugirió incluir en el comentario una explicación conforme a la cual el tribunal no podía examinar tipos similares de cláusulas contractuales que pudieran tener como consecuencia tales rescisiones.

144. Se señaló que la recomendación 53) en su forma actual era aplicable a todos los tipos de contratos pero que algunos, como los contratos de préstamo financiero, deberían quedar excluidos. Como cambios de redacción se sugirió que al principio de la recomendación 53) se agregaran las palabras “Al iniciarse el procedimiento de insolvencia”; que se suprimieran los corchetes entre las palabras “frente al representante de la insolvencia” y se añadieran las palabras “y frente al deudor”, y que se suprimieran las palabras, en la versión inglesa, “or identify as an event of default”.

145. El Grupo de Trabajo convino en que el contenido de la recomendación 54) era aceptable, si la cuestión de los efectos para la otra parte contratante y de los derechos de ésta se trataban en las recomendaciones 53) y 56). Ello incluye la notificación de la decisión del representante de la insolvencia a la parte contratante y la capacidad de dicha parte para impugnar esa decisión. También se señaló que había opiniones dispares en cuanto a la necesidad de aprobación judicial en tales circunstancias, lo cual podría analizarse en el comentario.

146. Con respecto a la excepción que figura entre paréntesis en la recomendación 55), se sugirió que fuera suprimida por estimarse que, una vez continuado el contrato, todas sus cláusulas eran exigibles. Considerando que el representante de la insolvencia no debía ser responsable del incumplimiento de una cláusula de rescisión automática, se propuso que la excepción entre paréntesis se insertara entre “y” y “que los daños”, a fin de que la excepción se vinculara a los daños y no a la invocabilidad. Se expresó cierta preocupación por la posible responsabilidad del representante de la insolvencia a causa de las palabras “incumplimiento (del contrato) por el representante de la insolvencia”; tras el debate, se convino en suprimir la referencia al representante de la insolvencia, así como la excepción. Con respecto a la utilización de la palabra “mantenimiento”, se sugirió que se utilizara otra palabra como “adopción” o “asunción”, para dejar claro que sólo se considerarían los daños respecto de los contratos que el representante de la insolvencia decidiera expresamente mantener en vigor. Se expresó la preocupación de que las recomendaciones no tenían en cuenta los contratos de los que el representante de la insolvencia no tenía conocimiento ni aquellos en que éste ignoraba la forma en que serían regulados. En particular, se indicó que el hecho de que el representante de la insolvencia no abordara esos contratos no debía equipararse a una decisión de mantenimiento.

147. Las propuestas con respecto a la redacción de la recomendación 56) fueron que, en la versión española, se añadieran, antes de “el deudor” las palabras “, antes de la apertura del procedimiento,”; el apartado a) se refiriera a la capacidad “de la

masa de la insolvencia”; las referencias al mantenimiento lo fueran a la continuación del cumplimiento, tanto en la recomendación 56) como en toda la Guía; que se utilizara constantemente en toda la Guía la palabra “decidir”, o se utilizara una formulación diferente para indicar los contratos respecto de los cuales el representante de la insolvencia hubiera adoptado una decisión afirmativa de mantenerlos; y se conservara, en el apartado b) de la recomendación 56), la palabra “tendrá”.

148. Se convino que, dado que la formulación “pueda ser subsanado” en el apartado a) de la recomendación 56) era demasiado amplia y susceptible de abuso, debía suprimirse. Se observó, no obstante, que una obligación de subsanar el incumplimiento no debía ser absoluta y que debería añadirse la palabra “sustancialmente” al apartado a) de la recomendación 56) después de “devuelta”. Se cuestionó la utilización de las palabras “garantías apropiadas” y se respondió sugiriendo que lo que se necesitaba era una garantía de cumplimiento del representante de la insolvencia. Se convino en que tal vez habría que referirse a los contratos, sea cual fuere su descripción, para la prestación de servicios imprescindibles, como el agua y la electricidad, pero que la formulación entre corchetes en el apartado b) de la recomendación 56) no era adecuada. Hay que asegurar al deudor, especialmente ante una solicitud de apertura involuntaria, el acceso a esos servicios y, sobre la base de que pueda cumplir sus obligaciones posteriores a la apertura, debe seguir prestándose el servicio. Se sugirió la posibilidad de agregar al comentario algunos ejemplos de los tipos de contratos de que se trataba.

149. Con respecto a la rescisión, se observó que algunos ordenamientos no prevén la facultad de rescindir contratos, porque el cumplimiento de un contrato cesaba simplemente a menos que fuera adoptado por el representante de la insolvencia. Sobre esa base se sugirió analizar esa opción en el comentario, y que la palabra “debe” en la recomendación 57) se cambiase por “puede”. Tras un debate, se estimó que la recomendación era, en lo sustancial, aceptable con la modificación sugerida.

150. Se consideró que las recomendaciones 58) y 59) eran, en lo sustancial, aceptables tal como estaban redactadas. La recomendación 60) se estimó aceptable con la eliminación de los corchetes y la conservación de ambos textos.

151. Respondiendo a una inquietud sobre que el momento de la rescisión en la recomendación 61) no debería tener efecto retroactivo, se señaló que la exigencia de que el régimen de la insolvencia fije el momento eliminaría ese problema. Toda cuestión respecto a la conveniencia del efecto retroactivo debería ser abordada en la Guía.

152. Con respecto a la recomendación 62), los cambios sugeridos fueron que se añadiese la palabra “afirmativamente” después de “decide” y se eliminasen los paréntesis del texto siguiente; que la palabra “puede” en la frase inicial se sustituyese por “debe”; que la palabra “puede” en la segunda oración se sustituyera por “debe”; y que, en el texto inglés, la palabra “limit” se reemplazara por “period”. Con respecto al texto entre paréntesis, se propuso que el régimen de la insolvencia fijase plazos concretos en los casos en que se pedía que se adoptara una decisión. Respecto de la segunda oración de la recomendación 62), se sugirió que se analizaran en el comentario las consecuencias de la omisión de actuar. Un ejemplo que se propuso fue que el contrato no fuera ejecutable y se sugirió que las

disposiciones añadidas con respecto a las consecuencias se refiriesen a la posible diferencia entre la liquidación y la reorganización. Se recordó que el párrafo 140 del comentario abordaba quizá suficientemente esa cuestión, lo cual mereció apoyo. Otra sugerencia fue que se agregara al apartado d) de la recomendación 92) una referencia a la previsión de una lista de contratos.

153. El Grupo de Trabajo convino en mantener las palabras entre corchetes al comienzo de la recomendación 63) y eliminar los corchetes, y mejorar la redacción de dicha recomendación para que rezara “que adopte prontamente una decisión”. Una sugerencia que recibió apoyo fue que el perjuicio nunca constituyese una condición de una petición de que se adoptase una decisión y se suprimiesen las palabras después de “con respecto a ese contrato”. Para ocuparse de lo que ocurriría si el representante de la insolvencia no adoptaba una decisión, se sugirió ajustar el texto para que dijera: “el régimen de la insolvencia debe permitir que la otra parte solicite del representante de la insolvencia, o al tribunal en el caso de que el representante de la insolvencia no actúe, que adopte prontamente una decisión”. Esto permitiría a la contraparte pedir al tribunal que ordenase al representante de la insolvencia actuar si no lo había hecho.

154. Tras un debate se convino en que la recomendación 64) no era necesaria y que podía suprimirse junto con las palabras iniciales de la 65) hasta “el régimen de la insolvencia”, y que la recomendación 65) conservase las palabras “cabe disponer”. Se convino también en que el apartado c) de la recomendación 66) debía formar parte de la recomendación 65) como condición previa de la cesión. En el apartado a) de la recomendación 66) se sugirió que la frase “posteriores a la apertura del procedimiento” se añadiese después de “obligaciones”, en aras de una mayor claridad. Se convino en mantener las palabras entre corchetes en el apartado c) de la recomendación 66) y modificar la frase para que dijera “es necesaria o provechosa para la masa”, lo que abarcaría tanto la reorganización como la liquidación. Se podría entonces suprimir las palabras restantes. Recibió cierto apoyo la propuesta de agregar otra oración a la recomendación 66) en el sentido de que “El régimen de la insolvencia puede además disponer que si se cede el contrato, el cesionario ocupará el lugar del deudor como parte contratante desde la fecha de la cesión y después de ella”. Por lo que se refiere a la redacción sobre el daño o el perjuicio irrazonables, se decidió, tras un debate, conservar ambas opciones como posibles soluciones alternativas. Respondiendo a la pregunta acerca de la necesidad de subsanar los defectos antes de la cesión de un contrato, se convino en tratar esa cuestión en el comentario.

155. Se manifestaron algunas inquietudes sobre la intención de la recomendación 67) y los contratos que debía abarcar. Hubo acuerdo general en que debían contemplarse los contratos laborales, habida cuenta de los regímenes internacionales aplicables. Tras un debate el Grupo de Trabajo convino en que la necesidad de adoptar una disposición general sobre el régimen especial aplicable a ciertos tipos de contratos, que se ilustrara con algunos ejemplos, como los contratos laborales.

156. El Grupo de Trabajo convino en suprimir, en la recomendación 68), la referencia al “giro normal del negocio”. Se sugirió agregar al texto una referencia a los contratos celebrados después de la apertura de un procedimiento que pudieran ser impugnables o no autorizados.

E. Procedimientos de nulidad (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9)

Recomendaciones

157. Con respecto a la cláusula sobre la finalidad, el Grupo de Trabajo optó, en el párrafo a), por las palabras “reconstituir” y “justo”, y decidió mantener entre paréntesis todas las palabras del párrafo b) sustituyendo “o” por “y”.

158. Con respecto a la recomendación 69), el Grupo de Trabajo convino en sustituir las palabras “valor neto” por las palabras “valor de la masa de la insolvencia”, y prefirió el término “justo” a la palabra “equitativo”. Las palabras “[u operaciones no autorizadas que ocurran después de [la solicitud de] la apertura]” deberían ajustarse al enunciado convenido para la cláusula sobre la finalidad.

159. El Grupo de Trabajo examinó diversos aspectos de los criterios enunciados en la recomendación 70) para la anulación de operaciones y, sobre el párrafo a), convino en suprimir las palabras “transmitiendo bienes a algún tercero” y en mantener el texto que figuraba subrayado. Respecto de la cuestión del conocimiento por parte del tercero, prevaleció la opinión de que convenía enmendar el requisito de que “el tercero conociera o debiera haber conocido “la intención del deudor. Las excepciones que pudiera oponer el tercero habrían de regularse más detalladamente en el contexto de las recomendaciones 79) y 80) relativas a cuestiones probatorias. También se podría analizar en la guía la sugerencia en virtud de la cual podrían anularse los tipos de operaciones mencionadas en el párrafo a) cuando el deudor fuera insolvente, en cuyo caso el tercero debería tener conocimiento del hecho de la insolvencia. También se convino que, en los párrafos b) y c), se mantuviera la palabra “insolvente” y se suprimieran las palabras “hubiera cesado los pagos” y “había hecho cesación de pagos”; el término “insolvente” habría de definirse remitiéndose a las deliberaciones que anteriormente mantuvo el Grupo de Trabajo en el contexto de los criterios para la apertura de un procedimiento, y también habría de explicarse más detenidamente en el comentario y en el glosario.

160. El Grupo de Trabajo convino en que la recomendación 71) se abordaban dos ideas que deberían tener cabida en la Guía: i) cuando una garantía real fuera válida o eficaz y ejecutable en virtud de cualquier derecho aplicable al margen del régimen de la insolvencia, dicho régimen debería reconocer esa validez o eficacia y ejecutabilidad; y ii) independientemente de que una garantía real fuera válida o eficaz y ejecutable en virtud de cualquier otro derecho aplicable, puede estar también sujeta a las disposiciones de anulación del régimen de la insolvencia. El Grupo de Trabajo no decidió en qué parte de la Guía podía insertarse el primer principio. En cuanto al segundo, se propugnó que se incorporara al texto de la nota 3 de pie página correspondiente a la recomendación 69), a fin de explicar mejor su finalidad.

161. Se propusieron varias modificaciones de la recomendación 72). Concretamente, se sostuvo que el párrafo a) era innecesario y debía suprimirse. En relación con la sugerencia de que, en el párrafo b), se sustituyeran las palabras “puede ser” por las palabras “deberá ser”, se expresó la opinión de que, ya que no se recomendaban periodos concretos, no se entendía por qué el período debería ser más largo para las personas allegadas si el período de sospecha aplicable cuando no había personas allegadas ya era un período largo; por consiguiente, debían mantenerse las palabras “puede ser”. Se propuso que el párrafo c) se dividiera en dos párrafos y que, en el

primero, se tratara la cuestión de las presunciones y, en el segundo, las inversiones de la carga de la prueba que fueran necesarias para facilitar la anulación de operaciones perjudiciales para la masa de la insolvencia. Se señaló que, habida cuenta de que la expresión “personas allegadas” podía abarcar a muy diversas personas, tanto físicas como jurídicas, habría que definirla en el glosario.

162. Se consideró que el contenido de las recomendaciones 73) y 74) era aceptable.

163. Con respecto a la de la recomendación 75), el Grupo de Trabajo convino en que el período de sospecha se “calculara retrospectivamente” a partir de la fecha de la solicitud de apertura o a partir de la fecha de la apertura del procedimiento, manteniéndose ambas opciones en la recomendación y explicándolas detalladamente en el comentario.

164. Se expresaron diversas opiniones sobre la conveniencia de que los acreedores pudieran iniciar acciones de anulación y de si esa facultad debería corresponder únicamente o a los acreedores o atribuirse conjuntamente a los acreedores y al representante de la insolvencia; también se abordó la cuestión de si era preciso requerir la aprobación judicial (recomendación 76)). Según una de las opiniones, los acreedores sólo deberían poder iniciar acciones de nulidad cuando el representante de la insolvencia decidiera no tomar tal iniciativa o cuando éste considerara que correspondía a los acreedores entablar la acción. En apoyo de esta opinión se mencionó la necesidad de respetar la función y las responsabilidades primordiales del representante de la insolvencia en la administración de la masa. En cualquier caso, se observó que en el régimen de la insolvencia debía ponerse de relieve que la finalidad de las acciones de nulidad era restituir valor o bienes a la masa, y no beneficiar a alguna otra parte. Se mencionó que en algunos regímenes de la insolvencia se seguía otro enfoque y se requería el acuerdo de los acreedores, o de la mayoría de ellos, para que el representante de la insolvencia pudiera iniciar una acción de nulidad. Los acreedores disconformes con la posibilidad de que el representante de la insolvencia procediera a la impugnación podían entablar ellos mismos tal acción asumiendo los correspondientes riesgos.

165. Según otra opinión, el inicio de una acción de nulidad por parte de los acreedores debería estar sujeto a la aprobación judicial, si bien se observó también que en algunos países la solicitud de aprobación judicial para entablar este tipo de acciones podía resultar problemática. Cuando los acreedores tuvieran plena libertad para entablar acciones de anulación y un acreedor abusara de esa facultad, podrían imponérsele sanciones o podría requerírsele que pagara las costas de la acción. Según otra opinión, no convendría exigir siempre la aprobación judicial y sería mejor que la facultad de los acreedores para iniciar tales acciones estuviera sujeta de entrada al acuerdo del representante de la insolvencia. Si éste no daba su aprobación, entonces los acreedores deberían poder solicitar la aprobación judicial, pero el representante de la insolvencia habría de exponer ante el tribunal las razones de su negativa. Se observó que este enfoque también era conveniente para evitar posibles pactos entre las diversas partes. Tras un debate, prevaleció la opinión de que los acreedores debían poder estar facultados para entablar acciones de nulidad, pero antes habrían de consultar al representante de la insolvencia y, si éste no estaba de acuerdo, podrían solicitar la aprobación del tribunal (que podría autorizar el inicio de la acción o escuchar los argumentos de las partes).

Notas

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 17, A/55/17, párrs. 400 a 409.*

² *Ibid., quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 17, A/56/17, párrs. 296 a 308.*

³ *Ibid., quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 17, A/57/17, párr. 194.*
