CNUDMI

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia

NACIONES UNIDAS

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) es un órgano subsidiario de la Asamblea General. Prepara textos legislativos internacionales para ayudar a los Estados a modernizar el derecho mercantil y textos no legislativos para facilitar las negociaciones entre las partes en operaciones comerciales. Los textos legislativos son los siguientes: Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías; Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías; Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional; Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios; Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente; Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito; Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales; Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Hamburgo); Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional; y Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Los textos no legislativos son los siguientes: Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; Notas de la CNUDMI sobre la Organización del Proceso Arbitral; Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales; y Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Operaciones de Comercio Compensatorio Internacional.

Para mayor información, sírvase dirigirse a:
Secretaría de la CNUDMI, Centro Internacional de Viena,
Apartado postal 500, 1400 Viena, Austria

Teléfono: (+43-1) 26060-4060 Telefax: (+43-1) 26060-5813
Internet: http://www.uncitral.org Correo electrónico: uncitral@uncitral.org

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

CNUDMI

Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia

NACIONES UNIDAS
Nueva York, 2006

NOTA

Las signaturas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de tales signaturas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

El material contenido en esta publicación puede citarse o reproducirse sin restricciones, siempre que se indique la fuente y se remita un ejemplar de la publicación en que aparezca el material citado o reproducido.

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
Número de venta: S.05.V.10
ISBN 92-1-333362-5

Prefacio

La *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia* fue preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). La iniciativa tuvo su origen en una propuesta formulada a la Comisión en 1999 en el sentido de que la Comisión realizara trabajos ulteriores acerca del régimen de la insolvencia, concretamente la insolvencia de las sociedades mercantiles, a fin de promover y alentar la adopción en el derecho interno de regímenes eficaces en esa materia. En diciembre de 1999 se celebró una reunión de carácter exploratorio para examinar la viabilidad de esa iniciativa. Sobre la base de las recomendaciones de esa reunión, la Comisión otorgó al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) el mandato de preparar una descripción general de los objetivos fundamentales y las características esenciales de un sólido régimen en materia de insolvencia y de las relaciones jurídicas entre deudores y acreedores, incluso la reorganización extrajudicial de las empresas insolventes, y una guía legislativa que contuviera criterios flexibles para la consecución de esos objetivos y características, y que incluyera un examen de las diversas soluciones posibles y sus correspondientes ventajas e inconvenientes[1]. Con objeto de recabar aportaciones de la comunidad internacional que se ocupa de las cuestiones de la insolvencia acerca de los objetivos fundamentales y el alcance de las características esenciales de un régimen de la insolvencia, para su inclusión en la *Guía*, en diciembre de 2000 se celebró un coloquio internacional, organizado en colaboración con la *INSOL International* y la Asociación Internacional de Abogados.

En julio de 2001, el Grupo de Trabajo V examinó el primer proyecto de la guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia y su labor ulterior se desarrolló durante siete períodos de sesiones de una semana de duración, habiéndose celebrado el último de ellos a fines de marzo de 2004. Además de los representantes de los 36 Estados miembros de la Comisión, participaron activamente en los trabajos preparatorios los representantes de muchos otros Estados y de varias organizaciones internacionales, tanto intergubernamentales como no gubernamentales. La labor también se llevó a cabo en estrecha cooperación con el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales), a fin de velar por la coordinación del tratamiento de estas garantías en la insolvencia con la guía legislativa sobre las operaciones garantizadas que está elaborando la CNUDMI.

Las negociaciones finales sobre el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia tuvieron lugar durante el 37º período de sesiones de la CNUDMI, celebrado en Nueva York del 14 al 21 de junio de 2004, y el texto fue adoptado por consenso el 25 de junio de 2004 (véase el anexo II). Posteriormente la Asamblea General aprobó la resolución 59/40, de 2 de diciembre de 2004 (véase el anexo II) en la que expresó su reconocimiento a la Comisión por haber completado y aprobado la *Guía Legislativa*.

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párrs. 400 a 409.

Índice

Página

Prefacio iii

Introducción 1

A. Organización y alcance de la *Guía Legislativa* 1

B. Glosario 3

Primera parte

FORMULACIÓN DE LOS OBJETIVOS FUNDAMENTALES Y LA ESTRUCTURA DE UN RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA EFICAZ Y EFICIENTE

I. Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente. 11

A. Introducción 11

B. Establecimiento de los objetivos fundamentales. 12

1. Dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económicos. 12

2. Obtener el máximo valor posible de los bienes 13

3. Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de liquidación y de la vía de reorganización 13

4. Tratar de manera equitativa a los acreedores que se encuentren en circunstancias similares 14

5. Lograr una solución oportuna, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia 14

6. Preservar la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores . . . 15

7. Garantizar un régimen de la insolvencia transparente y previsible que comprenda incentivos para reunir y facilitar información 15

8. Reconocer los derechos existentes de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación de los créditos. 16

9. Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza. 16

Recomendaciones 1 a 5 17

C. Equilibrio entre las metas y los objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia 17

Recomendación 6 19

D. Características generales de un régimen de la insolvencia 20
1. Cuestiones sustantivas 20
2. Estructura de un régimen de la insolvencia..... 21
3. Relación entre el régimen de la insolvencia y otra legislación. 23
Recomendación 7..... 24

II. Mecanismos para resolver las dificultades financieras del deudor..... 27
A. Introducción 27
B. Negociaciones voluntarias de reestructuración 27
1. Requisitos necesarios 29
2. Procesos principales 29
3. Reglas y directrices para una reestructuración voluntaria..... 32
C. Procedimientos de insolvencia 33
1. El procedimiento de reorganización..... 34
2. Liquidación..... 38
D. Procesos administrativos 40

III. Marco institucional 41

Segunda parte

DISPOSICIONES FUNDAMENTALES DE UN RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA EFICAZ Y EFICIENTE

I. Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia..... 46
A. Condiciones de admisibilidad y jurisdicción 46
1. Condiciones de admisibilidad: deudores a los que será aplicable el régimen de la insolvencia 46
2. Jurisdicción..... 50
Recomendaciones 8 a 13 53

B. Apertura del procedimiento..... 54
1. Introducción..... 54
2. Criterios para la apertura del procedimiento..... 55
3. Liquidación..... 59
4. Reorganización 64
5. Cuestiones de índole procesal..... 68
6. Deudores con bienes insuficientes 75

7. Costas del procedimiento de insolvencia. 76
8. Sobreseimiento del procedimiento tras la apertura 77
Recomendaciones 14 a 29 78

C. Régimen aplicable a los procedimientos de insolvencia 82
1. Introducción 82
2. Régimen aplicable a la validez y efectividad de derechos y créditos 83
3. Régimen aplicable a los procedimientos de insolvencia: *lex fori concursus* 83
4. Régimen aplicable a los procedimientos de insolvencia: excepciones a la *lex fori concursus* 84
5. Logro de un equilibrio entre la conveniencia de las excepciones y los objetivos del régimen de la insolvencia. . . . 87
Recomendaciones 30 a 34 88

II. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia . 91
A. Bienes que constituyen la masa de la insolvencia. 91
1. Introducción 91
2. Bienes comprendidos en la masa de la insolvencia 92
3. Bienes excluidos de la masa de la insolvencia 97
4. Fecha de constitución de la masa de la insolvencia y reintegración de los bienes. 98
Recomendaciones 35 a 38 99

B. Protección y conservación de la masa de la insolvencia 100
1. Introducción. 100
2. Protección de la masa mediante una paralización 101
3. Alcance de la paralización. 102
4. Aplicación discrecional o automática de la paralización 107
5. Inicio de la paralización. 108
6. Duración de la paralización. 112
7. Prórroga del plazo de la paralización. 114
8. Protección de los acreedores garantizados 114
9. Restricciones de la libertad del deudor para disponer de sus bienes 118
Recomendaciones 39 a 51 120

C. Utilización y disposición de los bienes 124
1. Introducción 124
2. Bienes de la masa de la insolvencia 125
3. Bienes que sean propiedad de terceros 132
4. Régimen aplicable al producto líquido de la venta 133
Recomendaciones 52 a 62 133

D. Financiación posterior a la apertura del procedimiento 136
1. Necesidad de financiación posterior a la apertura del procedimiento 136
2. Fuentes de financiación posterior a la apertura del del procedimiento 138
3. Obtención de crédito con posterioridad a la apertura del procedimiento: concesión de una garantía real o de cierta prelación 138
4. Autorización de la financiación posterior a la apertura 140
5. Efectos de la conversión de la reorganización en liquidación . 141
Recomendaciones 63 a 68 141

E. Régimen aplicable a los contratos 143
1. Introducción 143
2. Cláusulas de extinción o agilización automática de los contratos y cláusulas similares 146
3. Mantenimiento o rechazo de contratos 148
4. Arrendamientos de terrenos y locales 154
5. Cesión 155
6. Excepciones generales a la facultad para continuar la ejecución, rechazar y ceder contratos 156
7. Contratos posteriores a la apertura del procedimiento 157
Recomendaciones 69 a 86 158

F. Procedimientos de anulación 161
1. Introducción 161
2. Criterios de anulación 164
3. Tipos de operaciones sujetas a anulación 168
4. Operaciones no sujetas a acciones de anulación 175
5. Efecto de la anulación: operaciones nulas o anulables 175
6. Establecimiento del período de sospecha 176

Página

7. Sustanciación de los procedimientos de anulación 177
8. Responsabilidad de la otra parte en las operaciones anuladas . 181
9. Conversión de una reorganización en un procedimiento de liquidación 181

Recomendaciones 87 a 99 182

G. Derechos de compensación..... 184

Recomendación 100 185

H. Contratos financieros y compensación global por saldos netos .. 186

Recomendaciones 101 a 107 188

III. Participantes 191

A. El deudor 191

1. Introducción 191
2. Continuidad de los negocios del deudor y función del deudor 191
3. Derechos del deudor..... 197
4. Obligaciones del deudor 198
5. Responsabilidad del deudor 203

Recomendaciones 108 a 114 203

B. El representante de la insolvencia 205

1. Introducción 205
2. Cualificaciones 206
3. Selección y nombramiento del representante de la insolvencia..... 209
4. Supervisión del representante de la insolvencia 211
5. Deberes y funciones del representante de la insolvencia 211
6. Confidencialidad..... 213
7. Remuneración del representante de la insolvencia 214
8. Responsabilidad del representante de la insolvencia 217
9. Agentes y empleados del representante de la insolvencia ... 219
10. Revisión de la administración del representante de la insolvencia..... 220
11. Destitución del representante de la insolvencia..... 221
12. Sustitución del representante de la insolvencia 221

Recomendaciones 115 a 125 222

C. Acreedores: participación en el procedimiento de insolvencia . . . 224
1. Introducción 224
2. Grado de participación de los acreedores en el proceso de adopción de decisiones 225
3. Mecanismos destinados a facilitar la participación 229
4. Juntas de acreedores 230
5. Cuestiones que requieren el voto de los acreedores 232
6. Comité de acreedores 233
7. Confidencialidad 239
Recomendaciones 126 a 136 239

D. Derecho de la parte interesada a ser oída y a apelar 242
1. Derecho a ser oído 242
2. Procedimientos de revisión 243
3. Derecho de apelación 244
Recomendaciones 137 y 138 244

E. Acreedores garantizados 245

IV. Reorganización 247
A. Plan de reorganización 247
1. Introducción 247
2. Naturaleza o forma del plan 247
3. Propuesta de un plan de reorganización 249
4. El plan 253
5. Aprobación del plan 257
6. Imposibilidad de aprobar un plan propuesto 266
7. Vía para que el plan sea vinculante para los acreedores disconformes 267
8. Confirmación judicial del plan 268
9. Efectos de un plan aprobado y, cuando proceda confirmado 271
10. Impugnaciones del plan después de su confirmación por el tribunal 271
11. Modificación del plan después de su aprobación por los acreedores 272
12. Ejecución del plan 273

13. Fracaso de la ejecución del plan 273
14. Conversión del procedimiento de reorganización en liquidación 274
Recomendaciones 139 a 159 276

B. Procedimiento de reorganización agilizado 281
1. Introducción 281
2. Acreedores que suelen participar en las negociaciones voluntarias de reestructuración 283
3. Procedimiento para aplicar un acuerdo voluntario de reestructuración 283
Recomendaciones 160 a 168 288

V. Administración del procedimiento 293
A. Régimen aplicable a los créditos de los acreedores 293
1. Introducción 293
2. Comunicación de los créditos 293
3. Verificación y reconocimiento de créditos 301
4. Créditos no reconocidos 309
Recomendaciones 169 a 184 309

B. Prelación y distribución 313
1. Prelación 313
2. Distribución 323
Recomendaciones 185 a 193 323

C. Tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia 325
1. Introducción 325
2. Responsabilidad del grupo por las deudas externas 327
3. Deudas internas 328

VI. Conclusión del procedimiento 331
A. Exoneración 331
1. Exoneración del deudor en un procedimiento de liquidación 331
2. Exoneración de deudas y modificación de créditos en procedimientos de reorganización 335
Recomendaciones 194 a 196 335

B. Clausura del procedimiento 336
1. Liquidación 336
2. Reorganización 337
Recomendaciones 197 y 198 338

Anexos

I. Tratamiento de los acreedores garantizados en un procedimiento de insolvencia 339
II. Decisión de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y resolución 59/40 de la Asamblea General . . 341
III. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su incorporación al derecho interno 345

Introducción

A. Organización y alcance de la *Guía Legislativa*

1. La finalidad de la *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia* es contribuir a la creación de un marco jurídico eficaz y eficiente para regular la situación de los deudores que tengan dificultades financieras. La *Guía* se ha concebido como instrumento de referencia al que puedan recurrir las autoridades nacionales y los órganos legislativos al preparar nuevas leyes y reglamentaciones o al plantearse una revisión de las ya existentes. Con el asesoramiento que se ofrece en la *Guía* se pretende, por una parte, abordar la necesidad de resolver con la mayor rapidez y eficiencia posibles las dificultades financieras del deudor y, por otra parte, tener en cuenta los intereses de las diversas partes directamente afectadas por esas dificultades financieras, que son principalmente los acreedores y otras partes que tienen intereses en los negocios del deudor, así como las consideraciones de orden público. En la *Guía* se tratan cuestiones de importancia primordial para formular un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente, cuestiones estas que, pese a las numerosas diferencias entre los criterios normativos y legislativos de los países, son reconocidas en muchos ordenamientos jurídicos. La *Guía* se centra en los procedimientos de insolvencia iniciados y sustanciados con arreglo al régimen de la insolvencia, haciendo hincapié en la reorganización de las empresas insolventes, que van dirigidos contra un deudor, independientemente de que sea una persona jurídica o física, que desarrolle una actividad económica. No se abordan las cuestiones concretamente relacionadas con la insolvencia de las personas físicas que no desarrollan ese tipo de actividad, como sería el caso de los consumidores.

2. En la *Guía Legislativa* también se examinan la utilización y la importancia crecientes de otros instrumentos para abordar las cuestiones relacionadas con la insolvencia, específicamente las negociaciones de reestructuración que pueden entablar voluntariamente el deudor y sus principales acreedores, las cuales no están reguladas en el régimen sobre la insolvencia. Además de abordar los requisitos de los regímenes nacionales de la insolvencia, la *Guía* contiene el texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y de la Guía para su incorporación al derecho interno (la "Ley Modelo de la CNUDMI") (anexo III) con miras a facilitar el examen de las cuestiones relativas a la insolvencia transfronteriza. Sin embargo, cabe señalar que una ley modelo en general no se utilizaría de la misma forma que una guía legislativa. Concretamente, una ley modelo es un texto legislativo recomendado a los Estados para que lo incorporen, con o sin modificaciones, a su derecho interno. Por esa razón, en las leyes modelo se suele proponer un amplio conjunto de soluciones legislativas para abordar un tema determinado, formuladas en términos que facilitan la incorporación

directa de las disposiciones de la ley modelo al derecho interno del país interesado. En cambio, una guía legislativa tiene por finalidad primordial la de proporcionar orientación al legislador y a otros usuarios, y por eso suele incluir un extenso comentario en el que se desarrollan y analizan las cuestiones pertinentes. No se pretende que las recomendaciones de una guía legislativa sean incorporadas sin más al derecho interno. Más bien, se esbozan en ellas las cuestiones fundamentales que sería conveniente abordar en ese derecho, y, en algunas de las recomendaciones, se dan orientaciones concretas acerca de cómo podrían formularse ciertas disposiciones legislativas.

3. La *Guía Legislativa* no ofrece un único conjunto de soluciones que puedan servir de modelo para regular los aspectos cruciales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente, sino que ayuda al lector a evaluar los distintos criterios posibles y a optar por el que resulte más adecuado en el ámbito nacional o local respectivo. En la primera sección de cada capítulo de la *Guía* figura un comentario en el que se exponen las cuestiones fundamentales que deben abordarse al formular un régimen de la insolvencia, y se discuten y analizan los diversos enfoques adoptados por los regímenes de la insolvencia. En la segunda parte de cada capítulo figura una serie de recomendaciones sobre principios legislativos, que se refiere más concretamente a la manera en que deberían abordarse estas cuestiones fundamentales en un régimen de la insolvencia, e incluye tanto una exposición de la finalidad que se persigue al incluir en un régimen disposiciones sobre un tema determinado, como un esbozo del contenido recomendado para su inclusión en esas disposiciones. Dichas recomendaciones tienen por objeto ayudar a las autoridades a establecer un marco legislativo para la insolvencia que sea, a la vez, eficaz y eficiente, y que refleje las novedades y las tendencias modernas en materia de insolvencia. Las recomendaciones son más o menos precisas en función de la cuestión de que se trate. Algunas se enuncian en un lenguaje legislativo que establece en detalle la forma en que debe abordarse una cuestión determinada en un régimen de la insolvencia, lo que refleja un alto grado de consenso respecto del enfoque concreto que habrá de adoptarse. En otras recomendaciones se indican ciertos aspectos fundamentales que el régimen de la insolvencia deberá tratar de resolver con respecto a un tema determinado y se proponen diversas soluciones posibles, al tiempo que se señala la existencia de distintas preocupaciones normativas y de procedimiento que tal vez haya que tomar en consideración.

4. Es aconsejable leer las recomendaciones legislativas junto con el comentario, en el que se ofrece información detallada de fondo que ayuda a entender las recomendaciones legislativas, así como un análisis de las cuestiones no incluidas específicamente como recomendaciones. Dada la importancia fundamental de los acreedores que tienen créditos garantizados para los procedimientos de insolvencia y las consideraciones de política legislativa que se tienen en cuenta al regular la situación de esos acreedores

en un régimen de la insolvencia, es también muy aconsejable que el usuario de la presente *Guía Legislativa* examine la labor de Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) y, cuando se ultime, la guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas.

5. En las recomendaciones consignadas en la *Guía* no se abordan otros ámbitos del derecho, aunque, como se señala en todo el instrumento, éstos repercuten tanto en la formulación de un régimen de la insolvencia como en la realización de los procedimientos de insolvencia que se entablen en virtud de éste (por ejemplo, segunda parte, capítulo I, párrs. 80 a 91, relativos al derecho aplicable, y recomendación 35 a) referente a los derechos de propiedad del deudor). Por otra parte, para que un régimen de la insolvencia pueda funcionar eficazmente, es indispensable que, además de establecerse un marco legislativo apropiado, se disponga, en particular, de una infraestructura institucional adecuada, de capacidad de organización, de conocimientos técnicos especializados y de recursos humanos y financieros apropiados. Aunque estas cuestiones se analizan en el comentario, no suelen abordarse en las recomendaciones legislativas, salvo en lo que se refieren al profesional de la insolvencia a quien se nombra para administrar la masa de la insolvencia.

B. Glosario

1. Notas sobre la terminología

6. La finalidad de las siguientes definiciones es orientar al lector de la *Guía Legislativa*. Muchos términos y expresiones, como "acreedor garantizado", "garantía real", "liquidación" y "reorganización", pueden tener significados sustancialmente diferentes en distintos ordenamientos. Una explicación del empleo del término o la expresión en la *Guía* puede coadyuvar a que los conceptos que se examinan sean claros y comprensibles para todos.

a) Referencias de la Guía Legislativa al "tribunal"

7. En la *Guía Legislativa* se parte del supuesto de que se cuenta con supervisión judicial durante todo el procedimiento de insolvencia, lo que podría comprender la facultad de abrir un procedimiento de insolvencia, nombrar al representante de la insolvencia, supervisar sus actividades y adoptar decisiones en el curso del procedimiento. Aunque esa intervención puede ser apropiada como principio general, cabe considerar otras opciones, como, por ejemplo, cuando los tribunales no estén en condiciones de realizar la labor relativa a la insolvencia (ya sea por falta de recursos, o por falta de la pericia necesaria) o cuando se prefiera que la supervisión esté a cargo de algún otro órgano (véase la primera parte, capítulo III, Marco institucional).

8. En aras de la sencillez, la *Guía* utiliza la palabra "tribunal" en el mismo sentido que en el artículo 2 e) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la

Insolvencia Transfronteriza para denotar una autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control o la supervisión de un procedimiento de insolvencia. Una autoridad u órgano que preste servicios de apoyo o desempeñe funciones definidas en el procedimiento de insolvencia, pero que no cumpla ningún cometido judicialmente resolutorio en éste, no podría ser calificado como "el tribunal" en el sentido en que se utiliza el término en la *Guía*.

b) Reglas de interpretación

9. La conjunción "o" no debe interpretarse en sentido excluyente; los términos empleados en singular abarcan también el plural; los términos "incluye(n)" o "incluidos" no significan que la enumeración subsiguiente sea exhaustiva; el término "podrá" denota una autorización y el término "debería" implica instrucciones; las expresiones "tales como" y "por ejemplo" deben interpretarse en el mismo sentido que las palabras "incluye(n)" o "incluido(s)".

10. Por "acreedores" se entenderá, salvo indicación en contrario, tanto los acreedores del Estado del foro como los acreedores extranjeros.

11. Por "persona" se entenderá, salvo indicación en contrario, tanto una persona física como una persona jurídica.

2. Términos y definiciones

12. En los párrafos siguientes se explican el significado y la utilización de ciertas expresiones que aparecen con frecuencia en la *Guía Legislativa*:

a) "Crédito o gasto administrativo": todo crédito frente a la masa por concepto de gastos del procedimiento como pudiera ser la remuneración del representante de la insolvencia y de todo profesional que el representante haya de emplear en el ejercicio de su cometido, así como los gastos que suponga el hecho de mantener la empresa en funcionamiento, las deudas contraídas por el representante de la insolvencia en el ejercicio de sus funciones y en el cumplimiento de su cometido, los gastos dimanantes de toda obligación legal o contractual que se mantenga, y las costas procesales;

b) "Bienes del deudor": todo bien y derecho del deudor, así como todo derecho real sobre bienes que obren o no en su posesión, ya sean corporales o inmateriales, muebles o inmuebles, y todo derecho del deudor sobre bienes gravados o sobre bienes que sean propiedad de un tercero;

c) "Disposiciones aplicables en materia de nulidad": disposiciones del régimen de la insolvencia que permiten anular o dejar sin efecto ciertas operaciones de transmisión de bienes o que sean fuente de obligaciones, que hayan sido concertadas con anterioridad al procedimiento de insolvencia, o que permiten recuperar los bienes transmitidos o su valor en aras del interés colectivo de los acreedores;

d) "Bienes gravosos": bienes que sean de escaso o de ningún valor para la masa de la insolvencia o que estén de tal modo gravados que su retención supondría gastos superiores al producto de la liquidación del bien o que crearían una obligación o responsabilidad onerosa de pagar dinero;

e) "Producto líquido": producto reportado por la venta de bienes gravados, en la medida en que dicho producto sea a su vez objeto de una garantía real;

f) "Centro de los principales intereses": lugar en que el deudor lleva a cabo con regularidad la gestión de su negocio y que sea reconocible, en su calidad de tal, por terceros[1];

g) "Crédito": derecho a cobrar una suma con cargo a la masa de la insolvencia del deudor por concepto de una deuda, de un contrato o de otra obligación legal, de importe determinado o indeterminado, vencida o por vencer, litigiosa o no litigiosa, garantizada o no garantizada, o fija o contingente.

Nota: En algunos ordenamientos jurídicos, cuando lo permite el derecho aplicable, se faculta a los acreedores o se les concede el derecho a percibir el valor de sus créditos con los bienes del deudor;

h) "Apertura del procedimiento": fecha a partir de la cual rigen los efectos de la insolvencia, ya sea conforme a la ley o a una resolución judicial;

i) "Tribunal**":** autoridad judicial o de otra índole a la que compete controlar o supervisar un procedimiento de insolvencia[2];

j) "Acreedor": persona física o jurídica que tenga un crédito frente al deudor que haya surgido en la fecha de la apertura del procedimiento de insolvencia o con anterioridad a ella;

k) "Comité de acreedores": órgano representativo de los acreedores cuyos miembros son nombrados de conformidad con el régimen de la insolvencia y que gozará de toda facultad consultiva y de otra índole que le sea otorgada por el régimen de la insolvencia;

l) "Deudor en posesión": deudor que, en un procedimiento de reorganización, mantiene el pleno control de sus negocios. En tal situación, el tribunal nombra un representante de la insolvencia;

m) "Exoneración": liberación del deudor de créditos que hayan sido o puedan ser presentados en el procedimiento de insolvencia;

---

[1] Reglamento Nº 1346/2000 del Consejo Europeo, de 29 de mayo de 2000, sobre el procedimiento de insolvencia, considerando 13.

[2] Basado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.99.V.3), artículo 2 e). El texto de la Ley Modelo y de su Guía para la incorporación al derecho interno figuran en el anexo III.

n) "Acto de disposición": acto por el que se transmite un bien o un derecho sobre un bien, o se renuncia a uno o a otro, ya sea total o parcialmente;

o) "Bien gravado": bien sobre el cual un acreedor haya obtenido una garantía real;

p) "Titular de capital social": tenedor de acciones o de otros títulos similares que supongan para su tenedor el reconocimiento de un derecho de propiedad sobre una fracción del capital de una sociedad anónima u otra empresa;

q) "Establecimiento": lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios[3];

r) "Contrato financiero": operación al contado, a plazo, de futuros, de opción o de permuta financiera relativa a tipos de interés, productos básicos, monedas, acciones u obligaciones bursátiles, índices u otros instrumentos financieros, así como toda operación de préstamo o de recompra o rescate de valores negociables, y cualquier otra operación similar a alguna de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero o toda combinación de las operaciones mencionadas más arriba[4];

s) "Insolvencia": estado de un deudor que no puede atender al pago general de sus deudas a su vencimiento o estado financiero de una empresa cuyo pasivo excede del valor de su activo;

t) "Masa de la insolvencia": bienes del deudor que hayan quedado sujetos al procedimiento de insolvencia;

u) "Procedimiento de insolvencia": Procedimiento colectivo sujeto a supervisión judicial que se sustancia con miras a la reorganización o liquidación de una empresa insolvente;

v) "Representante de la insolvencia": persona o entidad, incluso cuando su designación sea a título provisional, que haya sido facultada en un procedimiento de insolvencia para administrar la reorganización o la liquidación de la masa de la insolvencia;

w) "Liquidación": procedimiento seguido para la venta o enajenación de los bienes con miras a la distribución del producto que se obtenga entre los acreedores de conformidad con el régimen de la insolvencia;

---

[3] Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, art. 2 f) (véase el anexo III).

[4] Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.04.V.14), artículo 5 k).

x) "Lex fori concursus": la ley del foro ante el que se haya abierto el procedimiento de insolvencia;

y) "Lex rei situs": la ley del Estado en que esté ubicado el bien de que se trate;

z) "Compensación global por saldos netos": la compensación global de obligaciones monetarias o no monetarias en virtud de contratos financieros;

aa) "Acuerdo de compensación global": modalidad de contrato financiero entre dos o más partes que prevea una o más de las siguientes operaciones:

i) La liquidación neta de los pagos abonables en una misma moneda y vencidos en una misma fecha, ya sea por novación o de alguna otra forma;

ii) A raíz de la insolvencia o de otro tipo de incumplimiento de una de las partes en dicho acuerdo, la liquidación de todas las operaciones pendientes a su valor real de mercado o a su valor de sustitución, para la conversión de las sumas resultantes a una sola moneda y a un único saldo neto que una de las partes abonará a la otra; o

iii) La compensación de los saldos calculados en la forma indicada en el inciso ii) de la presente definición que sean adeudados en virtud de dos o más acuerdos de compensación global[5];

bb) "Curso ordinario de los negocios": Operaciones realizadas de forma acorde tanto con i) la manera en que se llevaban los negocios del deudor antes del procedimiento de insolvencia, como con ii) las prácticas ordinarias de gestión;

cc) "Pari passu": principio conforme al cual los acreedores de rango o condición similar serán tratados por igual y sus créditos serán satisfechos en proporción al importe de su crédito con cargo a los bienes de la masa que estén disponibles para su distribución entre los acreedores de su rango;

dd) "Parte interesada": toda persona cuyos derechos, obligaciones u otros intereses puedan verse afectados por el procedimiento de insolvencia o por algún incidente dimanante del mismo, incluidos el deudor, el representante de la insolvencia, todo acreedor, todo socio de la empresa, el comité de acreedores, toda entidad pública o cualquier otra persona que pueda verse igualmente afectada. Ello no deberá dar lugar a que una persona con un

---

[5] Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, artículo 5 1).

interés remoto o difuso que pueda verse afectado por el procedimiento de insolvencia pueda ser considerada parte interesada en dicho procedimiento;

ee) "Crédito posterior a la apertura del procedimiento": todo crédito nacido con posterioridad a la apertura del procedimiento;

ff) "Preferencia": operación mediante la cual un acreedor obtiene una ventaja o percibe un pago especial;

gg) "Prelación": el derecho de toda persona a gozar de prioridad en el cobro, respecto de otra persona, cuando tal derecho haya nacido por efecto de la ley;

hh) "Crédito prioritario": todo crédito que sea abonable con anterioridad al pago a los acreedores ordinarios no garantizados;

ii) "Protección del valor": toda medida destinada a preservar el valor económico de los bienes no gravados y los bienes pertenecientes a terceros durante el procedimiento de insolvencia (en algunos ordenamientos se habla del "amparo debido"). Dicho valor podrá protegerse mediante pagos en efectivo, la constitución de una garantía real sobre bienes adicionales o sustitutivos, o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, proporcione la protección requerida;

jj) "Persona allegada": cuando el deudor sea una entidad jurídica, se entenderá por persona allegada: i) la persona que ejerza o que haya ejercido algún tipo de control sobre el negocio del deudor, y ii) un pariente, un socio o una sucursal o filial del deudor. Cuando el deudor sea una persona física, se entenderá por persona allegada todo pariente consanguíneo o político suyo;

kk) "Reorganización": proceso mediante el cual se restablece la prosperidad financiera y la viabilidad del negocio de un deudor si se mantiene el negocio en marcha por diversos medios, como, por ejemplo, la condonación de la deuda, la reestructuración de la deuda, la capitalización de ésta y la venta de la empresa (o de partes de ella) como negocio en marcha;

ll) "Plan de reorganización": plan para restablecer la prosperidad financiera y la viabilidad del negocio del deudor;

mm) "Venta como negocio en marcha": venta o transmisión total o sustancial de una empresa, a diferencia de la venta por separado de sus bienes;

nn) "Crédito garantizado": crédito respaldado por una garantía real constituida sobre una deuda que se puede ejecutar en caso de incumplimiento por parte del deudor;

oo) "Acreedor garantizado": acreedor amparado por una garantía real;

pp) "Garantía real": derecho sobre un bien que se haya constituido en garantía del pago o cumplimiento de una o varias obligaciones;

qq) "Compensación": se produce cuando un crédito relativo a una suma adeudada a una persona se aplica para compensar o reducir un crédito perteneciente a la otra, relativo a una suma adeudada por esa primera persona;

rr) "Paralización del procedimiento": medida que impide la apertura o suspende la continuación de acciones de carácter judicial o administrativo, u otro tipo de acción individual, referentes a los bienes, los derechos, las obligaciones o las deudas del deudor, inclusive acciones para hacer efectivas las garantías reales contra terceros o ejecutar una garantía real; que paraliza toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia, la resolución de todo contrato en el que el deudor sea parte, y que suspende la transferencia, los gravámenes u otras formas de enajenación de cualesquiera bienes de la masa de la insolvencia o derechos sobre ella;

ss) "Período de sospecha": período con referencia al cual ciertas operaciones pueden ser objeto de impugnación. El período se suele calcular en forma retroactiva a partir de la fecha de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia o de la fecha de tal apertura;

tt) "Acreedor no garantizado": acreedor no amparado por una garantía real;

uu) "Negociaciones voluntarias de reestructuración": negociaciones no reguladas por el régimen de la insolvencia en las que suelen participar el deudor y algunos de sus acreedores, o todos ellos, y cuya finalidad es lograr que los acreedores que participen acuerden modificar sus respectivos créditos.

Primera parte

Formulación de los objetivos fundamentales y la estructura de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

I. Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

A. Introducción

1. Cuando un deudor se ve en la imposibilidad de pagar sus deudas y cumplir otras obligaciones cuando vencen los plazos, la mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén un mecanismo legal para satisfacer colectivamente las reclamaciones pendientes sobre todos los bienes (corporales o inmateriales) del deudor. Son muchos y muy diversos los intereses que tiene que atender ese mecanismo; en primer lugar, los de las partes afectadas por el procedimiento, entre ellas el deudor, los propietarios y los directivos de la empresa de éste, los acreedores que estén respaldados por garantías de diverso grado (incluidas las administraciones tributarias y otros acreedores públicos), los empleados, los garantes de la deuda y los proveedores de bienes y servicios, así como las instituciones y prácticas jurídicas, comerciales y sociales que revistan interés para la elaboración del régimen de la insolvencia, y se requieran para su funcionamiento. En general, este mecanismo no sólo debe compaginar los distintos intereses de las partes directamente interesadas, sino también conjugar esos intereses con las consideraciones sociales, políticas y normativas pertinentes que repercuten en los objetivos económicos y jurídicos del procedimiento de insolvencia. Cuando ese mecanismo legal no sea aplicable a un deudor, éste y sus acreedores no estarán sujetos a la disciplina de tal mecanismo ni se beneficiarán de las salvaguardias que prevé.

2. La mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén reglas sobre diversos tipos de procedimientos (que en la presente *Guía Legislativa* se denominan genéricamente "procedimientos de insolvencia"), que pueden entablarse para resolver las dificultades financieras de un deudor. Estos procedimientos comparten el mismo objetivo de solución pero se presentan de diversas formas con denominaciones que no siempre coinciden y pueden contener elementos que se pueden calificar de "oficiales" y "oficiosos". Los procesos de insolvencia oficiales son los que se entablan en virtud del régimen de la insolvencia, que rige su sustanciación. Estos procedimientos suelen abarcar

tanto los procesos de liquidación como los de reorganización. Los procesos de insolvencia oficiosos no se rigen por el régimen de la insolvencia y se caracterizan por lo general por negociaciones voluntarias entre el deudor y algunos de sus acreedores o todos ellos. A menudo estos tipos de negociaciones han sido fruto de iniciativas de los sectores bancarios y comerciales y suelen prever algún tipo de reestructuración del deudor insolvente. Aunque esas negociaciones voluntarias no están sujetas al régimen de la insolvencia, dependen para su eficacia de la existencia de un régimen que pueda dar incentivos indirectos o ejercer algún tipo de persuasión para lograr una reorganización.

B. Establecimiento de los objetivos fundamentales

3. Aun cuando los países aplican diferentes enfoques, las opiniones coinciden en general en que todo régimen de la insolvencia eficaz y eficiente debe perseguir, en forma equilibrada, los objetivos fundamentales que se enuncian más adelante. Sea cual sea el enfoque del régimen que se adopte para cumplir esos objetivos fundamentales, ese régimen debe complementar y ajustarse a los valores jurídicos y sociales de la sociedad en que se basa y que debe a fin de cuentas sostener. Si bien el régimen de la insolvencia suele constituir un derecho diferenciado, no debería arrojar resultados que generaran conflictos fundamentales con las premisas en que se basan las disposiciones legales distintas de las de ese régimen. Cuando el régimen de la insolvencia trata de lograr un resultado que difiere o se aparta esencialmente de esas otras disposiciones legales (por ejemplo, con respecto al régimen aplicable a los contratos, la anulación de actos precedentes y las operaciones o el tratamiento de los derechos de los acreedores garantizados), es muy conveniente que ese resultado sea fruto de un análisis detenido y de una política clara en ese sentido.

1. Dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económicos

4. Los regímenes de la insolvencia y las instituciones que los administran son elementos de importancia clave para que los Estados puedan beneficiarse de la integración de sus sistemas financieros nacionales en el sistema financiero internacional sin sufrir los inconvenientes que ocasiona. Esos regímenes y esas instituciones deben promover la reestructuración de las empresas viables y el cierre y la transmisión eficiente de los bienes de los negocios en quiebra, facilitar el suministro de fondos para poner en marcha y reorganizar las empresas, y permitir la evaluación de los riesgos que entrañen los créditos, tanto a nivel nacional como internacional. Con miras a aumentar la seguridad en el mercado y a promover la estabilidad y el crecimiento económicos, deberían establecerse los objetivos fundamentales de todo régimen de la insolvencia que se exponen a continuación.

2. Obtener el máximo valor posible de los bienes

5. En el procedimiento de insolvencia debe darse a los participantes un fuerte incentivo para obtener el máximo valor posible de los bienes, ya que eso servirá para aumentar la cantidad que podrán cobrar los acreedores en general y reducir la carga de la insolvencia. Este objetivo se suele lograr distribuyendo de forma equilibrada los riesgos asignados entre las partes en el procedimiento de insolvencia. Por ejemplo, el modo en que las disposiciones relativas a la anulación regulan las operaciones anteriores al procedimiento puede asegurar que los acreedores reciban un trato equitativo y que se incremente el valor de los bienes del deudor, recuperando así más valor en beneficio de todos los acreedores. Al mismo tiempo, el régimen aplicado a esas operaciones puede socavar la previsibilidad de las relaciones contractuales, que reviste una importancia fundamental para las decisiones de inversión, y eso crearía un conflicto entre los distintos objetivos del régimen de la insolvencia. Del mismo modo, debe lograrse un equilibrio entre una liquidación rápida y los esfuerzos a largo plazo para reorganizar el negocio que pueden generar un mayor valor para los acreedores, entre la necesidad de nuevas inversiones para preservar o incrementar el valor de los bienes y las consecuencias y el costo de esas nuevas inversiones para las partes directamente interesadas, y entre las distintas funciones asignadas a las diversas partes interesadas, en particular la facultad del representante de la insolvencia para ejercer poderes discrecionales, y el grado de supervisión de esos poderes que pueden ejercer los acreedores a fin de salvaguardar el procedimiento y aumentar al máximo el valor.

3. Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de liquidación y de la vía de reorganización

6. El primer objetivo fundamental de obtener el máximo valor de los bienes guarda una estrecha relación con el equilibrio que debe establecer el régimen de la insolvencia entre la liquidación y la reorganización. El régimen de la insolvencia debe equilibrar las ventajas que ofrece el cobro a corto plazo de la deuda mediante la liquidación (que con frecuencia es lo que prefieren los acreedores garantizados) con las que entraña el hecho de preservar el valor de la empresa del deudor mediante una reorganización (que es a menudo lo que prefieren los acreedores no garantizados y el propio deudor). El logro de ese equilibrio puede entrañar consecuencias en relación con otras consideraciones de política social, como la promoción del desarrollo de la clase empresarial y la protección del empleo. El régimen de la insolvencia debe ofrecer, como variante de la liquidación, la posibilidad de reorganización de la empresa del deudor. En la reorganización, los acreedores no recibirían contra su voluntad menos que en una liquidación y el valor del deudor para la sociedad y para los acreedores aumentaría al máximo al permitírsele que continuase sus actividades. Esto se desprende de la teoría económica fundamental según la cual se puede obtener un mayor valor manteniendo unidos los componentes esenciales de una empresa, y no

disgregándolos y disponiendo de ellos por fragmentos. A fin de evitar que los acreedores o el deudor abusen del procedimiento de insolvencia y de garantizar la mejor solución para las dificultades financieras del deudor, el régimen de la insolvencia debería prever asimismo que, cuando las circunstancias fueran apropiadas, se pudiera pasar de un tipo de procedimiento al otro.

4. Tratar de manera equitativa a los acreedores que se encuentren en circunstancias similares

7. El concepto del trato equitativo se basa en la premisa de que, en procedimientos colectivos, los acreedores con derechos similares deben tratarse en pie de igualdad y deben percibir sus créditos según su rango relativo y las garantías de que dispongan. Este objetivo fundamental se basa en el reconocimiento de que los acreedores no deben ser tratados todos del mismo modo, sino que se han de tener en cuenta los diferentes acuerdos que hayan concertado con el deudor. Esto es menos importante como factor definitivo cuando no hay una obligación contractual específica con el deudor, como en el caso de los demandantes por daños y perjuicios (por ejemplo, por daños ecológicos) y las autoridades fiscales. Aun cuando el principio de trato equitativo puede ser modificado por la política social en materia de prelación, dando prioridad a los titulares de créditos o de derechos que nazcan, por ejemplo, por efecto de la ley, conserva su relevancia al asegurar que la prelación concedida a las reclamaciones de una misma categoría afecte de igual modo a todos los miembros de dicha categoría. El criterio del trato equitativo repercute en muchos aspectos del régimen de la insolvencia, concretamente en la aplicación de la paralización o suspensión, en las disposiciones de anulación de actos y operaciones y en la recuperación de valor en beneficio de la masa de la insolvencia, en la clasificación de los créditos, en los procedimientos de votación en la reorganización, y en los mecanismos de distribución. Todo régimen de la insolvencia debería abordar los problemas de fraude y de favoritismo que puedan plantearse en caso de penuria financiera disponiendo, por ejemplo, la anulabilidad de los actos y de las operaciones que se realicen en detrimento del principio del trato equitativo de los acreedores.

5. Lograr una solución oportuna, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia

8. Las situaciones de insolvencia deben abordarse y resolverse de forma ordenada, rápida y eficiente con miras a evitar una perturbación indebida de las actividades empresariales del deudor y para reducir al mínimo el costo del procedimiento. Con una administración oportuna y eficiente se contribuirá a la realización del objetivo de obtener el máximo valor de los bienes, mientras que la imparcialidad apoyará el cumplimiento del objetivo de otorgar un trato equitativo. Debe estudiarse todo el proceso detenidamente a fin de lograr la máxima eficiencia sin sacrificar la flexibilidad. Al mismo tiempo, habría que

procurar liquidar las empresas inviables e ineficientes y salvar las empresas eficientes y potencialmente viables.

9. La solución rápida y ordenada de las dificultades financieras de un deudor puede verse facilitada por un régimen de la insolvencia que prevea un fácil acceso al procedimiento de insolvencia aplicando criterios claros y objetivos, así como medios adecuados para identificar, reunir, conservar y recuperar bienes que deban utilizarse para el pago de las deudas y obligaciones del deudor; que facilite la participación del deudor y de sus acreedores con un mínimo de retraso y de gastos, que ofrezca una estructura apropiada para la supervisión y administración del procedimiento (incluidos los profesionales y las instituciones participantes); y que proporcione al final una resolución efectiva de las obligaciones y responsabilidades financieras del deudor.

6. Preservar la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores

10. Todo régimen de la insolvencia debe preservar la masa de la insolvencia e impedir que los bienes del deudor queden desmembrados prematuramente por acciones individuales de acreedores encaminadas a cobrar sus respectivas deudas. Ese proceder reduce a menudo el valor total del conjunto de bienes disponibles para liquidar todas las demandas contra el deudor y puede impedir la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha. La paralización de una acción incoada por un acreedor brinda un margen de tranquilidad a los deudores, pues permite un examen adecuado de su situación financiera y facilita tanto la obtención del valor máximo de los bienes como un tratamiento equitativo de los acreedores. Quizá haya que prever algún mecanismo para garantizar que la paralización no afecte a los derechos de los acreedores garantizados.

7. Garantizar un régimen de la insolvencia transparente y previsible que comprenda incentivos para reunir y facilitar información

11. El régimen de la insolvencia debe ser previsible y transparente. De este modo, los potenciales prestamistas y acreedores podrán comprender de qué forma funciona el procedimiento de insolvencia y podrán evaluar el riesgo que corren como acreedores en caso de insolvencia. Así se promoverá la estabilidad en las relaciones comerciales y se fomentarán los préstamos e inversiones con primas de menor riesgo. La transparencia y la previsibilidad también permitirán a los acreedores aclarar las prioridades, prevenir las controversias previendo un marco de referencia para evaluar los derechos y riesgos relativos, y contribuirán a definir los límites de todo poder discrecional. Si el régimen de la insolvencia es de aplicación imprevisible, existe el peligro de que todos los participantes no sólo pierdan su confianza en el procedimiento, sino que además estén menos dispuestos a otorgar crédito y a adoptar otras decisiones de inversión antes de una situación de

insolvencia. En la medida de lo posible, el régimen de la insolvencia debe indicar claramente las disposiciones de otras leyes que puedan afectar a la marcha del procedimiento de insolvencia (por ejemplo, la legislación laboral, el derecho mercantil y contractual, el derecho tributario, las leyes que rigen el cambio de divisas, la liquidación y la compensación por saldos netos, el intercambio de deuda por capital social, e incluso el derecho familiar y matrimonial).

12. El régimen de la insolvencia debe velar por que se disponga de información adecuada sobre la situación del deudor, se le ofrezcan incentivos para alentarlo a revelar su posición y, cuando proceda, se le impongan sanciones si no lo hace. La obtención de esta información permitirá a los responsables de la administración y supervisión del procedimiento de insolvencia (los tribunales u órganos administrativos, o el representante de la insolvencia) y a los acreedores evaluar la situación financiera del deudor y determinar la solución más apropiada.

8. Reconocer los derechos existentes de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación de los créditos

13. El reconocimiento y la ejecución, en el marco del procedimiento de insolvencia, de los diversos derechos que los acreedores tenían con respecto al deudor y sus bienes antes de la apertura del procedimiento de insolvencia creará seguridad jurídica en el mercado y facilitará la obtención de créditos, particularmente con respecto a los derechos y a la prelación de los acreedores garantizados. Es importante que haya normas claras para la determinación del orden de prelación de los créditos ya existentes o posteriores a la apertura del procedimiento para así ofrecer previsibilidad a los prestamistas, para velar por la aplicación coherente de las normas, para lograr que haya confianza en el procedimiento y para que todos los participantes estén en condiciones de adoptar medidas apropiadas para una buena gestión de los riesgos. Estos grados de prelación deberían basarse, en la medida de lo posible[1], en acuerdos comerciales, y no reflejar criterios sociales y políticos que podrían alterar el resultado de la insolvencia. Así pues, debería reducirse al mínimo el otorgamiento de prelación a los créditos que no estuvieran basados en acuerdos comerciales.

9. Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza

14. A efectos de fomentar la coordinación entre los ordenamientos jurídicos y para facilitar la prestación de asistencia en la administración de los procedimientos de insolvencia que se originen en un país extranjero, las leyes

[1] La prelación de los créditos en un régimen de la insolvencia puede verse afectada por las obligaciones de un Estado en virtud de tratados internacionales (véase el examen de la prelación en la segunda parte, capítulo V, párrs. 67 a 74).

sobre insolvencia deberían regular los casos de insolvencia transfronteriza, incluido el reconocimiento de las actuaciones extranjeras, mediante la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase el anexo III).

Recomendaciones 1 a 5 *(párrs. 4 a 14)*

1. A fin de establecer y desarrollar un régimen eficiente de la insolvencia deberían tenerse en cuenta los siguientes objetivos fundamentales:

a) Dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económicos;

b) Obtener el máximo valor de los bienes;

c) Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de liquidación y de la vía de reorganización;

d) Tratar de manera equitativa a los acreedores que se encuentren en circunstancias similares;

e) Lograr una solución oportuna, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia;

f) Preservar la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores;

g) Garantizar un régimen de la insolvencia transparente y previsible que comprenda incentivos para reunir y facilitar información; y

h) Reconocer los derechos existentes de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación de los créditos.

2. El régimen de la insolvencia debería incluir disposiciones que regularan tanto la reorganización como la liquidación de una empresa deudora.

3. El régimen de la insolvencia debería reconocer los derechos y créditos nacidos en virtud de normas nacionales o extranjeras ajenas al régimen de la insolvencia, con sujeción a las limitaciones expresamente previstas en ese régimen.

4. El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando una garantía real sea eficaz y exigible en virtud de una norma ajena al régimen de la insolvencia, será reconocida en un procedimiento de insolvencia como eficaz y exigible.

5. El régimen de la insolvencia debería prever un marco moderno, armonizado y justo que permitiera dirimir eficazmente casos de insolvencia transfronteriza. Se recomienda a los Estados que incorporen a su derecho interno la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

C. Equilibrio entre las metas y los objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia

15. Dado que un régimen de la insolvencia no puede proteger plenamente los intereses de todas las partes, al elaborarse un régimen de la insolvencia deben tenerse presentes dos metas normativas fundamentales: definir los

objetivos amplios del régimen (salvar las empresas con dificultades financieras, proteger el empleo, proteger los intereses de los acreedores y fomentar el desarrollo de una clase empresarial) y lograr el equilibrio deseado entre los objetivos concretos identificados más arriba. Los regímenes de la insolvencia logran ese equilibrio redistribuyendo los riesgos de la insolvencia de modo que se ajusten a las metas económicas, sociales y políticas de un Estado. Como tales, los regímenes de la insolvencia pueden tener amplios efectos en toda la economía.

16. El logro de ese equilibrio en el régimen de la insolvencia y la integración del régimen en el ordenamiento jurídico más amplio revisten una importancia vital para mantener el orden y la estabilidad sociales. Es preciso que todas las partes puedan prever cómo repercutirá en sus derechos la situación en que un deudor se vea imposibilitado para pagar una parte o la totalidad de lo que les adeude. Ello permite tanto a los acreedores como a los inversionistas calcular las repercusiones económicas del incumplimiento por parte del deudor y evaluar de esta forma los riesgos. Estas cuestiones se analizan detalladamente en toda la *Guía Legislativa*.

17. No existe ninguna solución universal para elaborar un régimen de la insolvencia, ya que las necesidades de los países no coinciden, como tampoco coinciden sus legislaciones sobre otras cuestiones de importancia fundamental para la insolvencia, tales como las garantías reales[2], el derecho de propiedad y los derechos contractuales, las vías de recurso y los procedimientos de ejecución. Aunque no haya una solución de carácter universal, la mayoría de los regímenes de la insolvencia abordan toda la serie de cuestiones planteadas por los objetivos fundamentales que se han examinado más arriba, si bien los grados de reglamentación y los enfoques varían. Algunos regímenes se muestran más favorables al reconocimiento y la aplicación de los derechos de los acreedores y los acuerdos comerciales en la insolvencia y otorgan a los acreedores un mayor control de la sustanciación del procedimiento de la insolvencia en detrimento del deudor (son los regímenes denominados a veces "favorables a los acreedores"). En cambio, otros regímenes dan al deudor un mayor control del procedimiento (son los regímenes "favorables al deudor") y otros tratan de encontrar un punto medio. Algunos regímenes dan mayor relieve a la liquidación del negocio del deudor con la finalidad de eliminar del mercado las empresas ineficientes e incompetentes, mientras que otras favorecen la reorganización. Las disposiciones favorables a la reorganización contribuyen, entre otras cosas, a incrementar el valor de los créditos de los acreedores como parte de una

[2] En los últimos años se han venido tomando medidas para armonizar las legislaciones en materia de garantías reales, concretamente la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, el Convenio del UNIDROIT relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (Ciudad del Cabo, 2001), y el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas que prepara la CNUDMI.

empresa en marcha, dan una segunda oportunidad a los accionistas y a los directivos de la empresa del deudor, ofrecen a los empresarios y directivos de empresas fuertes incentivos para adoptar medidas apropiadas a fin de asumir el riesgo, o protegen a los grupos vulnerables, como los empleados del deudor, de los efectos del fracaso de la empresa[3]. Algunos regímenes hacen especial hincapié en la protección de los empleados y en el mantenimiento de los puestos de trabajo en caso de insolvencia, mientras que otros prevén una reducción del personal y conceden a los empleados mínimas medidas de protección.

18. Ahora bien, la adopción de un criterio favorable a la reorganización no debería garantizar la salvación de las empresas moribundas; las empresas sin ninguna posibilidad de salir adelante deberían liquidarse con la máxima rapidez y eficiencia. Cuando haya derechos que se consideren de prelación inferior, conviene establecer mecanismos al margen del régimen de la insolvencia que tal vez aporten una mejor solución, en vez de intentar abordar esos derechos en el marco del régimen de la insolvencia. Por ejemplo, cuando se siga el criterio de que en la insolvencia los créditos de los empleados gozarán de una prelación inferior a la de los acreedores garantizados y privilegiados, cabe recurrir a acuerdos de seguros para proteger los derechos de los empleados (véase la segunda parte, capítulo V, párrs. 72 y 73 *infra*).

19. Dado que la sociedad está en constante evolución, el régimen de la insolvencia no puede ser estático y debe reevaluarse periódicamente para asegurar que se ajuste a las necesidades sociales del momento. Al observarse cambios sociales deberán tenerse en cuenta, antes de actuar, las prácticas internacionales óptimas. Estas prácticas pueden incorporarse después a los regímenes nacionales de la insolvencia tomando en consideración las realidades del sistema y los recursos humanos y materiales disponibles.

Recomendación 6 *(párrs. 15 a 19)*

6. Las recomendaciones de la Guía Legislativa se han formulado atendiendo a cada uno de los objetivos fundamentales en ella enunciados, que se han ponderado para que la Guía constituya un conjunto lo más equilibrado posible de reglas.

---

[3] No hay necesariamente una correlación directa entre los regímenes favorables al deudor o a los acreedores, la importancia dada a la liquidación o a la reorganización y el ulterior éxito o fracaso de la reorganización. Aunque en la presente *Guía* no se pretenda analizar estas cuestiones en detalle, son importantes para formular un régimen de la insolvencia y merecen atención. Si bien el porcentaje de reorganizaciones que prosperan varía considerablemente incluso entre los regímenes considerados favorables a los acreedores, se observa que no es necesariamente cierta la suposición de que los regímenes favorables a los acreedores propician menos las reorganizaciones o contribuyen menos a su éxito que los regímenes favorables al deudor.

D. Características generales de un régimen de la insolvencia

1. Cuestiones sustantivas

20. La elaboración de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente requiere el estudio de diversas cuestiones comunes referentes a los marcos jurídico, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, e institucional necesarios para su aplicación. Las cuestiones sustantivas que se examinan en detalle en la segunda parte de la presente *Guía Legislativa* son, entre otras, las siguientes:

a) La determinación de los deudores que pueden ser objeto de un procedimiento de insolvencia, incluso aquellos que pueden requerir un régimen especial de la insolvencia;

b) La determinación del momento en que se puede declarar abierto el procedimiento de insolvencia, del tipo de procedimiento que se puede entablar, de la parte habilitada para solicitar la apertura y de si los criterios de apertura deberían ser diferentes según la parte que la solicitara;

c) La medida en que debe permitirse que el deudor siga ejerciendo el control de su negocio una vez abierto el procedimiento de insolvencia, o se le debe relevar de la gestión y debe nombrarse a una parte independiente (que en la presente *Guía* se denomina "representante de la insolvencia") para que se encargue de supervisar y gestionar la empresa deudora, y la distinción que debe hacerse a este respecto entre liquidación y reorganización;

d) La determinación de los bienes del deudor que sean objeto del procedimiento de insolvencia y que constituirán la masa de la insolvencia;

e) La protección de la masa de la insolvencia contra las acciones de los acreedores, del propio deudor y del representante de la insolvencia y, cuando las medidas de protección de la masa sean aplicables a los acreedores garantizados, la determinación del modo en que deberá salvaguardarse el valor económico de sus garantías durante el procedimiento de insolvencia;

f) Las medidas que podrá adoptar el representante de la insolvencia respecto de los contratos celebrados por el deudor antes de la apertura del procedimiento, cuando ni el deudor ni la otra parte hayan cumplido plenamente sus respectivas obligaciones;

g) La medida en que pueden hacerse valer los derechos de compensación simple o por saldos netos, o en que esos derechos pueden salvaguardarse, pese a la apertura del procedimiento;

h) El modo en que el representante de la insolvencia podrá utilizar los bienes de la masa de la insolvencia o en que podrá disponer de ellos;

i) La medida en que el representante de la insolvencia puede anular determinados tipos de operaciones que sean contrarias a los intereses de los acreedores;

j) En caso de reorganización, la preparación del plan de reorganización y las eventuales restricciones que se impondrán al contenido del plan, así como la determinación de la persona facultada para preparar el plan y los requisitos para su aprobación y ejecución;

k) Los derechos y obligaciones del deudor;

l) Los deberes y funciones del representante de la insolvencia;

m) Las funciones de los acreedores y del comité de acreedores;

n) Las costas y los gastos relativos al procedimiento de insolvencia;

o) El tratamiento de los créditos y su clasificación a los efectos de la distribución del producto de la liquidación;

p) La distribución del producto de la liquidación;

q) La liberación del deudor o la disolución de su empresa; y

r) La clausura del procedimiento.

2. Estructura de un régimen de la insolvencia

21. Además de regular estas cuestiones sustantivas, un régimen de la insolvencia tendrá que abordar la estructura del procedimiento, en función de la cual se opta por uno de los procesos de reorganización o liquidación. Los criterios difieren en alto grado. Algunos regímenes prevén un procedimiento de insolvencia unitario y flexible con un único requisito de apertura, que, según las características del caso, culmina con la liquidación o la reorganización. Otros regímenes establecen dos procedimientos distintos, y cada uno de ellos dispone sus requisitos concretos de solicitud y apertura y con diferentes posibilidades de pasar de un tipo de procedimiento a otro. Las legislaciones que regulan por separado los procedimientos de reorganización y liquidación se guían por distintas consideraciones de política social y comercial. No obstante, los procedimientos de reorganización y liquidación tienen mucho en común, por lo que entre sus disposiciones se producen considerables similitudes y coincidencias, tanto en cuestiones de procedimiento como de fondo, como se verá en el análisis que figura más adelante en la segunda parte.

22. El hecho de determinar si la empresa del deudor insolvente es viable o no debería determinar, a su vez, al menos teóricamente, el procedimiento que va a seguirse. Ahora bien, en la práctica resulta a menudo imposible determinar de forma definitiva, al iniciar una reorganización o una liquidación, si la empresa es económicamente viable. Un enfoque que exija optar por uno de los diferentes procedimientos en el momento de la apertura puede crear una excesiva polarización entre la reorganización y la liquidación

y puede ocasionar demoras e incrementar los gastos y la ineficiencia, especialmente cuando, por ejemplo, al fracasar la reorganización, deba presentarse una nueva solicitud de procedimiento, en este caso de liquidación. Esa ineficiencia puede superarse, en cierta medida, previendo vínculos entre ambos tipos de procedimientos a fin de que, en determinadas circunstancias específicas, se pueda convertir un tipo de procedimiento en otro, y previendo mecanismos para evitar que se utilice abusivamente el procedimiento de insolvencia, por ejemplo, solicitando una reorganización para evitar o retrasar la liquidación.

23. En cuanto a la cuestión de la elección de procedimientos, en algunos Estados se prevé que la parte que solicita el procedimiento de insolvencia podrá optar inicialmente por la liquidación o por la reorganización. Cuando uno o más acreedores inician un procedimiento de liquidación, la legislación prevé a veces un mecanismo para que el deudor pueda solicitar que el procedimiento pase a ser de reorganización, cuando sea viable. Cuando el deudor solicita un procedimiento de reorganización, tanto por iniciativa propia como a raíz de una solicitud de liquidación hecha por un acreedor, sería lógico que se decidiera en primer lugar sobre la reorganización. No obstante, a fin de proteger a los acreedores, algunos regímenes de la insolvencia prevén un mecanismo en virtud del cual la reorganización puede transformarse en liquidación cuando se determine, en la fase inicial del procedimiento o ulteriormente, que la reorganización no tiene posibilidades de prosperar. Otro mecanismo de protección de los acreedores puede consistir en que se fije un plazo máximo durante el cual podría continuar una reorganización decidida en contra de la voluntad de los acreedores.

24. Como principio general, normalmente los procedimientos de reorganización y liquidación, aunque suelan regularse por separado, se llevan a cabo de forma consecutiva, es decir, sólo se pondrá en marcha un procedimiento de liquidación si la reorganización tiene pocas posibilidades de prosperar o si fracasan los esfuerzos de reorganización. En algunos regímenes de la insolvencia se parte del principio general de que debe procederse a la reorganización de la empresa y de que sólo pueda iniciarse un procedimiento de liquidación cuando fracasen todos los intentos de reorganización. En los regímenes que prevén la transformación de un tipo de procedimiento en otro, según las disposiciones de la legislación, el deudor, los acreedores o el representante de la insolvencia pueden pedir que el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación. Entre las circunstancias que pueden existir a este respecto figuran la de que el deudor no pueda pagar las deudas posteriores a la solicitud en la fecha de vencimiento; el hecho de que ni los acreedores ni el tribunal hayan aprobado el plan de reorganización; o el incumplimiento por parte del deudor de las obligaciones enunciadas en un plan aprobado; o el intento del deudor de defraudar a los acreedores. Aunque a menudo es posible transformar un procedimiento de reorganización en otro de liquidación, la mayoría de los regímenes de la insolvencia no permiten

volver a la reorganización una vez que se haya pasado de la reorganización a la liquidación.

25. Las dificultades para determinar desde el principio si la empresa del deudor debe ser objeto de liquidación, y no de reorganización, han hecho que algunos Estados revisaran su régimen legal de la insolvencia y sustituyeran los procedimientos diferenciados por un procedimiento "unitario"[4]. En virtud de este enfoque "unitario" se prevé un período inicial (generalmente denominado "período de observación", que en los ejemplos existentes de regímenes unitarios puede durar hasta tres meses) durante el cual no se hace ninguna presunción sobre si la empresa será reorganizada o liquidada. La elección entre los procedimientos de reorganización o liquidación no se hace hasta después de evaluarse la situación financiera del deudor y de determinarse si es posible o no proceder a la reorganización. La ventaja fundamental de este enfoque radica en su simplicidad procesal, su flexibilidad y su posible economía de costos. Con un sencillo procedimiento unitario se puede animar a los deudores que se encuentren en dificultades financieras a recurrir anticipadamente al procedimiento, fomentando así las posibilidades de que la reorganización prospere. Por otra parte, un inconveniente de este procedimiento radica en el tiempo que a veces transcurre entre la decisión de apertura del procedimiento y la decisión sobre el tipo de procedimiento que se va a seguir, así como en las consecuencias que esta demora puede tener para el negocio del deudor y para el valor de sus bienes. Sean cuales sean los criterios para determinar el procedimiento que se va a aplicar, el régimen de la insolvencia debe garantizar que, una vez que el deudor esté en el sistema, no le quede más opción que aguardar una decisión definitiva sobre su futuro.

3. Relación entre el régimen de la insolvencia y otra legislación

26. Una cuestión de carácter más general que debe tratarse es la relación entre el régimen de la insolvencia y otras leyes sustantivas y si el régimen de la insolvencia modificará efectivamente esas leyes. Entre las leyes pertinentes puede figurar la legislación laboral que prevea ciertas salvaguardias para los empleados, las leyes que limiten la liquidación o la compensación por saldos netos, las leyes que limiten las conversiones de la deuda en capital social y las leyes que impongan controles a las operaciones de cambio de divisas y a las de inversiones extranjeras que puedan afectar al contenido de un plan de reorganización (véase contratos de trabajo, segunda parte, capítulos II, párr. 145, y V, párrs. 72 y 73; derechos de compensación y compensación por saldos netos, segunda parte, capítulo II, párrs. 204 a 215; y contenido del plan de reorganización, segunda parte, capítulo IV, párrs. 18 a 22). La relación entre el régimen de la insolvencia y otras leyes deberá ser clara y, cuando sea posible, en ese régimen deberán incluirse referencias a las otras leyes.

---

[4] Cuando se adopte un sistema unitario, habrá que introducir algunas modificaciones en los diversos elementos fundamentales del régimen de la insolvencia.

27. Si bien en la presente *Guía Legislativa* no se analiza en detalle el marco institucional, algunas de las cuestiones se abordan más adelante. A pesar de la diversidad de cuestiones sustantivas que deben resolverse, los regímenes de la insolvencia son de carácter eminentemente procesal. La elaboración de reglas procesales desempeña una función básica a la hora de determinar la asignación de funciones entre los diversos participantes, particularmente en la adopción de decisiones. Como el régimen de la insolvencia atribuye una responsabilidad considerable a la infraestructura institucional para la adopción de decisiones fundamentales, es indispensable que esa infraestructura esté suficientemente desarrollada para que permita tomar las decisiones necesarias.

Recomendación 7 *(párr. 20)*

7. A fin de elaborar un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia, procederá considerar los siguientes rasgos comunes de todo régimen de la insolvencia:

a) La determinación de los deudores que puedan ser objeto de un procedimiento de insolvencia, incluso aquellos que puedan requerir un régimen especial de la insolvencia;

b) La determinación del momento en que se pueda declarar abierto el procedimiento de insolvencia, del tipo de procedimiento que se pueda entablar, de la parte habilitada para solicitar la apertura y de si los criterios de apertura deberían ser diferentes según la parte que la solicitara;

c) La medida en que debe permitirse que el deudor siga ejerciendo el control de su negocio una vez abierto el procedimiento de insolvencia, o se le debe relevar de la gestión y debe nombrarse a una parte independiente (que en la presente Guía Legislativa se denomina "representante de la insolvencia") para que se encargue de supervisar y gestionar la empresa deudora, y la distinción que debe hacerse a este respecto entre liquidación y reorganización;

d) La determinación de los bienes del deudor que sean objeto del procedimiento de insolvencia y que constituirán la masa de la insolvencia;

e) La protección de la masa de la insolvencia contra las acciones de los acreedores, del propio deudor y del representante de la insolvencia y, cuando las medidas de protección de la masa sean aplicables a los acreedores garantizados, la determinación del modo en que deberá salvaguardarse el valor económico de sus garantías reales durante el procedimiento de insolvencia;

f) Las medidas que podrá adoptar el representante de la insolvencia respecto de los contratos celebrados por el deudor antes de la apertura del procedimiento, cuando ni el deudor ni la otra parte hayan cumplido plenamente sus respectivas obligaciones;

g) La medida en que puedan hacerse valer los derechos de compensación simple o por saldos netos, o en que esos derechos puedan salvaguardarse, pese a la apertura del procedimiento;

***Recomendación** 7 (continuación)*

h) El modo en que el representante de la insolvencia podrá utilizar los bienes de la masa de la insolvencia o en que podrá disponer de ellos;

i) La medida en que el representante de la insolvencia pueda anular determinados tipos de operaciones que sean contrarias a los intereses de los acreedores;

j) En caso de reorganización, la preparación del plan de reorganización y las eventuales restricciones que se impongan al contenido del plan, así como la determinación de la persona facultada para preparar el plan y los requisitos para su aprobación y ejecución;

k) Los derechos y obligaciones del deudor;

l) Los deberes y funciones del representante de la insolvencia;

m) Las funciones de los acreedores y del comité de acreedores;

n) Las costas y los gastos relativos al procedimiento de insolvencia;

o) El tratamiento de los créditos y su clasificación a los efectos de la distribución del producto de la liquidación;

p) La distribución del producto de la liquidación;

q) La liberación del deudor o la disolución de su empresa; y

r) La clausura del procedimiento.

II. Mecanismos para resolver las dificultades financieras del deudor

A. Introducción

1. A continuación se examinan diversos mecanismos que se han ideado para resolver las dificultades financieras del deudor y de probada utilidad para dicho cometido. Entre ellos cabe mencionar la apertura de un procedimiento de reorganización o de liquidación sustanciado con arreglo al régimen de la insolvencia; la apertura voluntaria, por el deudor, de negociaciones con los acreedores, que se desarrollarán esencialmente al margen del régimen de la insolvencia; y ciertos procedimientos administrativos que se han instituido en algunos países con la finalidad expresa de hacer frente a problemas financieros sistémicos del sector bancario. Estos últimos procedimientos se mencionan a título meramente informativo, sin que se sugiera aquí hacerlos aplicables a los problemas suscitados por la insolvencia de deudores dedicados a actividades mercantiles. En el mismo orden de ideas, no debe confundirse la agencia facilitadora que se utilice para supervisar dichos procedimientos administrativos con otras autoridades, que tal vez sean designadas para supervisar un procedimiento de insolvencia abierto con respecto a un deudor mercantil y que están previstas en la presente *Guía Legislativa* con el término genérico de "tribunal".

B. Negociaciones voluntarias de reestructuración

2. Hace algunos años el sector bancario concibió el método de las negociaciones voluntarias sobre reestructuración como alternativa a los procedimientos oficiales de reorganización previstos por el régimen de la insolvencia. Dirigido e influido por bancos y financieros internacionalmente activos, este tipo de negociación se ha ido extendiendo gradualmente hasta abarcar un número considerable de ordenamientos jurídicos. El grado de aplicación de estas negociaciones varía de un ordenamiento a otro y mientras que, según se informa, en algunos ordenamientos apenas se utilizan, en otros la mayoría de las reorganizaciones se llevan a cabo recurriendo a tales negociaciones. En cierta medida, esos resultados pueden reflejar la existencia o la ausencia de lo que a veces se ha dado en llamar "cultura del rescate", es decir, el grado en que los participantes consideran que este tipo de negociación puede tener éxito independientemente de la ausencia formal de las características de los procedimientos sustanciados en virtud del régimen de la insolvencia, como la paralización de las acciones de los acreedores.

3. La utilización de las negociaciones voluntarias de reestructuración ha estado limitada generalmente a los casos de dificultades financieras empresariales o a los casos de insolvencia en los que se debe un importe considerable a bancos y financieros. Las negociaciones tienen la finalidad de llegar a un arreglo contractual entre los propios prestamistas y entre los prestamistas y el deudor con miras a la reorganización de éste, con o sin la reorganización de sus finanzas. De este modo puede introducirse flexibilidad en un régimen de la insolvencia al reducir la carga impuesta a la infraestructura judicial, al facilitar reacciones preventivas más rápidas de los acreedores que en los procedimientos oficiales de insolvencia y al reducir el estigma que a veces trae consigo la insolvencia. Para que este tipo de negociaciones pueda prosperar, dado que no se fundamentan en las disposiciones del régimen de la insolvencia, es muy importante contar con un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente y con un marco institucional de apoyo[1] que prevean sanciones que puedan contribuir al éxito de las negociaciones. A menos que el deudor y su banco y sus acreedores financieros aprovechen la oportunidad para unirse y entablar voluntariamente tales negociaciones, el deudor o los acreedores pueden invocar el régimen de la insolvencia, con el inconveniente de que tanto el deudor como los acreedores se puedan ver perjudicados por los retrasos, los costos y los resultados.

4. Muchos ordenamientos jurídicos prevén que el deudor podrá concertar acuerdos o arreglos encaminados a reestructurar su empresa o su deuda, con algunos de sus acreedores, o con todos ellos, que se rijan no por el régimen de la insolvencia, sino, por ejemplo, por el derecho contractual, el derecho de sociedades, el derecho mercantil o el derecho civil procesal o, en algunos casos, por los reglamentos bancarios pertinentes. Sin embargo, son pocos los ordenamientos que no permiten esos acuerdos o arreglos al margen del sistema judicial o del régimen de la insolvencia. Algunos ordenamientos considerarían las medidas relacionadas con tales negociaciones voluntarias de reestructuración suficientes para que los tribunales hicieran una declaración de insolvencia. Del mismo modo, existen ordenamientos en que, al imponer al deudor la obligación de entablar procedimientos oficiales de insolvencia una vez transcurrido un determinado plazo tras la declaración de insolvencia, limitan la sustanciación de negociaciones voluntarias a circunstancias en que no se hayan cumplido los requisitos formales para la apertura de procedimientos. Pese a estas limitaciones, cabe señalar que los bancos y otros acreedores en el ámbito de esos ordenamientos utilizan con frecuencia diversas técnicas para lograr alguna forma de reorganización de las empresas deudoras al margen del régimen de la insolvencia.

---

[1] Véase más adelante, en el capítulo III, el análisis del marco institucional.

1. Requisitos necesarios

5. Para ser eficaces, las negociaciones voluntarias de reestructuración deben cumplir una serie de premisas iniciales bien definidas, que pueden incluir las siguientes:

a) Un endeudamiento sustancial con una serie de bancos principales o de acreedores de instituciones financieras;

b) La incapacidad actual o inminente del deudor para hacer frente a esa deuda;

c) La aceptación del criterio de que puede ser preferible negociar un arreglo entre un deudor y los prestamistas, y también entre los propios prestamistas, para resolver las dificultades financieras del deudor;

d) La utilización de técnicas de refinanciación relativamente complejas, garantías y otras técnicas comerciales a que pueda recurrirse para modificar, reorganizar o reestructurar las deudas del deudor o al propio deudor;

e) La sanción prevista, según la cual, si el proceso de negociación no puede iniciarse o fracasa, se podrá recurrir rápida y eficazmente al régimen de la insolvencia;

f) La perspectiva de que todas las partes pueden obtener del proceso de negociación un beneficio mayor que si recurren de forma directa e inmediata al régimen de la insolvencia (en parte, porque el resultado está sujeto al control de las partes negociantes y el proceso resulta menos costoso y puede llevarse a cabo con rapidez sin perturbar la marcha del negocio del deudor);

g) El deudor no necesita exoneración de sus deudas comerciales ni los beneficios de la insolvencia formal, como la paralización automática o la capacidad para rechazar deudas onerosas; y

h) Un régimen fiscal favorable o neutral en el caso de una reorganización, tanto en el Estado del deudor como en los Estados de los acreedores extranjeros.

2. Procesos principales

6. Para que las negociaciones voluntarias de reestructuración sean eficaces, es preciso adoptar diversas medidas y aplicar diversas técnicas. A continuación se analizan los principales elementos del proceso.

a) Apertura de las negociaciones

7. Las negociaciones voluntarias consisten esencialmente en reunir al deudor con los acreedores o, al menos, con los principales acreedores, uno o varios de los cuales deben iniciar las negociaciones (pues no hay que contar con la ley ni con una persona que intervenga para entablar o imponer las

negociaciones o prestarles asistencia). Es posible que un deudor sea renuente a iniciar un diálogo con acreedores o al menos con todos ellos, mientras que los acreedores, preocupados por su propia situación, pueden no estar interesados en negociaciones colectivas. Es en ese momento cuando se puede recurrir a la disponibilidad y a la eficacia de los recursos de los distintos acreedores o a procedimientos oficiales de insolvencia, a fin de fomentar la apertura de negociaciones y de hacerlas progresar. Si un deudor es renuente a participar, puede ser objeto de acciones individuales sobre su deuda o de acciones de ejecución e incluso de procedimientos de insolvencia, que no podrá hacer fracasar ni demorar. Al mismo tiempo, los acreedores pueden encontrarse también sujetos a procedimientos formales de insolvencia que les impidan efectivamente ejecutar sus derechos individuales y que tal vez no representen la vía óptima para cobrar sus créditos. Por consiguiente, reviste una importancia fundamental crear un foro en el que puedan reunirse el deudor y los acreedores para estudiar y negociar un acuerdo para hacer frente a las dificultades financieras del deudor.

b) Participantes coordinadores - designación de un acreedor con funciones ejecutivas y de un comité directivo

8. En las negociaciones voluntarias deben intervenir todas las partes interesadas de mayor importancia; generalmente, el grupo de los prestamistas y a veces grupos clave de acreedores que puedan verse afectados por un eventual acuerdo de reestructuración revisten una importancia fundamental para las negociaciones. A fin de coordinar las negociaciones, suele designarse un acreedor principal encargado de dirigir, organizar, gestionar y administrar. Este acreedor suele informar a un comité en que están representados todos los acreedores (comité directivo) y puede prestar asistencia y hacerse eco de las propuestas relativas al deudor.

c) Acuerdo de suspensión o paralización

9. A fin de que las empresas puedan seguir funcionando y de que se disponga de tiempo suficiente para obtener y evaluar la información sobre el deudor y formular y evaluar las propuestas para resolver las dificultades financieras del deudor, puede ser preciso celebrar un acuerdo contractual en virtud del cual se suspendan las acciones adversas incoadas tanto por el deudor como por los principales acreedores. Ese acuerdo debería cumplirse durante un período definido, generalmente breve, a menos que fuera inapropiado en un determinado caso.

d) Contratación de asesores

10. Muy raras veces se emprende una reestructuración voluntaria sin la participación de expertos y asesores independientes de diversas disciplinas (por ejemplo, profesionales del derecho, de la contabilidad, de las finanzas y de la reglamentación de los negocios y de la comercialización). Aunque se señale que esta participación originará gastos innecesarios y una injerencia en

los asuntos del deudor y de los acreedores, así como una pérdida de control, suele ser necesario garantizar el suministro de información, verificada por fuentes independientes, así como la obtención de planes formulados profesionalmente para la refinanciación, reestructuración, gestión y funcionamiento, que son requisitos esenciales para que prosperen esas negociaciones.

e) Logro de un nivel de liquidez y de una corriente de efectivo suficientes

11. El deudor que pueda ser objeto de negociaciones voluntarias de reestructuración requerirá a menudo un acceso continuo a las líneas de crédito establecidas o la provisión de nuevos créditos. La concesión de créditos por los acreedores garantizados tal vez no resulte un problema. Pero cuando no sea posible y se requiera un nuevo crédito, pueden surgir dificultades a la hora de garantizar el reembolso final del nuevo crédito en caso de que fracasen las negociaciones. Aun cuando esta cuestión se puede abordar en el régimen de la insolvencia previendo algún tipo de prelación o garantía para este nuevo crédito continuo (véase la segunda parte, capítulo II, párrs. 100 a 104), el régimen de la insolvencia no se hará en general extensivo a un acuerdo concertado en el marco de negociaciones voluntarias.

12. No obstante, los acreedores que participen en negociaciones voluntarias pueden acordar entre ellos que si uno o varios de estos acreedores otorga más crédito, los demás acreedores subordinarán sus demandas para que pueda reembolsarse el nuevo crédito antes que sus propios créditos. Así pues, entre esos acreedores existirá un acuerdo contractual para el reembolso del nuevo dinero prestado cuando las negociaciones de reestructuración prosperen. En cambio, si las negociaciones fracasan, y se liquida la empresa del deudor, el acreedor que haya otorgado un nuevo crédito podrá encontrarse con un crédito no garantizado (a menos que disponga de una garantía real) y percibir sólo un pago parcial junto con los demás acreedores no garantizados[2].

f) Acceso a información sobre el deudor

13. Es indispensable disponer de acceso a información cabal y exacta sobre el deudor para poder efectuar una evaluación adecuada de su situación financiera y de las propuestas que se presenten a los acreedores pertinentes. Será preciso poner en conocimiento de todos los acreedores pertinentes información relativa al activo, al pasivo y a los negocios del deudor, pero esa información deberá considerarse confidencial, a menos que ya sea de dominio público.

---

[2] Véase la segunda parte, cap. V, párrs. 55 a 61, acerca de la subordinación de los créditos.

g) Acuerdos con los acreedores

14. La complejidad de los intereses de los acreedores plantea a menudo problemas críticos en las negociaciones voluntarias. Teniendo en cuenta esos diversos intereses, sólo podrá convencerse a los acreedores que ya hayan empezado a cobrar o a ejecutar su deuda frente al deudor de que deben participar en esas negociaciones si éstas pueden permitirles obtener mejores resultados o si, ante la amenaza de procedimientos formales de insolvencia, los acreedores renuncian a llevar adelante sus demandas individuales.

15. Sin embargo, en muchos casos no será posible (ni tampoco necesario) contar con la participación de cada acreedor en las negociaciones, ya sea por su gran número o por la diversidad de sus intereses o porque sería ineficiente colaborar con acreedores a quienes se adeudaran sólo pequeñas sumas y que no contaran con la experiencia y los conocimientos comerciales o la voluntad necesarios para una participación eficaz. Si bien los acreedores que entran en esas categorías quedan a menudo al margen de las negociaciones, no puede dejárseles de lado, ya que pueden ser importantes para mantener la empresa en funcionamiento (como proveedores de bienes o servicios esenciales o como partes esenciales del proceso de producción del deudor), y no existe ninguna regla que obligue a dichos acreedores a aceptar la decisión de la mayoría.

16. En un acuerdo voluntario de reestructuración ocurre con frecuencia que los acreedores comerciales y los pequeños acreedores cobran íntegramente sus créditos. Si bien esto puede parecer un trato desigual, puede tener cierta lógica comercial para un grupo de acreedores importantes. Otra opción consiste en conseguir que los acreedores principales den su visto bueno a un plan de reestructuración y lo utilicen posteriormente como base para un procedimiento formal de reorganización con supervisión judicial en que participen otros acreedores (lo cual se denomina a veces plan "preorganizado" y en la presente *Guía* figura como procedimiento agilizado de reorganización -véase la segunda parte, capítulo IV, párrs. 76 a 94). Este plan puede entonces vincular a los demás acreedores. En tales circunstancias, no podría lograrse ese resultado si no se contara con un régimen de la insolvencia formal y eficaz.

3. Reglas y directrices para una reestructuración voluntaria

17. Para contribuir a la realización de las negociaciones voluntarias de reestructuración y, en particular, para abordar los problemas señalados más arriba en el contexto de empresas multinacionales complejas, varias organizaciones han formulado principios y directrices no vinculantes. Uno de esos criterios es el denominado "Enfoque de Londres", que puede resumirse como un marco informal introducido con el apoyo del Banco de Inglaterra para abordar las operaciones temporales de apoyo emprendidas por los bancos y otros prestamistas en favor de una empresa o grupo que tropiece con dificultades financieras, en espera de una posible reestructuración. En ese

enfoque se insta a los bancos comerciales a que adopten una actitud positiva respecto de aquellos deudores suyos que se hallen en dificultades financieras. Las decisiones acerca del futuro a largo plazo del deudor deben adoptarse únicamente sobre la base de una amplia información, compartida entre todos los bancos y las demás partes interesadas que participen en un acuerdo acerca del futuro del deudor. La financiación provisional se facilita mediante un acuerdo de suspensión y subordinación, y los bancos colaboran con los demás acreedores a fin de aunar criterios sobre la concesión de una ayuda financiera a la entidad deudora y sobre las condiciones en que dicha ayuda se debe conceder. Los bancos centrales de otros países han elaborado enfoques similares y, en algunos casos, han formulado directrices análogas.

18. Una organización internacional que ha realizado trabajos en ese campo es la *INSOL International*, la cual ha publicado una exposición de los *Principles for a global approach to multi-creditor workouts*. Estos principios están concebidos para agilizar las negociaciones voluntarias sobre reestructuración e incrementar las perspectivas de éxito ofreciendo orientación a diversos grupos de acreedores sobre la forma de actuar sobre la base de algunas reglas comunes convenidas.

C. Procedimientos de insolvencia

19. La mayoría de los regímenes de la insolvencia prevén dos tipos principales de procedimiento: el de reorganización y el de liquidación.

20. La división o distinción tradicional entre estos dos tipos de procedimiento puede resultar algo artificial y crear una innecesaria polarización e inflexibilidad. En esa definición no entran, por ejemplo, los casos difíciles de clasificar, a saber, aquellos en que con un criterio flexible ante la situación financiera del deudor se puede lograr un resultado óptimo tanto para el deudor como para los acreedores en lo que se refiere a obtener el máximo valor de la masa de la insolvencia. Por ejemplo, a veces se utiliza el término “reorganización” para designar una forma particular de mantener e incluso incrementar el valor del patrimonio de la insolvencia en el contexto de procedimientos de liquidación, como en los casos en que la ley prevé que se lleve a cabo una liquidación transfiriendo la empresa como negocio en marcha a otra entidad. En tal situación, el término “reorganización” designa tan sólo una técnica distinta de la liquidación tradicional (es decir, la que consiste en la venta o realización en dinero directamente y por partes de los bienes), a la que se recurre para obtener el mayor valor posible de la masa de la insolvencia. Para lograr esa venta o conversión en efectivo, el régimen de la insolvencia puede tener que prever un elemento de flexibilidad que generalmente no contemplan los regímenes que definen la liquidación como la venta de los bienes a la mayor brevedad y que sólo permiten que una empresa insolvente siga funcionando con esta finalidad concreta. Algunos regímenes, por ejemplo, facultan al representante de la insolvencia para efectuar una venta o una conversión en efectivo de los bienes del deudor que

resulten más provechosas que en el marco de una simple liquidación. Del mismo modo, la reorganización puede requerir la venta de partes sustanciales de la empresa del deudor o prever al final del proceso la liquidación o la venta del negocio a una nueva empresa y la disolución de la empresa del deudor.

21. Por estas razones, es conveniente que el régimen de la insolvencia prevea una elección que no se limite a la opción entre un único proceso de reorganización definido muy específicamente y la liquidación tradicional en sentido estricto. Dado que en el concepto de reorganización pueden entrar muy diversos acuerdos, es conveniente que el régimen de la insolvencia no prevea un enfoque prescriptivo y apoye acuerdos que puedan aportar a los acreedores un valor superior al que obtendrían si se liquidara la empresa del deudor.

22. Al examinar las disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia, la presente *Guía Legislativa* se centra en los procedimientos de reorganización, por una parte, y en los procedimientos de liquidación, por otra. Ahora bien, con este enfoque no se pretende indicar una preferencia por tipos particulares de procedimientos de reorganización o liquidación ni por la forma en que esos procedimientos deben integrarse en la legislación sobre la insolvencia. La *Guía* procura más bien comparar y contrastar los elementos fundamentales de los diferentes tipos de procedimientos y promover un enfoque que propicie la obtención de resultados óptimos por las partes que intervienen en una insolvencia, en vez de definir con criterios estrictos los tipos de procedimientos. Para lograrlo cabría formular un régimen en que se incorporaran los elementos formales tradicionales de modo de promover la máxima flexibilidad.

1. El procedimiento de reorganización

23. Como procedimiento destinado a salvar a un deudor o, por lo menos, a una empresa, la reorganización puede revestir diversas formas y puede ser más variada que la liquidación en lo que respecta a su concepción, aceptación y aplicación en todo el mundo. En aras de la sencillez, en la *Guía* se utiliza el término "reorganización" en sentido amplio para referirse a los procedimientos cuya finalidad básica sea la de permitir al deudor superar sus dificultades financieras y reanudar o continuar el funcionamiento de sus operaciones comerciales normales (aun cuando en algunos casos pueda incluir la reducción de la capacidad de la empresa, su venta como negocio en marcha a otra empresa o, al final, su liquidación).

24. No todos los deudores que empiecen a fallar o a experimentar graves dificultades financieras en un mercado competitivo deberían necesariamente estar sujetos a la liquidación de su empresa; si un deudor tiene perspectivas razonables de salir adelante (por ejemplo, si tiene un negocio potencialmente rentable) debería gozar de una oportunidad, si se demuestra que, manteniendo unidos el negocio esencial y otros componentes de la empresa del deudor,

puede obtenerse un mayor valor (y, en consecuencia, un mayor beneficio a largo plazo para los acreedores). El procedimiento de reorganización está concebido para dar al deudor un plazo en que esté libre de acosos y en que se pueda recuperar de las dificultades temporales de liquidez o de su sobreendeudamiento permanente y, cuando sea necesario, darle la oportunidad de reestructurar su deuda y sus relaciones con los acreedores. Cuando sea posible la reorganización, los acreedores preferirán en general ese procedimiento si mantener la empresa en funcionamiento puede incrementar el valor de sus créditos frente al deudor.

25. Sin embargo, la reorganización no implica que todas las partes interesadas deban estar plenamente protegidas o que deban volver a la situación financiera o comercial en que estarían de no haberse producido la insolvencia. La reorganización tampoco implica que el deudor quedará totalmente restablecido y que sus acreedores cobrarán íntegramente sus créditos, o que la propiedad o la gestión por parte de un deudor insolvente mantendrá y preservará sus respectivas posiciones. Los directivos pueden ser destituidos y sustituidos, los intereses de los accionistas pueden verse reducidos a la nada, puede recortarse la plantilla de empleados y puede desaparecer una fuente para los proveedores en el mercado. No obstante, en general la reorganización sí implica que, sea cual sea la forma del plan o del arreglo que se convenga, los acreedores percibirán al final más de lo que habrían cobrado en caso de liquidación del negocio del deudor.

26. Entre otros factores a favor del procedimiento de reorganización cabe destacar que la economía moderna ha reducido considerablemente la posibilidad de obtener el máximo valor posible de los bienes de un deudor mediante la liquidación. Cuando los conocimientos técnicos y el valor del fondo de comercio o la clientela sean más importantes para el funcionamiento de un negocio que los bienes materiales, la preservación de los recursos humanos y de las relaciones de negocios son elementos esenciales de valores que no se pueden materializar mediante una liquidación. Además, es más probable conseguir beneficios económicos a largo plazo mediante un procedimiento de reorganización, ya que éste alienta a los deudores a adoptar medidas antes de que se agraven sus dificultades financieras. Por último, hay consideraciones sociales y políticas que deben tenerse en cuenta, pues el procedimiento de reorganización, por ejemplo, protegerá a los empleados de un deudor en dificultades.

27. La reorganización puede revestir diversas formas. Puede incluir, por ejemplo, un simple acuerdo en cuanto a las deudas (que se puede calificar de convenio) en el que, por ejemplo, los acreedores convengan en recibir un porcentaje determinado de lo que se les deba a título de liquidación plena, completa y definitiva de sus créditos contra el deudor. De esta manera, las deudas quedan reducidas y el deudor recupera la solvencia y puede seguir funcionando. También puede incluir una reorganización compleja conforme a la cual, por ejemplo, se reestructuren las deudas (por ejemplo, prorrogando el plazo del préstamo y el período durante el cual deban efectuarse los pagos,

aplazando el pago de los intereses o modificando la identidad de los prestamistas); algunos créditos puedan convertirse en participaciones en el capital social junto con una reducción (o incluso eliminación) del capital social existente; puedan venderse los bienes que no sean básicos, y pueda ponerse término a las actividades mercantiles que no sean rentables. El tipo de reorganización al que se recurra depende habitualmente del volumen de los negocios y del grado de complejidad de la situación concreta del deudor.

28. Aunque la reorganización no está tan difundida como la liquidación en los regímenes de la insolvencia y, por consiguiente, no presenta siempre las mismas características, cabe enumerar una serie de elementos clave o esenciales del proceso, que son los siguientes:

a) La sumisión del deudor al procedimiento (ya sea a petición propia o a instancia de los acreedores), lo cual puede entrañar o no un control o una supervisión judicial;

b) La paralización o suspensión automática y obligatoria de todas las acciones y de todos los procedimientos contra los bienes del deudor, respecto de todos los acreedores durante un período limitado;

c) La continuación de la actividad comercial del deudor a cargo de la dirección existente o de un director independiente o con una combinación de ambas opciones;

d) La formulación de un plan en que se prevea el tratamiento que se dará a los acreedores, a los accionistas y al propio deudor;

e) El examen del plan por parte de los acreedores y una votación de éstos sobre su aceptación;

f) Posiblemente, la aprobación o confirmación judicial del plan aceptado; y

g) La ejecución del plan.

29. Cada vez se reconocen más las ventajas de la reorganización y muchos regímenes de la insolvencia establecen disposiciones sobre procedimientos oficiales de reorganización. El grado de confianza en los procedimientos oficiales de reorganización, frente a algunas vías de negociación voluntaria para lograr los objetivos de la reorganización, varía entre los países. En cualquier caso, se suele reconocer que el hecho de que un régimen de la insolvencia prevea la liquidación puede facilitar la reorganización de un deudor, dando un incentivo tanto a los acreedores como a los deudores para llegar a un acuerdo apropiado mediante un plan de reorganización.

30. Ahora bien, existe a menudo una correlación entre el grado de dificultad financiera que experimenta el deudor, la complejidad de sus arreglos comerciales y la dificultad que presente la solución apropiada. Cuando, por ejemplo, estén involucrados uno o unos pocos bancos y acreedores institucionales, es probable que el deudor pueda negociar con esos acreedores

un acuerdo voluntario de reestructuración y resolver sus dificultades sin requerir la intervención de los acreedores comerciales y sin necesidad de entablar procedimientos regulados por el régimen de la insolvencia. Cuando la situación financiera sea más compleja y exija la participación de un gran número de acreedores de distinto tipo, quizá se precise un grado mayor de formalidad para encontrar una solución que tenga en cuenta los intereses y objetivos dispares de esos acreedores, ya que los acuerdos voluntarios de reestructuración requieren en general la unanimidad de los participantes para ser eficaces. En esas situaciones, la apertura de un procedimiento de reorganización en virtud del régimen de la insolvencia puede contribuir a lograr el objetivo deseado cuando ese procedimiento permita imponer un plan aprobado por la mayoría requerida de los acreedores a la minoría de acreedores disconformes. Así pues, en algunos casos, los procedimientos entablados en virtud del régimen de la insolvencia funcionan bien, precisamente porque están sujetos a ese régimen, al tiempo que proporcionan cierta protección. En otros casos las negociaciones voluntarias tienen éxito porque no están reguladas y permiten evitar los costos y las demoras que a menudo entraña esa regulación.

31. Dado que el éxito de las negociaciones voluntarias de reestructuración se ve a veces obstaculizado por la posibilidad de cada acreedor de entablar una acción para la ejecución de sus derechos y por la necesidad del consentimiento unánime de los acreedores para modificar las condiciones de reembolso de ciertas clases de deudas, en algunos Estados, para hacer frente a tales situaciones, se han adoptado diversos mecanismos, como los procedimientos de "preinsolvencia" o procedimientos planificados a tal efecto. Los procedimientos de reorganización agilizados que se regulan en la *Guía* para dirimir tales situaciones se basan en un procedimiento de reorganización más acelerado en el que se combinan las negociaciones de reestructuración voluntaria, en las que una mayoría de acreedores afectados negocian y acuerdan un plan, con procedimientos de reorganización entablados en virtud del régimen de la insolvencia con miras a obtener la confirmación judicial del plan a fin de hacerlo vinculante para los acreedores disconformes. Esos procedimientos están encaminados a minimizar el costo y los retrasos inherentes a los procedimientos oficiales de reorganización y a ofrecer un medio por el cual un plan de reestructuración negociado voluntariamente por un deudor con algunos o todos sus acreedores pueda, con todo, ser aprobado sin el apoyo unánime de esos acreedores. También permiten que la aprobación del plan resultante de las negociaciones voluntarias sirva para concertar una reorganización que vinculará a los acreedores, ofreciendo al mismo tiempo el amparo del régimen de la insolvencia a los acreedores afectados. Estos tipos de procedimiento se examinan en forma más detallada en la segunda parte, capítulo IV, párrafos 76 a 94.

32. Un enfoque diferente prevé que, para facilitar la concertación de un arreglo amistoso con sus acreedores, un deudor podrá pedir al tribunal que

nombre a un "conciliador". El conciliador no posee facultades concretas, pero puede pedir al tribunal que imponga una suspensión de la ejecución contra todos los acreedores si, a su entender, la suspensión facilitaría la concertación de un acuerdo de transacción. Durante la suspensión, el deudor no puede efectuar ningún pago para atender a reclamaciones anteriores (excepto en el caso de los sueldos) ni disponer de ningún bien salvo si lo hace en el curso ordinario de los negocios. El procedimiento finaliza cuando se llega a un acuerdo con todos los acreedores o (previa aprobación del tribunal) con los acreedores principales; en este último caso, el tribunal puede prorrogar la suspensión contra los acreedores no participantes en el acuerdo mediante el reconocimiento de un período de espera de hasta dos años para el deudor.

2. Liquidación

33. El régimen de la insolvencia regula el tipo de procedimiento denominado de "liquidación" y prevé en general que una autoridad pública (que por lo común, aunque no necesariamente, es un tribunal que actúa por conducto de una persona designada con tal fin) se hará cargo de los bienes del deudor con miras a poner fin a la actividad comercial de su empresa, transformando en dinero los bienes no pecuniarios y distribuyendo después el producto de la venta o enajenación de los bienes de forma proporcional entre los acreedores. Aunque en general se requiere que la venta o enajenación de los bienes se realice por partes y con la mayor rapidez posible, algunos regímenes permiten que en la liquidación se proceda a la venta de unidades productivas de la empresa o a la venta de ésta como negocio en marcha; otros regímenes sólo permiten esta solución en el marco de una reorganización. La liquidación suele concluir con la disolución o desaparición del deudor que sea una entidad jurídica mercantil y la exoneración de todo deudor que sea persona física.

34. Los procedimientos de liquidación suelen tener en todo el mundo una concepción, una aceptación y una aplicación muy similares y suelen desarrollarse del modo siguiente:

a) Solicitud del deudor o de los acreedores a un tribunal u otro órgano competente;

b) Orden o sentencia de liquidación de la empresa del deudor;

c) Designación de una persona independiente para que lleve a cabo y administre la liquidación;

d) Clausura de las actividades mercantiles del deudor, si su empresa no puede venderse como negocio en marcha, y extinción de las facultades de los propietarios y cargos directivos, así como despido de los empleados;

e) Venta o liquidación de los bienes del deudor, ya sea por partes o de toda la empresa como negocio en marcha;

f) Resolución de las reclamaciones de los acreedores;

g) Distribución de los fondos disponibles entre los acreedores (conforme a algún tipo de prelación); y

h) Disolución de la empresa del deudor, cuando se trate de una sociedad anónima o de una entidad con personalidad jurídica, o exoneración, en el caso de un deudor individual o persona física.

35. Hay varias justificaciones jurídicas y económicas para la liquidación. En términos generales, cabe argüir que una empresa mercantil que no pueda competir en una economía de mercado no tiene cabida en ella y debe desaparecer. Para poder considerar que una empresa no es competitiva, ésta debe tener una de las características que indican una situación de insolvencia, es decir, ser incapaz de pagar sus deudas a su vencimiento o tener deudas por un valor superior al de sus bienes. Más concretamente, la liquidación obedece a la necesidad de un procedimiento que resuelva los problemas entre acreedores (cuando los bienes de un deudor insolvente no basten para atender a los créditos de todos los acreedores, lo mejor que pueden hacer éstos en su propio beneficio es tomar medidas para cobrar sus créditos antes de que otros acreedores puedan obrar de forma análoga) y la exigencia de una fuerza disciplinaria, que es un elemento indispensable de una relación sostenible entre el deudor y los acreedores. Un procedimiento eficaz y ordenado de liquidación permite solucionar el problema de la relación entre los acreedores poniendo en marcha un proceso colectivo que procura evitar las medidas que, aunque los acreedores estimen que redundan en su interés, conduzcan esencialmente a una pérdida de valor para todos ellos. Los procedimientos colectivos están encaminados a ofrecer un trato equitativo a todos los acreedores, al tratar en igualdad de condiciones a los acreedores que se encuentren en circunstancias similares, y a obtener el máximo valor de los bienes del deudor en beneficio de todos los acreedores. Normalmente, este objetivo se consigue imponiendo una suspensión de la facultad de los acreedores para ejercer sus derechos individuales contra el deudor y nombrando a una persona independiente cuya principal función es obtener el máximo valor de los bienes del deudor que se distribuirán entre los acreedores.

36. Un mecanismo ordenado y relativamente previsible para ejecutar los derechos colectivos de los acreedores también puede dar a éstos una mayor seguridad cuando deban adoptar decisiones acerca de la concesión de crédito y, más en general, puede promover el interés de todos los participantes en la economía al facilitar la concesión de crédito y el desarrollo de los mercados financieros. Ello no significa que el régimen de la insolvencia deba ser un medio para ejecutar los derechos de los distintos acreedores, aunque haya una clara e importante relación entre los mecanismos de ejecución y los de insolvencia. La eficiencia y eficacia de los procedimientos para ejecutar los derechos de los distintos acreedores permitirán que éstos no se vean forzados a recurrir al procedimiento de la insolvencia con ese fin, especialmente teniendo en cuenta que, en general, el procedimiento no es idóneo para ello, debido a las pruebas que exige, los costos que entraña y su complejidad

procesal. No obstante, un procedimiento de insolvencia eficaz garantizará que, cuando fallen los mecanismos de la ejecución de la deuda, los acreedores dispongan de una vía de recurso final que pueda actuar como incentivo eficaz para que un deudor recalcitrante pague a un determinado acreedor.

D. Procesos administrativos

37. En los últimos años, algunas jurisdicciones afectadas por crisis han elaborado formas "estructuradas" semioficiales de procesos de insolvencia, inspiradas en parte por los bancos estatales o centrales, para hacer frente a los problemas financieros y técnicos propios del sector bancario. Estos procesos se han desarrollado siguiendo una pauta similar. En primer lugar, cada uno de ellos tiene un organismo facilitador para promover y, en parte, coordinar y administrar el proceso a fin de proporcionar los incentivos y la motivación necesarios para llevarlo adelante. En segundo lugar, cada proceso está respaldado por un acuerdo entre bancos comerciales en virtud del cual los participantes convienen en aplicar una serie de "normas" respecto de los deudores empresariales que tengan deudas con uno o más de los bancos y que puedan participar en el proceso. Las normas disponen los procedimientos que han de seguirse y las condiciones que han de imponerse en los casos en que se intente llevar a cabo una reorganización de la empresa. En algunos ordenamientos jurídicos, una entidad deudora que desee negociar una reorganización en el marco de este proceso habrá de convenir en la aplicación de esas normas. En tercer lugar, se fijan plazos para las diversas partes del proceso y, en algunos casos, los acuerdos de principio se remiten al tribunal competente para la apertura de un procedimiento de reorganización en virtud del régimen de la insolvencia. Además, en un ordenamiento jurídico se ha establecido una agencia especial que posee facultades sumamente amplias, conforme a sus estatutos, para adquirir préstamos fallidos del sector bancario y financiero e imponer a continuación procesos extrajudiciales a una empresa deudora que haya incurrido en incumplimiento, incluida una reorganización forzada o impuesta.

38. Dado que ambos procesos son relativamente complejos y requieren la elaboración de normas y reglamentos especiales y dado que regulan situaciones particulares de quiebras sistémicas, no se han tratado en la *Guía Legislativa*.

III. Marco institucional

1. Todo régimen de la insolvencia forma parte de un ordenamiento jurídico mercantil de carácter general y su aplicación adecuada depende en gran medida no sólo de unas normas de derecho mercantil bien desarrolladas, sino también de un marco institucional bien establecido para administrar dicho régimen. Por lo tanto, las opciones para elaborar o reformar un régimen de la insolvencia tendrán que estar estrechamente vinculadas a la capacidad de las instituciones existentes. Ese régimen sólo podrá ser eficaz si los tribunales y los funcionarios encargados de su aplicación disponen de la capacidad necesaria para lograr los resultados más eficaces, oportunos y equitativos posibles para los beneficiarios de dicho régimen. Si todavía no existe esa capacidad institucional, es altamente recomendable que la reforma del régimen de la insolvencia vaya acompañada de reformas institucionales en que se compagine el costo del establecimiento y mantenimiento del marco institucional necesario con las ventajas de disponer de un sistema eficiente y eficaz en el que la sociedad pueda confiar. A pesar de que el examen detallado de los medios con los que cabe desarrollar o mejorar la capacidad institucional no entran en el ámbito de la presente *Guía Legislativa*, puede formularse una serie de observaciones generales al respecto[1].

2. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos los procedimientos de insolvencia son administrados por autoridades judiciales, que son a menudo

---

[1] Varias organizaciones internacionales están realizando trabajos sobre el fomento de la capacidad institucional. La realización de un estudio exhaustivo de las organizaciones en cuestión rebasa el ámbito de la *Guía Legislativa*, pero algunos ejemplos son los siguientes: la *INSOL International*, que se dedica a proporcionar capacitación y prestar asistencia técnica a los profesionales del sector de la insolvencia, magistrados, reguladores y prestamistas, por medio de conferencias, actividades especiales de capacitación e investigaciones técnicas; el Banco Asiático de Desarrollo, que presta asistencia a los gobiernos para mejorar la actuación y los resultados de las instituciones públicas, especialmente los tribunales, las entidades reguladoras y los ministerios de justicia, mediante el establecimiento de instituciones de formación jurídica, acceso basado en la web a material didáctico y de investigaciones jurídicas; el Banco Mundial, que reconoce la importancia de que existan sólidas instituciones para lograr el desarrollo sostenible, presta apoyo a los países clientes en los esfuerzos que despliegan para aumentar la capacidad institucional mediante una amplia gama de actividades de crédito, evaluación, asistencia técnica y productos relacionados con los conocimientos; y el Fondo Monetario Internacional, que proporciona capacitación especializada a funcionarios de los Estados miembros, y también organiza talleres y seminarios para ellos, a fin de contribuir al fortalecimiento de la infraestructura jurídica y el mejoramiento de la actuación y resultados de la judicatura, cuando esas cuestiones tienen relevancia desde el punto de vista macroeconómico. Se puede obtener más información de las instituciones en cuestión.

tribunales mercantiles o tribunales ordinarios o, en unos pocos casos, tribunales de quiebras. Algunas veces, los jueces tienen conocimientos especializados y son exclusivamente competentes en cuestiones de insolvencia, mientras que en otros casos la insolvencia constituye sólo una de las muchas materias de que conocen los tribunales. En varios ordenamientos jurídicos, instituciones no judiciales o cuasijudiciales desempeñan las funciones que en otros ordenamientos corresponden a los tribunales.

3. Al formular el régimen de la insolvencia puede ser conveniente tener en cuenta en qué medida los tribunales deberán supervisar el procedimiento y si su función puede verse limitada o no respecto de las diferentes fases de éste o puede ser equilibrada por efecto del desempeño de las funciones de otros participantes, como los acreedores o el representante de la insolvencia. Esto cobra especial importancia cuando el régimen de la insolvencia exige que los jueces den una solución rápida a casos de insolvencia difíciles (que a menudo guardan relación con cuestiones mercantiles y empresariales) y cuando la capacidad del poder judicial es limitada, ya sea por causas relacionadas con su estructura, por una carencia general de recursos en el sistema judicial o por la falta de conocimientos y experiencia en los tipos de cuestiones que pueden plantearse en el ámbito de la insolvencia.

4. A fin de reducir las funciones que habrán de desempeñar los tribunales en virtud de un régimen de la insolvencia, pero al mismo tiempo prever los frenos y contrapesos necesarios, el régimen puede asignar funciones específicas a otros participantes, como el representante de la insolvencia y los acreedores, o a cualquier otra autoridad, como, por ejemplo un organismo regulador de las situaciones de insolvencia o de las empresas. Un régimen de la insolvencia puede prever que el representante de la insolvencia, por ejemplo, estará autorizado a adoptar decisiones sobre varias cuestiones, como la verificación y admisión de los créditos, la necesidad de financiación posterior a la apertura del procedimiento, la entrega de bienes gravados sin ningún valor a la masa de la insolvencia, la venta de bienes importantes, el inicio de acciones de impugnación y el régimen aplicable a los contratos, sin que el tribunal tenga que intervenir, salvo en el caso de que surjan diferencias acerca de cualquiera de estos asuntos. La utilización de este enfoque depende de la disponibilidad de un número de profesionales debidamente cualificados que puedan desempeñar las funciones de representantes de la insolvencia. También puede autorizarse a los acreedores a que presten asesoramiento al representante de la insolvencia o a que aprueben determinadas decisiones de éste, como por ejemplo, la venta de bienes importantes o la obtención de financiación posterior a la apertura del procedimiento, sin que el tribunal tenga que intervenir, salvo en el caso de que surjan controversias. El régimen de la insolvencia puede especificar las decisiones que exigirán la aprobación del tribunal, como, por ejemplo, conceder a toda financiación garantizada tras la apertura del procedimiento una prelación superior a la de los derechos de los acreedores garantizados existentes.

5. La capacidad del tribunal para ocuparse de las cuestiones comerciales, a veces complejas, que llevan aparejadas los casos de insolvencia, no consiste únicamente en conocer prácticas jurídicas y comerciales concretas, sino también en que se actualicen periódicamente los conocimientos y la experiencia al respecto. Al abordar la cuestión de la capacidad judicial, el hecho de prestar especial atención a la formación y a la capacitación continua del personal al servicio del tribunal, no sólo de los jueces, sino también de los secretarios y otros funcionarios judiciales, contribuirá a respaldar un régimen de la insolvencia capaz de responder con eficacia y eficiencia a todos los casos de insolvencia que se presenten.

6. Otra consideración relativa a la capacidad del tribunal para supervisar los casos de insolvencia es el equilibrio entre los elementos obligatorios y los discrecionales del régimen de la insolvencia. Aunque los obligatorios, como la apertura automática de un procedimiento o la aplicación automática de la paralización de toda acción judicial, pueden dar al deudor y a los acreedores un alto grado de seguridad y previsibilidad, así como limitar los asuntos que exijan la actuación de los tribunales, también pueden ser causa de rigidez si hay demasiados elementos de esa índole. Un enfoque discrecional permite que el tribunal sopese los hechos y circunstancias, teniendo en cuenta los precedentes, los intereses de la colectividad y los de las personas afectadas por la decisión y por las condiciones del mercado. Con todo, ese enfoque puede también imponer una carga al tribunal cuando carezca de los conocimientos o de la experiencia necesarios para sopesar esas consideraciones, o de los recursos para responder de manera oportuna ante ellos. Cuando el régimen de la insolvencia establezca, por ejemplo, la ratificación por el tribunal de un plan de reorganización, no es conveniente pedir que el tribunal lleve a cabo complejas evaluaciones económicas de la viabilidad o conveniencia del plan, sino más bien que se limite a llevar a cabo el proceso de aprobación y a examinar otras cuestiones específicas y recurrir a acreedores que tengan suficiente idoneidad comercial para adoptar una decisión debidamente fundamentada acerca de la aprobación del plan. Cuando un régimen de la insolvencia prevé que una autoridad facultada para adoptar decisiones, como, por ejemplo, un tribunal, actúe discrecionalmente, es preferible que la ley aporte la orientación adecuada sobre la manera más apropiada de ejercer esa facultad, sobre todo cuando ello afecte a cuestiones económicas o comerciales. Este criterio es coherente con el objetivo general de garantizar la transparencia y previsibilidad de todo procedimiento de insolvencia.

7. La idoneidad de la infraestructura jurídica y, en especial, los recursos de que disponen los tribunales para ocuparse de los casos de insolvencia, pueden tener repercusiones importantes en la eficiencia con la que se resuelvan los casos de insolvencia y en la duración de los procedimientos correspondientes. Esta puede ser una consideración pertinente al decidir si el régimen de la insolvencia debe imponer plazos para la tramitación de ciertas fases del procedimiento. Si la infraestructura judicial no permite atender

oportunamente a las exigencias que se le planteen para garantizar que las partes respeten los plazos y agilizar el procedimiento de insolvencia, un régimen que contenga tales disposiciones no logrará la eficacia y la eficiencia que debería tener. Las normas de procedimiento también tendrán importancia en la tramitación de los casos, de manera que unas normas bien formuladas contribuirán a que los tribunales y los profesionales resuelvan de forma eficaz y ordenada los casos de insolvencia y la situación económica del deudor y minimicen las demoras que pueden tener como consecuencia una reducción del valor de los bienes del deudor, menoscabando las perspectivas de éxito del procedimiento de insolvencia (ya sea de liquidación o de reorganización). Unas normas bien formuladas contribuirán también al logro de cierto grado de previsibilidad y de uniformidad de trato en todos los casos.

8. La aplicación de los regímenes de insolvencia no depende únicamente de los tribunales, sino también de los profesionales que intervienen en el procedimiento, ya sean representantes de la insolvencia, asesores jurídicos, contables, tasadores u otros asesores profesionales. La adopción de pautas de profesionalidad y la formación pueden contribuir al desarrollo de la capacidad institucional. Puede ser conveniente determinar qué funciones en el ámbito de la insolvencia son realmente de carácter público y, por consiguiente, deben ser desempeñadas por el sector público a fin de garantizar el nivel de confianza necesario para que el régimen de la insolvencia sea eficaz, y las funciones cuyo desempeño puede lograrse ofreciendo incentivos adecuados a los participantes del sector privado en el procedimiento de insolvencia, como, por ejemplo, el cometido del representante de la insolvencia.

Segunda parte

Disposiciones fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

1. La segunda parte de la *Guía Legislativa* se centra en el contenido del régimen de la insolvencia y en los elementos básicos que se consideran necesarios para sustanciar los procedimientos de insolvencia con arreglo a dicho régimen de manera eficaz y eficiente. En la medida de lo posible, el orden en que la *Guía* aborda los elementos fundamentales corresponde a la secuencia de las etapas del procedimiento de insolvencia.

2. En el capítulo I se analizan los criterios para la solicitud y la apertura del procedimiento. En el capítulo II se examinan las repercusiones de la apertura del procedimiento de la insolvencia en el deudor y sus bienes, entre las que figuran la constitución de la masa de la insolvencia, la protección y conservación de la masa, la utilización y enajenación de los bienes, la financiación posterior a la apertura del procedimiento, el régimen aplicable a los contratos, la aplicación de las disposiciones en materia de impugnación, los derechos de compensación, los contratos financieros y la compensación global por saldos netos. En el capítulo III se examina el papel del deudor y del representante de la insolvencia en los procedimientos de insolvencia y sus diversas obligaciones y atribuciones, así como los mecanismos para facilitar la participación de los acreedores. Aun cuando las cuestiones relativas a la reorganización se analizan a lo largo de toda la *Guía*, en el capítulo IV se abordan en particular los aspectos relativos a la propuesta y aprobación de un plan de reorganización y al procedimiento agilizado de reorganización. En el capítulo V se abordan los diferentes tipos de créditos y demandas de los acreedores y su tratamiento, así como el establecimiento de un orden de prelación a efectos de la distribución. El capítulo VI se ocupa de las cuestiones relativas a la conclusión del procedimiento de la insolvencia, entre las que cabe mencionar la liberación y el cierre. Las cuestiones relativas a la insolvencia transfronteriza se abordan en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y la Guía para su incorporación al derecho interno (véase el anexo III).

I. Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia

A. Condiciones de admisibilidad y jurisdicción

1. Condiciones de admisibilidad: deudores a los que será aplicable el régimen de la insolvencia

1. Antes de formular un régimen de la insolvencia aplicable a los deudores que realizan actividades económicas[1] (independientemente de si se llevan a cabo con fines de lucro o no), es importante determinar y definir claramente cuáles serán los deudores que estarán sujetos a dicho régimen. Cuando se excluya a un deudor del régimen, ese deudor dejará de gozar del amparo que ofrece y no estará sujeto a su disciplina. Ello justifica que se elabore un régimen de la insolvencia de carácter exhaustivo que prevea un número limitado de excepciones. La elaboración de los criterios de admisibilidad plantea dos problemas básicos. El primero es si se debe distinguir entre los deudores que sean personas físicas y los que constituyan algún tipo de sociedad o empresa de responsabilidad limitada u otro tipo de persona jurídica, lo que suscitará a su vez cuestiones de política general y de política social o de otra índole. El segundo problema radica en la determinación de los posibles tipos de deudores a los que no habría de aplicarse el régimen de la insolvencia.

2. Los Estados suelen definir el ámbito de aplicación de sus regímenes de insolvencia en función de distintos criterios. Algunos aplican sus regímenes a todos los deudores y prevén ciertas excepciones concretas, como las que se analizan más adelante. Otros distinguen entre los deudores que son personas físicas y los que son personas jurídicas, a los que aplican distintos regímenes de la insolvencia. Otro criterio consiste en distinguir entre las personas jurídicas y las personas físicas en función de las actividades económicas (o de consumidores) que lleven a cabo. Algunos de estos regímenes tratan de la insolvencia de los "comerciantes", por lo que se entiende las personas cuya ocupación habitual es la actividad económica, o de las sociedades constituidas conforme al derecho mercantil y de otras entidades que suelen

---

[1] La expresión "actividades económicas" deberá interpretarse en forma lata para que abarque las cuestiones derivadas de todas las relaciones que comporten una actividad económica, sean o no contractuales. Estas relaciones comprenderán, aunque no exclusivamente, las operaciones siguientes: toda operación comercial para el suministro o intercambio de bienes o servicios; acuerdos de distribución; representación o mandato comercial; factoraje; arrendamiento con opción de compra; construcción de obras; consultoría; ingeniería; concesión de licencias; inversiones; financiación; banca; seguros; acuerdos o concesiones de explotación; empresas conjuntas o mixtas y otras formas de cooperación industrial o comercial; y transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea o por carretera.

dedicarse a dicha actividad. En algunos regímenes también se prevén distintos procedimientos en función del grado de endeudamiento, y varios países han elaborado regímenes especiales de la insolvencia aplicables a distintos sectores de la economía, en particular al sector agrícola.

a) Personas físicas que participan en actividades económicas

3. Las políticas aplicables al endeudamiento y la insolvencia de personas físicas a menudo siguen criterios basados en actitudes culturales que no son pertinentes para los deudores dedicados a una actividad económica. Éstas pueden incluir, por ejemplo, actitudes hacia el endeudamiento contraído por una persona; el auxilio otorgable al deudor que no pueda hacer frente a su deuda; la degradación social de la condición del deudor por efecto de la quiebra; la necesidad de orientación y asesoramiento educativo en relación con la deuda personal; y la posibilidad de ofrecer una nueva oportunidad a los deudores mediante una exoneración (liberación del deudor de su responsabilidad respecto de una parte o la totalidad de ciertas deudas tras la clausura del procedimiento; véase el cap. VI, párrs. 1 a 13). En cambio, las políticas aplicables a la insolvencia en el sector mercantil suelen obedecer únicamente a consideraciones económicas y comerciales, tales como la importante función de las empresas en la economía, la necesidad de preservar y fomentar la actividad económica y empresarial y la necesidad de alentar la concesión de préstamos y de proteger a los acreedores.

4. Los intereses de las personas físicas que participan en actividades económicas (entre ellas, las sociedades y los comerciantes individuales) difieren de los de los deudores consumidores, al menos en algunos aspectos de su endeudamiento, pero a menudo es difícil disociar el endeudamiento personal de una persona física de su endeudamiento empresarial a efectos de determinar el régimen de la insolvencia que se aplicará. Pueden idearse diversos criterios para facilitar esa determinación al basarse, por ejemplo, en el tipo de actividad desarrollada, en el nivel de endeudamiento y en la relación entre ese endeudamiento y el tipo de actividad económica. El ejercicio de una actividad económica puede manifestarse por hechos como la inscripción del negocio en un registro de operaciones mercantiles o de otra categoría de operaciones empresariales, el hecho de corresponder a un determinado tipo de persona jurídica conforme al derecho mercantil, la índole de sus actividades habituales y la información sobre el volumen de ventas y sobre el activo y el pasivo.

5. En muchos Estados los deudores con actividad económica que son personas físicas quedan comprendidos en los regímenes de la insolvencia comercial. La experiencia de otros Estados indica que si bien las actividades mercantiles realizadas por personas físicas forman parte de la actividad económica, es preferible que esas actividades se rijan por el régimen de la insolvencia previsto para las personas físicas, ya que en última instancia el propietario de un negocio personal ejercerá su actividad comercial en un marco según el cual será personalmente responsable, sin límite alguno, de las

deudas de su negocio. La insolvencia de los comerciantes como personas físicas plantea asimismo difíciles problemas en materia de exoneración, entre los que figura el plazo que ha de transcurrir antes de que se exonere al deudor y el tipo de obligaciones de las que puede quedar exonerado y las obligaciones exceptuadas. Las deudas que a menudo no pueden exonerarse son asuntos de índole personal relativos, por ejemplo, al arreglo concertado a raíz de una sentencia de divorcio o a la obligación de pagar una pensión alimenticia.

6. Otra consideración es que la inclusión de las personas físicas en el régimen de la insolvencia comercial podría desincentivar en algunos Estados la aplicación del régimen de la insolvencia comercial, habida cuenta de la actitud social negativa que suscita la insolvencia personal, independientemente de su carácter. Convendría tener presentes estas consideraciones al preparar un régimen para la insolvencia empresarial, teniendo en cuenta la manera en que habitualmente se lleva a cabo la actividad económica en un determinado Estado y la existencia y eficacia de los regímenes de la insolvencia aplicables a las personas físicas. Por ejemplo, en muchos Estados la actividad económica está a cargo casi exclusivamente de personas físicas, y excluir a éstas del régimen de la insolvencia supondría limitar de forma significativa su viabilidad y eficacia. En otros, las personas físicas con actividades económicas están sujetas a un régimen de la insolvencia específico y no se les aplica el régimen de la insolvencia comercial.

7. La presente *Guía Legislativa* se centra en la realización de actividades económicas, tanto por personas jurídicas como por personas físicas, prescindiendo del marco jurídico que se escoja para hacerlo, y de que se haga o no con fines de lucro[2]. La *Guía* determina las cuestiones para las que habrá que elaborar otras disposiciones o disposiciones suplementarias, si los deudores que son personas físicas quedan comprendidos en el ámbito del régimen de la insolvencia.

b) Empresas públicas

8. Un régimen de la insolvencia puede ser aplicable a todo tipo de deudores que desarrollen actividades económicas, tanto privados como públicos, particularmente las empresas públicas que compitan en el mercado realizando operaciones económicas o mercantiles concretas y que, por otro lado, tengan los mismos intereses comerciales y económicos que las empresas privadas. No se pretende incluir en esta categoría a los Estados, las administraciones de subdivisiones estatales, los municipios y otros tipos de organizaciones o de autoridades públicas similares, salvo que se trate de empresas públicas que operen como empresas comerciales.

---

[2] La *Guía* comprendería, por ejemplo, las actividades económicas realizadas con fines de beneficencia.

9. El hecho de que una empresa sea de propiedad pública no constituye, de por sí, una base para excluirla del régimen de la insolvencia, aunque algunos países adopten ese criterio. Cuando el Estado cumpla distintas funciones respecto de la empresa, no sólo como propietario sino también como prestamista y principal acreedor, no serán aplicables los incentivos comerciales normales, podrá ser difícil lograr soluciones de avenencia y es obvio que podrán surgir conflictos de intereses. Por consiguiente, la sujeción de las empresas públicas al régimen de la insolvencia ofrece la ventaja de someterlas a la disciplina propia de ese régimen, dando claramente a entender que no gozarán de un apoyo financiero público ilimitado y fijando un procedimiento que puede reducir al mínimo los conflictos de intereses.

10. La política general de someter las empresas públicas a un régimen general de la insolvencia puede requerir excepciones cuando sus compromisos hayan sido explícitamente garantizados por alguna razón de orden público por las autoridades, cuando el régimen de las empresas públicas forme parte de una política macroeconómica especial, por ejemplo, de un programa de privatización general, o cuando la actividad de dichas empresas se lleve a cabo en sectores de importancia decisiva para la economía, como la prestación de servicios esenciales o de servicios públicos (por ejemplo, el abastecimiento de agua y electricidad). En estos casos, puede estar justificada la promulgación de una legislación especial para resolver toda cuestión pertinente que pueda surgir también en materia de insolvencia. La *Guía* no se ocupa de las cuestiones concretas que cabría regular en este tipo de legislación especial.

c) Deudores que requieren un tratamiento diferenciado

11. Si bien puede ser conveniente que la protección y la disciplina de un régimen de la insolvencia beneficien a la más amplia variedad posible de deudores, cabe prever un trato diferenciado para cierto tipo de entidades especializadas, como los bancos y las compañías de seguros, las empresas de servicios públicos y los agentes de valores bursátiles o de productos básicos. Muchos regímenes de la insolvencia prevén excepciones para estos tipos de deudores, lo que se justifica en general por el hecho de que esas empresas están a veces sujetas a algún régimen reglamentario especial al margen de la insolvencia. Para abordar la insolvencia de tales deudores, los regímenes reglamentarios pueden contener disposiciones específicas para el tipo de empresas reguladas, o cabe incorporar reglas especiales al régimen general de la insolvencia. La *Guía Legislativa* no se ocupa en particular de ninguna de las consideraciones especiales que puedan ser aplicables a deudores de esa índole, ni de la insolvencia de consumidores.

2. Jurisdicción

12. Además de reunir los atributos económicos o empresariales requeridos, el deudor deberá tener una vinculación suficiente con el Estado del foro para estar sujeto a su régimen de la insolvencia. En muchos casos no se planteará si corresponde o no aplicar el régimen de la insolvencia porque el deudor será nacional o residente de dicho Estado y ejercerá su actividad económica por medio de una estructura jurídica inscrita o constituida en él. No obstante, cuando hay que determinar si existe o no vinculación entre el deudor y el Estado, los regímenes de la insolvencia prevén como factores de conexión que el deudor tenga el centro de sus principales intereses en el Estado, que tenga su establecimiento en el Estado o que posea bienes en él.

a) Centro de los principales intereses del deudor

13. Aunque en algunos regímenes de la insolvencia se utilizan criterios tales como el establecimiento principal de la empresa deudora, la CNUDMI ha adoptado en la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza el criterio del "centro de los principales intereses" del deudor para determinar el lugar donde tendrá lugar la apertura del "procedimiento principal" contra ese deudor. Ese criterio se utiliza también en el Reglamento Nº 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, del Consejo Europeo (CE) relativo a los procedimientos de insolvencia. La Ley Modelo de la CNUDMI no define este concepto; en el decimotercer párrafo del preámbulo del Reglamento del CE se indica que esa expresión debe entenderse como "el lugar en que el deudor administra ordinariamente sus intereses y que, por lo tanto, los terceros pueden determinar". Otro factor de conexión adecuado sería el enunciado en el párrafo 3 del artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI y en el artículo 3 del Reglamento del CE, conforme al cual se presume que el centro de los principales intereses del deudor es su domicilio social, o su residencia habitual si se trata de una persona física, salvo que se demuestre que el centro de sus principales intereses se encuentra en algún otro lugar. Todo deudor debe quedar sujeto al régimen de la insolvencia del Estado donde tenga el centro de sus principales intereses.

14. Aunque se adopte como criterio el "centro de los principales intereses" del deudor, puede darse el caso de que un deudor que posea bienes situados en dos o más Estados satisfaga los requisitos para quedar sujeto al régimen de la insolvencia de más de un Estado, ya sea porque se apliquen, en esos Estados, diversos criterios para determinar las condiciones de admisibilidad, o porque se apliquen diversas interpretaciones de un mismo criterio, dando lugar, por consiguiente, a que se abra un procedimiento aparte contra ese deudor en cada uno de esos Estados. En tales casos, convendrá disponer de legislación basada en la Ley Modelo de la CNUDMI para resolver los problemas de coordinación y cooperación. En términos de la aplicación de los diferentes criterios, la Ley Modelo se centra en la primacía del centro de los principales intereses y en el procedimiento principal, pero reconoce que

pueden utilizarse otros criterios, como la presencia de bienes, para abrir un procedimiento nacional distinto del principal para atender a la cuestión de los bienes nacionales una vez que se haya reconocido el principal procedimiento extranjero[3].

b) Establecimiento

15. Algunos ordenamientos prevén que un procedimiento de insolvencia podrá iniciarse en todo Estado donde el deudor tenga un establecimiento. En el artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI se define el término "establecimiento" como "todo lugar de operaciones en que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios". El artículo 2 del Reglamento del CE contiene una definición similar que, sin embargo, omite la referencia a "servicios". Básicamente, el establecimiento será un centro de operaciones comerciales del deudor, sin que sea necesariamente el centro de sus principales intereses. Esta definición, al igual que la expresión "centro de principales intereses", es importante para la estructura global de la Ley Modelo de la CNUDMI y su tratamiento de los supuestos de insolvencia transfronteriza como criterio de reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros y la aplicación de limitaciones de las medidas otorgables. En muchos países, los gerentes de un establecimiento que no esté en condiciones de satisfacer el pago de sus deudas tendrán que responder personalmente frente a los acreedores, a menos que soliciten la apertura de un procedimiento de insolvencia. Por ende, la facultad de abrir un procedimiento sobre la base del criterio del establecimiento es un factor importante para el régimen de la insolvencia de un determinado Estado y para el tratamiento de los bienes de un deudor situados en él.

16. El Reglamento del CE prevé análogamente la apertura de un procedimiento de insolvencia denominado "secundario" en un Estado en el que un deudor tenga un establecimiento. Por lo general, la competencia del foro que entienda de ese procedimiento se limitará a los procedimientos de liquidación de los bienes del deudor situados en el territorio de ese Estado. Según la naturaleza del negocio del deudor y de los bienes de que se trate, puede plantearse un número limitado de situaciones en que sea posible abrir un procedimiento de reorganización basándose en el criterio del establecimiento.

c) Presencia de bienes

17. Algunos ordenamientos prevén la apertura de un procedimiento de insolvencia a instancia de un deudor, o contra un deudor, que tenga o haya tenido bienes en el territorio del Estado del foro, sin exigir que el deudor

---

[3] Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 28 (véase el anexo III).

posea en dicho territorio un establecimiento o el centro de sus principales intereses. En la Ley Modelo de la CNUDMI no se prevé el reconocimiento de procedimientos extranjeros iniciados sobre la base del criterio de la presencia de bienes, aunque sí se prevé la apertura de un procedimiento local conforme a dicho criterio en un Estado que reconozca un procedimiento extranjero principal, a fin de ocuparse de los bienes que se encuentren en su territorio[4].

18. Tal vez quepa hacer una distinción entre los procedimientos de liquidación y los de reorganización que se abran con arreglo al criterio de la presencia de bienes; si bien este criterio puede servir de base para abrir un procedimiento de liquidación respecto de determinados bienes situados en un Estado, la mera presencia de esos bienes tal vez no justifique la apertura de un procedimiento de reorganización, en particular cuando el procedimiento abierto en el centro de los principales intereses sea un procedimiento de liquidación o cuando los bienes pertinentes sean limitados. Aunque haya un Estado cuya legislación prevea que la presencia de bienes bastará para abrir un procedimiento de reorganización (y que ese procedimiento podrá abarcar los bienes del deudor dondequiera se encuentren), esta opción es poco frecuente. Cuando en un Estado se abra un procedimiento contra un deudor que sea una empresa multinacional por razón de la presencia de bienes, será necesario, en general, coordinar ese procedimiento con los que se inicien en otros Estados en que el deudor tenga el centro de sus principales intereses y, posiblemente, establecimientos. Por consiguiente, el recurso al criterio de la presencia de bienes en el territorio de un Estado puede suscitar el problema de la pluralidad de foros competentes, incluida la posibilidad de que se inicien múltiples procedimientos, y cuestiones de coordinación y cooperación relacionadas con procedimientos que se abordan en la Ley Modelo de la CNUDMI.

d) Tribunales competentes

19. Una cuestión procesal distinta es la de determinar qué tribunal es competente para abrir un procedimiento de insolvencia y para dirimir las cuestiones que se planteen durante dicho procedimiento. La competencia para abrir un procedimiento de insolvencia y para conocer de todas las cuestiones que puedan surgir en su transcurso puede corresponder a un mismo tribunal de un Estado o a diferentes tribunales, según las cuestiones de que se trate. A fin de aumentar la transparencia del régimen de la insolvencia y de facilitar su aplicación en beneficio de los deudores, acreedores y terceros (especialmente cuando sean extranjeros), habría que establecer con claridad en la ley qué tribunales son competentes y en qué materias lo son. Si bien es posible que en el régimen de la insolvencia no figuren siempre disposiciones que determinen los tribunales que serán competentes para llevar a cabo

[4] Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 28, y *Guía* para su incorporación al derecho interno, párrs. 184 a 187 (véase el anexo III).

procedimientos de insolvencia, sería útil indicar en el régimen de la insolvencia las disposiciones de la legislación ajena a ese régimen que especifique la competencia de los tribunales en esta materia.

Recomendaciones 8 a 13

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre las condiciones de admisibilidad y la jurisdicción tienen por objeto determinar:

a) Los tipos de deudores que están sujetos al régimen de la insolvencia;

b) Los tipos de deudores que pueden ser excluidos de ese régimen;

c) Los deudores que tienen una vinculación suficiente con un Estado para estar sujetos al régimen de la insolvencia; y

d) Los tribunales que serán competentes en materia de apertura y sustanciación de procedimientos de insolvencia.

Contenido de las disposiciones legislativas

Condiciones de admisibilidad (párrs. 1 a 11)

8. El régimen de la insolvencia debería regir los procedimientos de insolvencia contra todos los deudores que participen en actividades económicas, ya sean personas físicas o jurídicas, incluidas las empresas públicas[5], independientemente de que dichas actividades se lleven a cabo con fines lucrativos o no.

9. Las exclusiones de la aplicación del régimen de la insolvencia deben ser limitadas y estar claramente especificadas en el propio régimen[6].

Jurisdicción (párrs. 12 a 18)

10. El régimen de la insolvencia debería especificar qué deudores tienen una vinculación suficiente con el Estado para estar sujetos a sus disposiciones. Si bien los factores de vinculación pueden determinarse de distintas maneras, los criterios para determinar si un deudor puede estar sujeto al régimen han de ser, entre otros[7]:

---

[5] No se pretende que la *Guía* sea aplicable a la insolvencia de los Estados, las subdivisiones de los Estados, los municipios y a otros tipos similares de entidades, a menos que se trate de una "empresa pública".

[6] Las organizaciones altamente reguladas, como los bancos y las compañías de seguros, pueden requerir un tratamiento especial que puede enunciarse apropiadamente en un régimen de la insolvencia separado o en disposiciones especiales del régimen general. Algunas empresas públicas, como las que llevan a cabo su actividad en sectores de importancia clave para la economía, también pueden ser excluidas.

[7] Esta recomendación tiene por finalidad indicar los motivos mínimos y no exclusivos para abrir procedimientos de insolvencia. Otros ordenamientos jurídicos tienen en cuenta, entre otros criterios, la presencia de bienes. Véanse los párrafos 17 y 18 *supra* y la *Guía* para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI (véase el anexo III), párrs. 184 a 187.

Recomendaciones 8 a 13 *(continuación)*

a) El hecho de que el deudor tenga el centro de sus principales intereses en el Estado; o

b) El hecho de que el deudor tenga un establecimiento en el Estado.

11. El régimen de la insolvencia debería establecer la presunción de que, salvo prueba en contrario, el centro de los principales intereses de una persona jurídica está en el Estado en que tiene su domicilio social y el centro de los principales intereses de una persona física está en el Estado en que tiene su residencia habitual.

12. El régimen debería definir el término "establecimiento" en el sentido de "todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios"[8].

Tribunales competentes (párr. 19)

13. El régimen de la insolvencia debería indicar claramente (o remitir a la regla de derecho pertinente que establezca) el tribunal competente para abrir y sustanciar procedimientos de insolvencia, así como para conocer de las cuestiones que se planteen en el transcurso de éstos.

B. Apertura del procedimiento

1. Introducción

20. El criterio que rige la apertura de un procedimiento de insolvencia es esencial para estructurar un régimen de la insolvencia. Como base para iniciar el procedimiento, ese criterio sirve para determinar cuáles son los deudores que estarán sujetos a la disciplina del régimen de la insolvencia y que podrán acogerse a su protección, y quién podrá presentar una solicitud de apertura, ya sea el deudor, los acreedores u otras partes interesadas.

21. Como principio general, es conveniente que el criterio que rige la apertura sea transparente y seguro, facilitando el acceso al procedimiento de insolvencia de manera adecuada, económica y rápida, a fin de alentar a toda empresa insolvente o que se encuentre en dificultades a solicitar voluntariamente la apertura de un procedimiento. También es conveniente que haya flexibilidad a la hora de elegir el tipo de procedimiento de insolvencia (reorganización o liquidación), que se den facilidades para recurrir al procedimiento que mejor corresponda a la situación del deudor, y que se prevea la posibilidad de pasar de un tipo de procedimiento a otro. Toda dificultad de acceso podría disuadir tanto al deudor como a sus acreedores de

[8] Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, párr. f) del artículo 2 (véase el anexo III).

iniciar un procedimiento, al tiempo que los efectos de la demora pueden afectar al valor de los bienes e impedir que prospere el procedimiento de insolvencia, especialmente en caso de reorganización. No obstante, la facilidad de acceso al procedimiento deberá compensarse con ciertas salvaguardias adecuadas para evitar que se abuse de él. Como ejemplos de abusos cabe citar la presentación de una solicitud de apertura por parte de un deudor que no se encuentre en dificultades económicas con el único fin de acogerse a ciertas medidas de amparo previstas por el régimen de la insolvencia, tales como la paralización automática de toda acción judicial, o para evitar o demorar el pago a sus acreedores, así como la solicitud de apertura por parte de acreedores que sean competidores del deudor, con el fin de aprovechar el procedimiento para perturbar el negocio del deudor y obtener así una ventaja competitiva[9].

22. Los ordenamientos difieren en cuanto a los requisitos que deben cumplirse para que pueda abrirse un procedimiento de insolvencia. Algunos ordenamientos prevén criterios distintos para la apertura según si se solicita un procedimiento de liquidación o de reorganización o según si la solicitud es presentada por el deudor o por uno o varios acreedores.

2. Criterios para la apertura del procedimiento

a) Criterio de la liquidez, la corriente de efectivo o el sobreseimiento general en los pagos

23. Un criterio que se utiliza ampliamente para decidir la apertura de un procedimiento de insolvencia es el conocido como el de la liquidez, la corriente de efectivo o el sobreseimiento general en los pagos. Este criterio presupone que el deudor haya cesado en los pagos y que su corriente de efectivo sea insuficiente para atender al pago de sus obligaciones al ritmo al que vayan venciendo en el curso normal de su negocio. La situación de sobreseimiento general en los pagos de un deudor cabe deducirse del impago de alquileres, impuestos, sueldos de los empleados y prestaciones sociales, así como de las cuentas por pagar y otros gastos indispensables de la empresa. Con este criterio, la determinación del sobreseimiento general en los pagos queda en manos de los acreedores. La utilización de este criterio tiene por objeto activar el procedimiento de insolvencia en una fase lo bastante temprana de la crisis financiera del deudor como para minimizar la dispersión eventual de sus bienes y evitar que los acreedores se precipiten a ejecutar los bienes, desmembrando así la empresa en detrimento colectivo de todos sus acreedores. Permitir que la apertura del procedimiento tenga lugar únicamente cuando el deudor pueda demostrar su situación de insolvencia mediante la presentación de su balance (que arroje un pasivo superior a su

---

[9] Se volverá a esta cuestión al estudiar los criterios para desestimar la solicitud de apertura y para sobreseer un procedimiento; véanse los párrs. 61 a 63 y 79 *infra*.

activo, conforme se examinará más adelante), tal vez sólo sirva para demorar lo inevitable y reducir el valor de la suma recuperable.

24. En relación con el criterio de sobreseimiento general en los pagos, conviene examinar si la incapacidad del deudor para pagar sus deudas a su vencimiento es sólo un indicio de dificultades pasajeras de tesorería o de liquidez en un negocio por lo demás viable. En un mercado competitivo como el actual, la competencia puede obligar a que los participantes acepten provisionalmente beneficios cada vez menores o incluso pérdidas temporales para llegar a ser competitivos y para conservar o incrementar su cuota de mercado. Si bien habrá que analizar los hechos en cada caso, es conveniente que el régimen de la insolvencia establezca pautas para que los tribunales puedan determinar si se cumple o no el criterio para la apertura del procedimiento a fin de evitar que se declare prematuramente la insolvencia.

b) Criterio del balance de la empresa

25. En vez del sobreseimiento general en los pagos cabe prever el criterio del balance con un pasivo superior al activo como indicio de dificultades financieras graves. Un inconveniente práctico del criterio del balance de la empresa es que, al basarse en datos proporcionados por el deudor, es muy difícil para las demás partes comprobar el estado financiero real del negocio del deudor hasta que su difícil situación llegue a ser un hecho consumado y a menudo irreversible, por lo que no es un criterio suficientemente plausible para justificar la presentación de solicitudes de apertura por los acreedores. Además, este criterio puede dar una indicación equivocada sobre la situación financiera del deudor, debido a que se centra en la cuestión esencialmente contable del modo de la tasación de los bienes (por ejemplo, determinando el valor resultante de una liquidación a diferencia del valor como negocio en marcha). También plantea interrogantes acerca de la fiabilidad del balance de la empresa deudora y sobre si éste puede considerarse como una indicación real de la solvencia del deudor, en particular si las normas de contabilidad o las técnicas de tasación dan resultados que no reflejan el justo valor de mercado[10] de los bienes del deudor o cuando el mercado financiero no está lo bastante desarrollado ni tiene la suficiente estabilidad para que se pueda

[10] Por justo valor de mercado de la masa patrimonial de una empresa suele entenderse el precio que cabría normalmente obtener en una venta entre un comprador y un vendedor no vinculados entre sí, y en la que ni una ni otra parte se viera obligada, respectivamente, a comprar o a vender. En ausencia de una venta efectiva, dicho valor pudiera resultar especulativo, ya que se basa en supuestos hechos acerca de las condiciones de venta de los bienes negociados. A fin de reducir ese factor especulativo, se han introducido técnicas para determinar un valor aproximado basado en la venta de negocios o bienes similares, o en algún valor múltiplo del potencial de ganancia de una empresa. En los mercados en que ciertos bienes sean difíciles de vender por estar saturado el mercado o por no existir un mercado para ellos, su valor será difícil de determinar.

determinar ese valor. Lo mismo cabría decir, en particular, en el caso de una empresa de servicios que, valorada con arreglo a este criterio, resulte técnicamente insolvente debido a una falta de bienes, pese a ser, en ese momento, un negocio esencialmente viable. También puede darse el caso de que una empresa tenga un balance positivo a pesar de no tener la corriente de efectivo necesaria para mantener sus operaciones.

26. Además, la aplicación de este criterio puede dar lugar a demoras y dificultades de comprobación por exigirse a menudo que un experto examine los libros, cuentas y datos financieros del negocio[11] a fin de determinar el justo valor de mercado de la empresa. Esto será particularmente difícil cuando esos libros no se lleven como es debido o no sean fáciles de consultar. Por todo ello, el criterio del balance da lugar a menudo a que se abra el procedimiento cuando ya no es posible reorganizar la empresa, y puede restar margen al deudor para negociar colectivamente con sus acreedores mientras mantenga el negocio en marcha, con lo cual resultará imposible obtener el máximo valor posible de la masa. Así pues, no conviene recurrir a este criterio como única base de definición de la insolvencia y puede ser aconsejable combinarlo con el criterio del sobreseimiento general en los pagos. Cuando se utiliza de esta forma, el criterio del balance de la empresa puede contribuir a definir la insolvencia centrándose en la cuestión de si los bienes, sin importar cómo se valoren, serán suficientes para pagar las deudas del deudor, incluidas las obligaciones que todavía no hayan vencido.

c) Formulación de los criterios de apertura

27. Los regímenes de la insolvencia utilizan el criterio del sobreseimiento general en los pagos en diversas combinaciones con el del balance financiero de la empresa para determinar las condiciones de apertura de un procedimiento. Algunos regímenes internos aplican sin más el criterio del sobreseimiento general en los pagos, al exigir simplemente que el deudor sea incapaz de cumplir sus obligaciones a su vencimiento. Otros regímenes aplican ese mismo criterio pero con algunos requisitos suplementarios, por

---

[11] El valor en libros de un bien es el señalado para dicho bien a efectos contables. Generalmente se obtiene de su valor original de adquisición, corrigiéndolo con una combinación de índices de depreciación, amortización y revalorización que darán como resultado un valor inferior, ajustado al precio actual en el mercado o, en ocasiones, una revalorización al alza de conformidad con los principios contables. Si bien la Junta de Normas Internacionales de Contabilidad ha formulado normas internacionales de presentación de informes financieros, es importante señalar que no existen directrices contables de aceptación universal que dispongan cómo deben valorarse los bienes a efectos contables. Además, el valor contable de los bienes a efectos de cuentas de administración puede no coincidir con el valor de los mismos bienes declarado en los estados financieros tras la auditoría de final de ejercicio. Así pues, el valor contable de los bienes puede diferir o ser totalmente distinto de la sumas que podrían obtenerse con la liquidación de los bienes para pagar a los acreedores.

ejemplo, que el sobreseimiento en los pagos sea reflejo de dificultades financieras no pasajeras, que la solvencia del deudor haya quedado en entredicho y que sea justo y oportuno proceder a la liquidación de la empresa deudora. Cuantos más requisitos se añadan a los criterios de apertura, más difícil será su cumplimiento, especialmente cuando los requisitos sean de carácter subjetivo. Esto puede dar lugar a la impugnación de las solicitudes de apertura de un procedimiento de insolvencia, causando demoras, inseguridad y gastos. Por el contrario, los criterios relativamente sencillos y claros pueden resultar aplicables a más casos, pero ello puede quedar compensado por el hecho de que esos criterios son más fáciles de aplicar.

28. Otro enfoque consiste en combinar el criterio del sobreseimiento en los pagos con el del balance de la empresa. Cabe citar como ejemplo cuando se exige que el deudor, además de haber cesado en los pagos, se haya endeudado excesivamente; este endeudamiento excesivo se define a veces como la incapacidad de la empresa para pagar sus deudas a su vencimiento debido a que su patrimonio es inferior a sus deudas. Un enfoque en que se combinen los dos criterios puede favorecer la apertura del procedimiento cuando no exista información de que el deudor haya dejado de pagar todas sus deudas y puede ayudar a dilucidar mejor la situación financiera actual y futura del deudor. El criterio del estado financiero o balance de la empresa puede facilitar, por ejemplo, que se tomen en consideración las deudas no vencidas que, de otro modo, no se tendrían en cuenta con arreglo al criterio del sobreseimiento en los pagos, pero que serían muy importantes, por ejemplo, para propiciar el éxito de una reorganización.

29. Un régimen de la insolvencia puede aplicar un único criterio para la insolvencia. Si se opta por el criterio del sobreseimiento en los pagos, se dispondrá de un mecanismo eficiente para iniciar procedimientos de insolvencia; por otra parte, como se ha señalado anteriormente, el criterio del estado financiero o balance de la empresa presenta una serie de inconvenientes y no conviene adoptarlo como criterio único. El régimen puede establecer también una norma que prevea tanto el criterio del sobreseimiento en los pagos como el del estado financiero o balance de la empresa. Cuando se adopte este enfoque, podrá abrirse un procedimiento cuando se cumpla cualquiera de los dos criterios.

i) Insolvencia inminente (falta previsible de liquidez)

30. Algunos regímenes de la insolvencia que sólo adoptan el criterio del sobreseimiento en los pagos también prevén que un deudor podrá solicitar la apertura de un procedimiento si se encuentra en situación de insolvencia inminente o de falta previsible de liquidez, y se vea en la imposibilidad de pagar sus obligaciones futuras cuando venzan. En algunos casos esa situación puede ser de breve duración, pero en otros puede durar mucho más, según la clase de obligaciones que deban cumplirse. Como supuestos determinantes de esa imposibilidad, cabe citar el caso de un deudor que deba efectuar pagos de reembolso de obligaciones a largo plazo y sepa que no podrá cumplirlos, o el

de un deudor contra el que se presente una demanda colectiva de daños y perjuicios y sepa que no podrá oponerse con éxito a ella ni pagar su importe acumulativo.

ii) Tipos de procedimiento que cabe solicitar

31. Una segunda dimensión del criterio de apertura es la referente al tipo de procedimiento que se puede iniciar (véase, en general, el capítulo II de la primera parte). En algunos ordenamientos, el criterio de apertura puede servir para la apertura de procedimientos tanto de reorganización como de liquidación. Cuando un acreedor haya optado por solicitar la liquidación de la empresa, el régimen de la insolvencia faculta a veces al deudor para solicitar que el procedimiento de liquidación pase a ser de reorganización. En otros regímenes que dan primacía a la reorganización, deberá abrirse un procedimiento de reorganización, que, sin embargo, podrá transformarse en liquidación si se demuestra que no es posible la reorganización de la empresa deudora. Conforme a un tercer enfoque, en la solicitud de apertura no se especifica el tipo de procedimiento y no se decide si se seguirá la vía de la reorganización o la de la liquidación hasta después de efectuarse una evaluación de la situación financiera del deudor.

3. Liquidación

a) Personas habilitadas para presentar una solicitud

32. Los regímenes de la insolvencia suelen permitir que la solicitud de apertura de un procedimiento de liquidación sea presentada por el deudor, por uno o más acreedores o por una autoridad pública; también suelen prever la apertura de oficio cuando el deudor incumple algún requisito legal (por ejemplo, el de mantener el activo de la empresa por encima de cierto nivel), en cuyo caso la apertura es automática.

b) Apertura a instancia del deudor

33. Muchos regímenes de la insolvencia adoptan el criterio del sobreseimiento general en los pagos para que el deudor pueda solicitar la apertura de un procedimiento de liquidación. Dado que en la práctica el deudor sólo solicitará la apertura de un procedimiento de liquidación como último recurso, en situaciones de graves dificultades financieras, algunos regímenes permiten que el deudor presente una solicitud motivada por una cesación del pago de sus deudas a su vencimiento, o mediante una simple declaración de su situación financiera en la que notifique que su empresa no puede pagar sus deudas o no tiene la intención de hacerlo (declaración que, en el caso de una persona jurídica, pueden hacer los consejeros u otros miembros de su órgano rector). Existe al menos un régimen de la insolvencia en que el deudor no tiene que hacer ninguna declaración sobre el estado financiero de su empresa. En tal caso, independientemente de la carga de la prueba que se imponga al deudor, el régimen de la insolvencia deberá regular

y distinguir entre, por un lado, las situaciones en que se dé por sentada la aceptación de la declaración financiera del deudor, siempre que no haya objeciones por parte de los acreedores y, por otro, las situaciones en que se haya de interrogar al deudor sobre su situación financiera, debido a que existan dudas al respecto o porque los acreedores hayan formulado objeciones a la apertura del procedimiento.

34. En cierta medida, estos problemas pueden resolverse en el marco de la tramitación de la apertura del procedimiento. Cuando, por ejemplo, se solicite al tribunal que se pronuncie sobre la apertura del procedimiento, el tribunal tendrá la oportunidad de examinar la solicitud y los acreedores podrán formular objeciones durante la vista. Cuando a raíz de la solicitud deba abrirse automáticamente un procedimiento, los acreedores y otras partes interesadas tendrán aún la posibilidad de formular objeciones, si bien después de la apertura del procedimiento (véanse los párrs. 55 a 58, relativos a la decisión de apertura; párrs. 61 a 63, sobre la desestimación de una solicitud de apertura; y párr. 79, sobre el sobreseimiento del procedimiento *infra*). En ambos casos, podrá examinarse todo intento de utilizar indebidamente el procedimiento de la solicitud.

i) Obligación del deudor de pedir la liquidación

35. La posibilidad de que la apertura se efectúe a instancia del deudor suscita la cuestión de si debe o no obligársele a solicitar la apertura de un procedimiento cuando el deterioro de su situación financiera llegue a un determinado punto. No existen pareceres unánimes al respecto. Algunos regímenes de la insolvencia o de gestión empresarial incluyen disposiciones que exigen al deudor presentar una solicitud dentro de un plazo determinado (que puede variar entre 15 y 60 días) a partir del momento en que haya cesado el pago de las deudas a su vencimiento o a partir del momento en que su balance le haya permitido apreciar su estado de sobreendeudamiento. En algunos regímenes se definen los criterios para la determinación del sobreseimiento en los pagos, como, por ejemplo, por referencia a registros bancarios que muestren que el deudor ha dejado de pagar cierto porcentaje de su deuda total durante cierto plazo, por ejemplo, dos meses. En caso de liquidación, la imposición de ese deber servirá de salvaguardia para los créditos de los acreedores al evitar que se dispersen los bienes del deudor y, en caso de reorganización, aumentará las probabilidades de éxito al alentarse la pronta apertura del procedimiento. Esto puede ser importante en países en que los acreedores descuiden su interés en solicitar la liquidación. Ahora bien, a juzgar por la experiencia de algunos países, la imposición al deudor de una obligación de presentar una solicitud tras un cierto número de días o de semanas de su imposibilidad de pagar o de haber dejado de cumplir sus obligaciones puede dar lugar a que algún deudor presente una solicitud sin estar realmente en una situación de insolvencia (y, por lo tanto, sin que exista una necesidad real de una liquidación o reorganización de su empresa). En algunos países, una obligación de esa índole ha recargado la infraestructura

encargada de las causas de insolvencia, cuando ésta no era suficientemente desarrollada como para hacer frente a un gran número de tales solicitudes.

36. La imposición de ese deber al deudor puede además suscitar dificultades prácticas sobre cuándo y cómo debe solicitar la apertura de un procedimiento formal, particularmente cuando toda demora puede hacer incurrir en responsabilidad a ciertos cargos de la empresa deudora, como los miembros de su principal órgano rector o sus directivos. En esos supuestos, el deudor podría renunciar a otras formas de resolver sus dificultades financieras, tales como un acuerdo de reestructuración voluntaria, que en algunos casos[12] tal vez sea una alternativa más adecuada. Además, todo deber de solicitar la apertura sería inoperante si no se previeran ni ejecutaran sanciones por su incumplimiento. Para alentar al deudor a decidirse pronto a solicitar un procedimiento, puede ser más eficaz concederle incentivos (como la paralización eventual de toda medida ejecutoria o judicial en su contra; véase, en general el capítulo II, párrs. 25 a 73), que imponerle sanciones por no cumplir la obligación de solicitar la apertura de un procedimiento.

c) Apertura a instancia de uno o más acreedores

37. En muchos regímenes de la insolvencia se exige, para la apertura de un procedimiento de liquidación de los bienes del deudor a instancia de los acreedores, que el deudor haya cesado los pagos, a menudo con el requisito adicional de que gran parte de la deuda por pagar no sea objeto de controversia ni esté sujeta a compensación alguna. Algunos regímenes exigen además que la deuda haya sido refrendada por una resolución judicial. Si se supedita la apertura a instancia de los acreedores al criterio del sobreseimiento general en los pagos, pueden surgir dificultades en cuanto a las pruebas. Si bien es posible que los distintos acreedores puedan demostrar que el deudor no ha pagado uno o más de sus respectivos créditos, es probable que no les sea tan fácil presentar pruebas del sobreseimiento general en los pagos. Convendría que fuera relativamente sencillo para un acreedor presentar pruebas, concretamente mediante una presunción que demuestre la insolvencia del deudor, sin necesidad de imponer a los acreedores una carga probatoria excesiva. Podría establecerse la presunción de que el deudor no está, en general, en condiciones de pagar sus deudas cuando, por ejemplo, no pague una o más de sus deudas vencidas y cuando la deuda no liquidada no sea litigiosa, es decir, cuando no sea objeto de una controversia lícita ni esté sujeta a compensación. Si el régimen de la insolvencia prevé tal presunción, conviene que se brinde al deudor la oportunidad de rebatir la presunción y que se especifiquen los motivos por los que podrá rebatirse. Entre estos motivos podría figurar la capacidad del deudor para demostrar que sí puede

[12] Esta cuestión se examina con más detalle en el contexto de los procedimientos agilizados de reorganización y de los criterios de apertura pertinente, véase la segunda parte, capítulo IV, párrs. 76 a 90.

pagar sus deudas o que la deuda es objeto de una controversia lícita, o la presentación de otros argumentos que pongan en tela de juicio los elementos en los que se haya basado el acreedor para establecer la presunción. La notificación al deudor de toda solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia por parte del acreedor dará al deudor la oportunidad de impugnar las alegaciones del acreedor respecto de la situación financiera del deudor (véanse también los párrs. 64 a 68 *infra,* relativos a la presentación de notificación).

38. Al tratar de definir un umbral de prueba suficiente para acreditar un sobreseimiento general en los pagos que esté al alcance de los acreedores, tal vez baste, como indicio objetivo del sobreseimiento, probar que el deudor no ha pagado alguna deuda vencida una vez transcurrido un determinado plazo después de una reclamación escrita de pago o una vez transcurrido cierto plazo a partir del vencimiento de la deuda. Varios regímenes aplican este criterio, con un margen de plazos que oscila de unos ocho días a 24 semanas en los casos en que se exija la presentación por el acreedor de una reclamación oficial del pago. Otros regímenes han previsto además que la solicitud pueda ser presentada a raíz de una tentativa frustrada de cobro, exigiendo el transcurso de cierto plazo, tal vez de hasta tres meses, antes de la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento. Cuando haya que fijar plazos en el régimen puede ser conveniente que éstos sean breves, a fin de alcanzar los objetivos primordiales de facilitar el acceso al procedimiento de insolvencia y de preservar el valor de los bienes.

39. Los acreedores cuyos créditos no hayan vencido tienen asimismo un interés legítimo en la apertura de un procedimiento de insolvencia. Esto puede ser particularmente cierto, por ejemplo, en el caso de los titulares de créditos a largo plazo que, cuando el criterio de apertura se basa en el vencimiento previo de la deuda, tal vez nunca adquieran el derecho a solicitar la apertura de un procedimiento, pese a ser ya evidente que el deudor no podrá cumplir la obligación pertinente cuando se aproxima la fecha de vencimiento de la deuda. Una solución podría ser que el régimen de la insolvencia previera que el incumplimiento del pago de una parte de una deuda a largo plazo diera al acreedor afectado el derecho a solicitar la apertura. Ahora bien, si se permite la presentación de una solicitud de apertura en esas circunstancias, se plantearán dificultades a la hora de aportar pruebas, particularmente sobre si el incumplimiento de un solo pago fraccionado puede ilustrar la situación financiera general del deudor. Si el régimen de la insolvencia ofrece a los titulares de créditos no vencidos la posibilidad de presentar una solicitud de apertura, deberá sopesarse la necesidad de exigir una prueba suficiente teniendo en cuenta el objetivo de favorecer la apertura en condiciones convenientes, económicas y de fácil acceso. Estos problemas podrían resolverse adoptando un criterio en el que se combine el del sobreseimiento en los pagos con el del balance de la empresa.

40. Además de los requisitos del sobreseimiento en los pagos, del vencimiento de la deuda y de que el crédito no sea litigioso, en algunos

regímenes de la insolvencia se exigen otros requisitos, como, por ejemplo, que la solicitud sea presentada por más de un acreedor (cuyos créditos no hayan de estar garantizados ni ser controvertidos), y que los acreedores sean titulares de créditos que, además de haber vencido, supongan cierta cuota del endeudamiento total (o que sea presentada por cierto número de acreedores cuyos créditos supongan cierta cuota del valor global del endeudamiento).

41. La razón por la que se acostumbra a exigir esos requisitos suele ser la de minimizar el riesgo de que un único acreedor, particularmente cuando esa deuda sea relativamente pequeña, o un reducido número de acreedores cuyos créditos representen sólo una pequeña parte del pasivo del deudor, traten de utilizar el procedimiento de insolvencia como sucedáneo del mecanismo normal para la ejecución de su deuda. Ahora bien, los argumentos a favor de dicho criterio habrán de sopesarse teniendo en cuenta el objetivo de facilitar un acceso rápido y sencillo al procedimiento de insolvencia. Las preocupaciones por el posible abuso del procedimiento de la insolvencia podrían atenderse exigiendo que el crédito de ese único acreedor sea de cierta magnitud (aun cuando la imposición de un umbral cuantitativo tal vez no sea una solución óptima, dado que las fluctuaciones monetarias pueden obligar a modificar el texto de la ley) o adoptando un procedimiento que exija al deudor que presente al tribunal la información necesaria para determinar si el impago de esa deuda es fruto de una controversia con ese acreedor o si constituye efectivamente un indicio de falta de liquidez de la empresa deudora. Esa preocupación por los posibles abusos de la apertura de un procedimiento también puede afrontarse tratando de evitar que se produzcan tales abusos, y no elaborando un criterio de apertura complejo que pueda perjudicar a todos los deudores legitimados para solicitar la apertura, y tomando disposiciones para abordar determinadas consecuencias, como la desestimación de la solicitud y la indemnización del deudor por todo perjuicio que se le haya causado. Esa indemnización puede referirse no sólo a las costas y los gastos ocasionados al deudor, sino también a toda perturbación que haya sufrido su negocio.

d) Apertura a instancia de una autoridad pública

42. En el supuesto de que una autoridad pública sea un acreedor, deberá tener el mismo derecho que cualquier otro acreedor a iniciar un procedimiento de liquidación. Ese derecho se confiere generalmente a un determinado departamento u organismo gubernamental (habitualmente al ministerio fiscal o su equivalente) o a alguna otra autoridad supervisora, que a efectos de la apertura debe cumplir, en general, los mismos criterios que los demás acreedores.

43. Algunos países prevén, además, que las autoridades públicas o supervisoras podrán hacer uso del régimen de la insolvencia para paralizar la actividad de una empresa en circunstancias en que, aunque dicha autoridad no sea un acreedor, el cierre de la empresa se considere de interés público. En este supuesto, no siempre es preciso demostrar la falta de liquidez de una

empresa para que cierta autoridad pueda poner término a las operaciones de toda empresa que realice actividades generalmente de carácter fraudulento o delictivo o que infrinja gravemente obligaciones reglamentarias o cuando se dé una combinación de tales circunstancias. Dado que esa facultad puede dar pie a abusos cuando el caso no tenga relación con la insolvencia y cuando se definan las razones de interés público con criterios muy amplios, es muy conveniente que las autoridades sólo puedan ejercer esa facultad en circunstancias muy limitadas y únicamente como último recurso cuando no haya otras leyes que permitan resolver el caso. Entre esas circunstancias limitadas cabría prever el recurso a la insolvencia en combinación con otras leyes, como las relativas al blanqueo de dinero o a la reglamentación de los valores bursátiles, cuando no se exija demostrar la insolvencia. También cabría permitir que las autoridades actuaran cuando la insolvencia fuera patente y fuera preciso defender los intereses de un gran número de pequeños acreedores, cuyos créditos no fueran suficientemente cuantiosos para poder solicitar la apertura de un procedimiento, pero que, no obstante, se vieran perjudicados por las actividades del deudor.

44. También pueden requerirse ciertas salvaguardias cuando se utilice el régimen de la insolvencia en esas formas. Por ejemplo, podría requerirse una investigación preliminar de los negocios del deudor; también podrían otorgarse medidas cautelares, como la paralización de ciertas actuaciones y el nombramiento de un representante provisional de la insolvencia, a fin de impedir que se produzcan irregularidades mientras el tribunal decide las medidas que han de adoptarse con respecto a la empresa. Por lo general, las autoridades sólo podrían ejercer esas facultades suplementarias para abrir un procedimiento de liquidación, aun cuando en circunstancias excepcionales fuera posible, con sujeción a ciertas condiciones, pasar de la liquidación a la reorganización. Éstas podrían incluir que la actividad empresarial sea lícita y que la gestión de la empresa deudora sea asumida por un representante de la insolvencia o por alguna entidad pública.

4. Reorganización

a) Partes habilitadas para solicitar la apertura

45. Tratándose de la apertura de un procedimiento de reorganización, los regímenes de la insolvencia prevén soluciones distintas que en el caso de liquidación con respecto de las partes habilitadas para solicitar la apertura. Si bien algún régimen permite la presentación de solicitudes tanto del deudor como de los acreedores, varios regímenes sólo permiten solicitar una reorganización al deudor.

b) Apertura a instancia del deudor

46. Uno de los objetivos del procedimiento de reorganización es instituir un marco que aliente a los deudores a afrontar sus dificultades financieras cuanto antes para permitir que la empresa continúe sus actividades en beneficio tanto del deudor como de los acreedores. De acuerdo con este objetivo, cabe establecer un criterio más flexible que el criterio de apertura para la liquidación, que no exija que el deudor llegue al extremo del sobreseimiento general en los pagos para poder presentar la solicitud, sino que le permita hacerlo cuando se encuentre en dificultades financieras que, de no ser resueltas, pudieran llevarle a la insolvencia. Los criterios para la apertura de un procedimiento de reorganización a instancia del deudor varían de un país a otro. En algunos países no se exige que se cumpla ningún criterio sustantivo específico, sino que el deudor podrá presentar su solicitud cuando lo estime oportuno; sólo se le exige que presente una simple solicitud ante el tribunal competente. Otros ordenamientos, en particular aquellos que adoptan un enfoque unitario (véase la primera parte, cap. I, párrs. 21 a 25), especifican que el deudor puede presentar su solicitud si prevé que, en algún momento futuro, no estará en condiciones de pagar sus deudas cuando venzan (falta de liquidez o insolvencia inminente o previsible). En algunos regímenes de reorganización se exige además que haya indicios de una probabilidad real o razonable de que la empresa del deudor supere la crisis, o de que sea económicamente viable.

47. Cabe señalar que un criterio de apertura menos estricto puede inducir al deudor a abusar del procedimiento de insolvencia. Por ejemplo, podría suceder que un deudor solicitara la apertura de un procedimiento sin estar en dificultades financieras y presentara un plan de reorganización que le permitiera eludir ciertas obligaciones onerosas, como contratos laborales, renegociar su deuda o recurrir a evasivas y privar con ello a sus acreedores del pago puntual y completo de sus deudas. Conviene distinguir entre estas situaciones y aquella en que habría que alentar al deudor a solicitar la apertura de un procedimiento, por ejemplo, cuando, a consecuencia del pago de las deudas vencidas, el deudor experimentara dificultades financieras que pudieran conducir a una situación de insolvencia en el futuro (véase el párr. 30 *supra* sobre la insolvencia inminente), aun cuando el deudor no fuera realmente insolvente en el momento de presentar la solicitud; dicho de otro modo, si existe un motivo financiero que justifique la solicitud. El riesgo de que un deudor abuse así de un procedimiento de reorganización dependerá del criterio exigido para su apertura, de cómo se haya de preparar el plan de reorganización, del control que se le deje al deudor de su negocio tras la apertura del procedimiento y de las sanciones previstas contra todo recurso indebido a este procedimiento. Como ya se ha indicado, puede ser preferible que el régimen de la insolvencia se concentre en evitar que se abuse del procedimiento, en vez de establecer criterios más estrictos para la apertura que puedan perjudicar a quienes cumplan los requisitos para solicitar la apertura. Para evitar que el deudor recurra indebidamente al procedimiento, el

régimen de la insolvencia podría, por ejemplo, disponer que el foro competente esté facultado para desestimar la solicitud presentada y que, en tal caso, el deudor incurra en responsabilidad frente a sus acreedores por los gastos dimanantes del procedimiento y por todo daño ocasionado que sea imputable a la solicitud presentada.

c) Apertura a instancia de los acreedores

48. Aunque el régimen de la insolvencia suele prever que el procedimiento de liquidación podrá ser iniciado tanto por un acreedor como por un deudor, no existe ningún consenso acerca de si un procedimiento de reorganización puede ser también iniciado por un acreedor. Como ya se ha indicado, varios regímenes prevén únicamente su apertura a instancia del deudor. Dado que uno de los objetivos del procedimiento de reorganización es incrementar el valor de los bienes, acrecentando así la suma que pueden percibir los acreedores en concepto de sus créditos, gracias a la reorganización de la empresa deudora con miras a garantizar la marcha ininterrumpida del negocio, es sumamente conveniente que la facultad de solicitar la apertura no sea exclusiva del deudor. La apertura a instancia de los acreedores se justifica también por los posibles casos en que el deudor no desee o no pueda solicitar la apertura debido, por ejemplo, a que los directivos de su empresa han renunciado a sus cargos. Dotar a los acreedores de la facultad de solicitar una reorganización es también un factor determinante a la hora de decidir si se ha de permitirles asimismo proponer un plan de reorganización (véase el cap. IV, párrs. 8 a 14) y puede influir en forma significativa en su apoyo a todo plan que se proponga. En varios países se sigue el criterio de que, dado que en muchos casos los acreedores serán los principales beneficiarios del éxito de una reorganización, debe dárseles la oportunidad de proponer el plan. De seguirse ese criterio, parece razonable permitir que los acreedores presenten una solicitud de apertura de un procedimiento de reorganización.

49. En los regímenes de la insolvencia que permiten a los acreedores solicitar la reorganización de la empresa deudora se prevén diversos criterios para la apertura de un procedimiento. Uno de éstos consiste en exigir el mismo criterio, en particular el de la falta previsible de liquidez, que para una solicitud de reorganización a instancia del deudor. En otros regímenes, en cambio, no se considera justificable usar el mismo criterio, especialmente la inclusión de la falta previsible de liquidez. Ello no se debe solamente a la dificultad que tendrían los acreedores para probar que el deudor cumple el requisito de la falta previsible de liquidez, sino también por estimarse, en general, irrazonable abrir cualquier tipo de procedimiento de insolvencia contra la voluntad del deudor, a menos que los acreedores puedan demostrar que ya se han menoscabado sus derechos.

50. Para abordar los problemas que plantea la apertura de un procedimiento de reorganización a instancia de los acreedores, algunos regímenes exigen a los acreedores que demuestren ciertos factores, además de la insolvencia del deudor. Por ejemplo, deben mostrar que se dispondrá de liquidez suficiente

para mantener la marcha normal del negocio, que se apoyará el procedimiento de reorganización con el valor de los bienes y que la tasa de reembolso de los créditos de los acreedores en la reorganización de la empresa será probablemente mayor que si se recurriera a su liquidación. Uno de los inconvenientes obvios de tal enfoque es que exige que los acreedores presenten su solicitud sin antes haber efectuado una evaluación a fondo del negocio del deudor. Sin embargo, para hacer esa evaluación los acreedores deben obtener información relevante del deudor que sea lo suficientemente fiable para facilitar la evaluación. Para prestar ayuda en esas situaciones, un régimen de la insolvencia puede prever, por ejemplo, que, mediante la presentación de una solicitud por parte de los acreedores, sea una autoridad independiente quien se encargue de evaluar la situación financiera del deudor. De este modo se contribuiría a garantizar que sólo se abrieran procedimientos cuando procediera. Sin embargo, debe procurarse que esos requisitos suplementarios no compliquen el procedimiento de solicitud de tal modo que los acreedores renuncien a proponer una reorganización y propugnen la vía más fácil de la liquidación, o se demore la apertura del procedimiento, lo que haría difícil obtener el máximo valor de los bienes de la empresa y restaría probabilidades de éxito a su reorganización. Asimismo, conviene evitar que los competidores del deudor aprovechen su situación de insolvencia para obtener información comercial delicada o confidencial o para perturbar su negocio imponiendo requisitos injustificables en la evaluación de su situación financiera.

51. En algunos regímenes de la insolvencia se aplica una variante del criterio del sobreseimiento en los pagos, y se exige que la solicitud sea presentada por cierto número de acreedores o por acreedores que sean titulares de créditos ya vencidos de un determinado valor, o ambos requisitos a la vez. En otros ordenamientos se exige que los acreedores depositen, al presentar su solicitud, una fianza o efectúen un pago para cubrir las costas de la apertura del procedimiento[13]. Cabría argumentar que esos requisitos adolecen de los mismos inconvenientes señalados más arriba respecto de los requisitos que exigen que los acreedores demuestren la disponibilidad de medios suficientes para lograr una reorganización satisfactoria.

52. La cuestión de la complejidad o sencillez relativa de los criterios requeridos para la apertura de un procedimiento está estrechamente vinculada a la cuestión de los efectos que ha de tener la apertura de un procedimiento de insolvencia y su sustanciación. Los regímenes de la insolvencia que prevén la paralización automática de todas las actuaciones a raíz de la apertura de un procedimiento dan margen, por ejemplo, para evaluar las posibilidades de proseguir el negocio y de reorganizar la empresa con éxito tras la apertura del

---

[13] Ese pago tal vez deba cubrir asimismo la remuneración del representante de la insolvencia (véase, la segunda parte, cap. III, párr. 58, y también el examen de las costas del procedimiento de insolvencia, párrs. 76 a 78 *infra*).

procedimiento (y, cuando el régimen lo permita, el procedimiento podrá convertirse en un procedimiento de liquidación cuando se estime inadecuada la vía de la reorganización). En otros ordenamientos, esos datos pueden ser necesarios antes de la presentación de la solicitud de apertura, ya que para poder optar por un procedimiento de reorganización deberá ser previsible que dicho procedimiento reportará a los acreedores una tasa de reembolso mayor que la liquidación de la empresa.

53. Por los motivos examinados en párrafos anteriores, tal vez sea oportuno imponer un mismo criterio para la apertura de uno u otro procedimiento a instancia de los acreedores (es decir, el criterio del sobreseimiento general en los pagos). Este criterio se ajustaría tanto a los regímenes que prevén dos tipos de procedimientos como a los que prevén un procedimiento unitario (véase la primera parte, cap. I, párr. 25), ya que así la utilización de un criterio distinto para la apertura no dependerá tanto del tipo de procedimiento que se vaya a abrir como de que el procedimiento se abra a instancia del deudor o a instancia de sus acreedores. La excepción a la regla, de que un mismo criterio sea aplicable a la apertura de uno u otro tipo de procedimiento, se da en aquellos ordenamientos que, por ser favorables a la reorganización, prohíben que tanto el deudor como sus acreedores soliciten la apertura de un procedimiento de liquidación mientras no se haya determinado que la reorganización es imposible. En este caso, el criterio para la apertura de un procedimiento de liquidación no sería el del sobreseimiento general en los pagos, sino la determinación de que la reorganización de la empresa no podrá prosperar.

5. Cuestiones de índole procesal

a) Presentación de la solicitud de apertura de un procedimiento

54. El régimen de la insolvencia deberá especificar los requisitos de carácter procesal para iniciar un procedimiento de insolvencia. A menudo se exige que la solicitud sea presentada ante un determinado tribunal, si bien pueden darse otros supuestos como el de prever que el procedimiento sea abierto mediante una declaración del deudor presentada ante el órgano regulador de empresas o actividades empresariales. El tema de los requisitos de índole procesal suscita la cuestión de la intervención judicial en el procedimiento de insolvencia, que se examina en la primera parte (véase el cap. III, *supra*, párrs. 1 a 8, relativos al marco institucional). La forma de iniciar un procedimiento puede depender, además del régimen de la insolvencia, de otras ramas del derecho, como el derecho constitucional (que puede regular, por ejemplo, las funciones de los tribunales y de los órganos administrativos, así como cuestiones de competencias), el derecho procesal (en particular las normas procesales) o el derecho de sociedades.

b) Decisión de apertura de un procedimiento de insolvencia

55. La primera cuestión consiste en dilucidar cómo se declara abierto un procedimiento una vez presentada la solicitud. En muchos Estados, el foro competente determina, en función de la solicitud presentada, si se dan los requisitos para declarar abierto el procedimiento. En algunos Estados, esa determinación podrá estar a cargo también de un órgano administrativo competente o un tribunal que desempeñe además una función supervisora básica en el curso del procedimiento de insolvencia. Sin embargo, la cuestión esencial no está en saber cuál es el órgano competente para adoptar la decisión de iniciar el procedimiento, sino cómo deberá proceder dicho órgano para aprobar una solicitud y abrir el procedimiento consiguiente.

56. El establecimiento de condiciones sencillas para el acceso al procedimiento de insolvencia no sólo facilitará la evaluación de la solicitud de apertura por el tribunal u otro órgano, al restar complejidad al proceso decisorio y eventualmente al agilizarlo, sino que reducirá asimismo las costas del procedimiento, dándole además mayor transparencia y previsibilidad. También es menos probable que esa mayor facilidad de acceso suponga una carga para los ordenamientos que carezcan de suficiente capacidad institucional o de competencia técnica para llevar a cabo investigaciones complejas que exijan una considerable pericia comercial y empresarial. La cuestión de las costas procesales y de otros gastos relacionados con el acceso al procedimiento de insolvencia son de particular importancia cuando se trata de pequeñas y medianas empresas. Otro factor que conviene señalar con respecto al procedimiento de apertura es la tendencia reciente que existe en algunos regímenes de la insolvencia a reconocer al deudor el derecho fundamental a ser oído por el tribunal o el órgano competente para examinar las solicitudes de apertura de procedimientos, independientemente de que sean presentadas a instancia del deudor o de los acreedores.

57. Al definir los requisitos para la apertura, algunos regímenes de la insolvencia establecen una distinción en función de si la solicitud de apertura es presentada por el deudor o por el acreedor. En algunos regímenes, toda solicitud de apertura presentada por el deudor se equipara a un reconocimiento de su estado de insolvencia, que da lugar automáticamente a la apertura de un procedimiento, salvo que se demuestre que el deudor trata de recurrir indebidamente al régimen de la insolvencia. En cambio, cuando la solicitud es presentada por un acreedor, esos regímenes prevén que el tribunal deberá comprobar si se cumplen los criterios de apertura requeridos antes de declarar abierto el procedimiento. Este requisito tiene principalmente la finalidad de evitar los abusos por parte de los acreedores u otras partes interesadas. El deudor dispondría de diversas opciones: dar su consentimiento a la solicitud, impugnar la reclamación del demandante en lo que respecta a la situación financiera del deudor y solicitar la apertura de un procedimiento de otro tipo (por ejemplo, si el demandante pide la apertura de un procedimiento de liquidación, solicitar la apertura de un procedimiento de reorganización). Asimismo, el deudor puede tener la posibilidad de oponer excepciones de tipo

jurisdiccional o procesal a la solicitud de un acreedor. Conforme a otros ordenamientos, tanto si la solicitud es presentada por el deudor como por los acreedores, el tribunal deberá determinar no sólo si se dan o no las condiciones de acceso al procedimiento, sino también si el tipo de procedimiento solicitado es el más adecuado para las circunstancias particulares del deudor.

58. Cuando la situación que haya que evaluar sea compleja, es posible que transcurra cierto tiempo entre la solicitud y la apertura del procedimiento y durante ese tiempo el deudor siga realizando operaciones e incremente su endeudamiento para preservar su liquidez, y cabe también que el patrimonio del deudor se vea mermado a resultas de actuaciones judiciales emprendidas por los acreedores. Cuando se solicite a un tribunal que evalúe diversas cuestiones previas a la apertura del procedimiento, cabe soslayar esas demoras disponiendo, en primer lugar, que la evaluación se efectúe tras la apertura del procedimiento a fin de que el tribunal sea asistido por el representante de la insolvencia y otros peritos y, en segundo lugar, que el procedimiento de liquidación se pueda transformar ulteriormente en otro de reorganización, o viceversa. De seguirse ese criterio, el régimen de la insolvencia deberá prever normas claras acerca de la aplicación de la paralización (véase el cap. II, párrs. 25 a 73), el orden de prelación de las deudas contraídas (véase el cap. V, párr. 66) y las facultades del deudor para disponer de sus bienes entre la fecha de la solicitud y la de la apertura (véase el cap. II, párrs. 16 y 70 a 73), así como el tratamiento de toda operación no permitida que se efectúe durante el período de evaluación (véase el cap. II, párr. 47).

c) Plazo para adoptar la decisión de apertura del procedimiento

59. Cuando corresponde a un tribunal declarar abierto un procedimiento, es conveniente que el tribunal adopte su decisión con prontitud para dar más seguridad jurídica y previsibilidad al proceso decisorio y para que puedan iniciarse las actuaciones con eficiencia y sin demoras. Esto será de particular importancia en el caso de una reorganización llevada a cabo para evitar que siga disminuyendo el valor de los bienes y para mejorar las posibilidades de lograr una reorganización satisfactoria. Algunos regímenes de la insolvencia prescriben ciertos plazos para decidir la apertura del procedimiento a partir de la fecha de su solicitud. En esos regímenes se distingue con frecuencia entre las solicitudes de apertura presentadas por los deudores y las presentadas por los acreedores. Existe una tendencia a resolver más rápidamente las primeras. Todo plazo adicional previsto para la solicitud presentada por un acreedor tiene por objeto dar margen para que el deudor pueda ser notificado y pueda responder oportunamente a la solicitud.

60. Aun cuando el criterio de fijar plazos obre en aras de los objetivos de lograr más seguridad jurídica y transparencia del procedimiento, tanto para el deudor como para sus acreedores, la consecución de esos objetivos habrá de ser sopesada teniendo en cuenta sus posibles inconvenientes. Por ejemplo, si

se exige un plazo determinado, tal vez no haya suficiente flexibilidad para tener en cuenta las circunstancias del caso. Más en general, esos plazos pueden fijarse sin atender a los recursos de que dispone el órgano encargado de supervisar el procedimiento, ni sus prioridades locales (especialmente cuando dicho órgano haya de ocuparse de otras cuestiones, además de la insolvencia). Tal vez sea también difícil obligar al órgano supervisor a respetar el plazo fijado y prever las consecuencias adecuadas para cuando no se respete. El tiempo previsto entre la presentación de una solicitud y la declaración de apertura también debe estar en función del tipo de procedimiento solicitado, de los trámites a seguir para la solicitud y de las consecuencias de la declaración de apertura en cada régimen. Por ejemplo, la obligación de notificar a los interesados y de reunir información antes de la apertura y los plazos para hacerlo pueden variar de un régimen a otro. Por todo ello, es conveniente que el régimen de la insolvencia adopte un criterio flexible que subraye las ventajas de la rapidez del proceso decisorio, marcando al respecto ciertas pautas razonables, pero que al mismo tiempo reconozca las limitaciones y las prioridades locales.

d) Desestimación de una solicitud de apertura del procedimiento

61. En los párrafos precedentes se mencionan supuestos en los que es conveniente que cuando el tribunal deba resolver sobre una solicitud de apertura de un procedimiento esté facultado para desestimarla, ya sea por haberse recurrido indebidamente al régimen de la insolvencia o por razones técnicas de incumplimiento del criterio de apertura. Los ejemplos mencionados se referían a solicitudes tanto del deudor como del acreedor. Entre los principales motivos para desestimar una solicitud por razones técnicas cabe citar los siguientes supuestos: cuando el deudor no cumpla los criterios de apertura; cuando la deuda impagada sea objeto de una controversia legítima o de una demanda de compensación de igual o mayor importe que el de la deuda; cuando el procedimiento carezca de objeto debido a que, por ejemplo, el valor del crédito garantizado supere al de los bienes; y cuando el deudor carezca de bienes suficientes para sufragar la administración de la insolvencia y el régimen no prevea ninguna otra disposición para sufragar el costo de la administración de esos patrimonios.

62. Como ejemplos de uso indebido cabe citar los casos en que el deudor solicita un procedimiento de insolvencia para evadirse y privar injustificadamente a sus acreedores del pago oportuno de sus créditos o para liberarse de alguna obligación onerosa, como las de los contratos laborales. Cuando la solicitud es presentada por un acreedor, cabe mencionar también los casos en que el acreedor recurre indebidamente a la insolvencia en vez de seguir la vía ejecutoria normal (tal vez demasiado lenta); cuando pretende eliminar alguna empresa competidora del mercado; o cuando intenta obtener algún trato preferente coaccionando al deudor (cuando el deudor haya concedido algún trato preferente y sea insolvente, la investigación sería una función clave del procedimiento de insolvencia).

63. Como ya se ha indicado, de haber indicios de una utilización indebida del procedimiento de insolvencia, ya sea por el deudor o por sus acreedores, el régimen de la insolvencia podrá prever, además de la desestimación de la solicitud de apertura, la imposición de sanciones contra la parte que haya recurrido indebidamente al procedimiento, o disponer que esa parte pague las costas o incluso indemnice a la otra parte por el perjuicio causado. Cabe también regular esos supuestos en otras leyes al margen del régimen de la insolvencia. Cuando se desestime una solicitud, deberá ponerse término a cualesquiera medidas cautelares adoptadas por el tribunal después de la fecha de la solicitud de apertura de un procedimiento (véase el cap. II, párr. 53).

e) Notificación de la solicitud y de la apertura

64. La notificación de una solicitud de apertura de un procedimiento y de la apertura del procedimiento de insolvencia es un factor esencial para el logro de diversos objetivos del régimen de la insolvencia, al salvaguardar la transparencia del procedimiento y al asegurar que se informe debidamente y por igual a todas las partes afectadas: a los acreedores, y otras partes interesadas, en caso de solicitud de apertura a instancia del deudor, y al deudor, y otros acreedores y partes interesadas, en el caso de solicitud de apertura a instancia de sus acreedores.

i) Solicitudes presentadas por el deudor: Notificación de los acreedores

65. En el supuesto de una solicitud de apertura a instancia del deudor, los acreedores y otras partes interesadas tendrán un interés evidente en ser avisados del procedimiento y en que se les dé la oportunidad de impugnar el cumplimiento de los criterios que alegue el deudor para acogerse a ese procedimiento (fijándose eventualmente un plazo para dicha impugnación a fin de no alargar innecesariamente las actuaciones). Cabe preguntarse, no obstante, en qué momento habrá que notificar a los acreedores: al presentarse la solicitud o al declararse abierto el procedimiento. Los acreedores tendrán interés en ser informados de la presentación de la solicitud a fin de poder adoptar una decisión bien fundamentada acerca de la continuación del suministro de bienes y servicios al deudor a fin de evitar la acumulación de deudas adicionales. Toda demora entre la solicitud y la apertura podría entrañar graves consecuencias para los acreedores que continúen su comercio con el deudor por no estar al tanto de sus dificultades financieras. El interés de los acreedores en saber que se ha presentado una solicitud tal vez tenga que sopesarse en determinadas circunstancias, ante la posibilidad de que, si se hace la notificación, pueda perjudicarse innecesariamente a la empresa del deudor si al final se desestima su solicitud, o de que ello impulse a ciertos acreedores a aprovechar la oportunidad para obtener una ejecución rápida de sus créditos. Cabe evitar estos inconvenientes previendo por lo general que únicamente se notifique a los acreedores y otras partes interesadas la apertura

del procedimiento y adoptando un procedimiento de apertura que evite toda demora innecesaria entre la solicitud y la apertura.

66. Otros factores que cabría tomar en consideración son: la conveniencia o no de mencionar expresamente a los acreedores extranjeros en los requisitos de notificación que prevea el régimen de la insolvencia, así como la necesidad de tratar en pie de igualdad a los acreedores nacionales y a los extranjeros y de tener en cuenta la tendencia internacional a evitar toda discriminación basada en la nacionalidad de los acreedores. Los factores que habrá que sopesar al determinar esa cuestión se analizan más adelante cuando se aborda la forma en que debe efectuarse la notificación.

ii) Solicitudes presentadas por los acreedores: Notificación del deudor

67. En el caso de una solicitud de apertura presentada por los acreedores, se reconoce cada vez más que el deudor debería tener el derecho fundamental a ser informado de inmediato de la solicitud de apertura y tener la oportunidad de ser oído y de impugnar las alegaciones de los solicitantes respecto de su situación financiera (véase el cap. III, párrs. 20 y 21). Cuando el deudor haya desaparecido o trate de eludir la notificación personal, podría ser suficiente exigir una notificación pública o podría remitirse la notificación a la última dirección conocida del deudor. No obstante, cabe prever supuestos excepcionales en los que, previa autorización por el tribunal, no se proceda a notificar personalmente al deudor la apertura de un procedimiento por estimarse que esa notificación pudiera frustrar la finalidad de la solicitud presentada. Una de estas situaciones podría darse, por ejemplo, cuando la notificación de la solicitud permitiera al deudor colocar determinados bienes fuera del alcance de los acreedores o del representante de la insolvencia. En sentido opuesto, cabe argumentar que, de no notificarse la apertura al deudor, éste podría continuar actuando en detrimento del valor de sus bienes y reduciendo así el importe que podrían cobrar sus acreedores. Para evitar este problema, sería mejor que, en vez de notificar al deudor la solicitud de apertura, se previera la adopción de medidas cautelares, como la paralización de las acciones judiciales. Sin embargo, cuando el régimen permita que los tribunales consientan en que no se notifique la solicitud de apertura, debería darse aviso al deudor lo antes posible de la apertura del procedimiento. Los acreedores que no sean los que solicitan la apertura del procedimiento pueden tener interés directo en ser notificados de la apertura de ese procedimiento.

iii) Notificación de la declaración de apertura a las partes interesadas que no sean los acreedores

68. Puede haber ciertas partes interesadas, que no sean acreedores, a quienes deba notificarse la apertura de un procedimiento, como por ejemplo, el servicio de correos (especialmente si el régimen prescribe que toda correspondencia destinada al deudor ha de ser entregada al representante de la

insolvencia), las autoridades fiscales, la seguridad social y los órganos reguladores de la actividad empresarial.

iv) Forma de la notificación

69. Además de determinar el momento en que haya de efectuarse la notificación, el régimen de la insolvencia debería tal vez indicar la forma y el contenido de la notificación, a fin de garantizar su eficacia. Al regular la forma en que debe efectuarse la notificación, podría especificarse tanto la parte encargada de hacerla (por ejemplo, el tribunal o la parte que haya presentado la solicitud de apertura) y la manera en que habrá de comunicarse esa información, previendo como métodos primordiales la entrega o la publicación en una forma que se considere generalmente idónea para llegar a conocimiento de las partes interesadas. Por ejemplo, si bien se podrá notificar individualmente a los acreedores conocidos[14], (la eficacia de este método dependerá del estado de los registros de contabilidad del deudor), la necesidad de informar a los acreedores desconocidos ha obligado al legislador a prever requisitos de mayor alcance, como la publicación del aviso en un boletín o gaceta oficial o en algún diario comercial o de amplia difusión. Ese diario podrá ser de ámbito regional, nacional o local (en función de la ubicación de la empresa deudora), según las circunstancias del caso y lo que resulte más económico. Por ejemplo, no siempre será necesaria la publicación en un diario de ámbito nacional, con un costo considerable, si la empresa deudora está ubicada y lleva a cabo sus negocios en el plano local.

70. A fin de evitar que el procedimiento de notificación resulte engorroso y que en cada caso sea necesaria una investigación para determinar el medio más efectivo de practicar la notificación, el requisito de publicación debería enunciarse teniendo en cuenta las formas habituales y previendo cierta flexibilidad en cuanto a las condiciones locales. Entre las opciones para practicar eficazmente la notificación cabe prever diversas formas de comunicación electrónica y la utilización de los registros públicos pertinentes.

v) Contenido de la notificación

71. Los datos que deberán figurar en la notificación pueden incluir el efecto de la apertura del procedimiento (particularmente en lo relativo a la paralización de las actuaciones; véase el cap. II, secc. B); la fecha de presentación de los créditos, y la manera y el lugar en que deban ser presentados; todo requisito formal o trámite a seguir para la presentación de un crédito; información sobre qué créditos deberán ser presentados (es decir,

---

[14] Estas notificaciones individuales se verán facilitadas por la lista de acreedores que habrá de proporcionar el deudor, en cooperación con el representante de la insolvencia (véase el cap. III, párrs. 23 a 27 y 49 a 51, y también el artículo 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI (véase el anexo III)).

si los titulares de créditos garantizados deben presentarlos o no; véase el cap. V, párrs. 2 a 5, y cualesquiera disposiciones especiales aplicables a los deudores extranjeros); las consecuencias que tendría el hecho de no presentar los créditos o de no presentarlos en la forma prescrita; e información relativa a la verificación de los créditos y a la junta de acreedores.

6. Deudores con bienes insuficientes

72. Muchas empresas deudoras que cumplen los criterios requeridos para la apertura de un procedimiento de insolvencia no llegan nunca a ser oficialmente liquidadas, ya sea porque los acreedores son renuentes a abrir un procedimiento cuando la masa insolvente carece de bienes o éstos son insuficientes para financiar la administración de la insolvencia, o porque los deudores que están en esas condiciones rara vez actúan para poner en marcha el procedimiento. Conforme a algunos regímenes de la insolvencia, el tribunal desestimará la solicitud de apertura en esas circunstancias si, tras la valoración oportuna, dictamina que los bienes son insuficientes, mientras que otros prevén un mecanismo para nombrar y remunerar un representante de la insolvencia (véase el cap. III, párrs. 44 a 47). En varios otros regímenes se ha previsto que los acreedores deberán abonar una tasa para la administración de la masa de la insolvencia (véase más adelante lo relativo a las costas judiciales).

73. Cabe alegar diversas razones, particularmente de interés público, para prever algún mecanismo que permita instituir, en virtud de un procedimiento formal, una administración bajo control judicial de una empresa deudora que manifiestamente tenga pocos bienes o carezca de ellos. Un régimen de la insolvencia que no prevea una investigación exploratoria de toda empresa insolvente con bienes insuficientes o desprovista de ellos no contribuirá a que las empresas observen sus deberes de buena gestión y de conducta comercial equitativa. Esa omisión puede dar lugar a que una empresa insolvente retire bienes de ella o los transfiera a otras empresas conexas antes de la liquidación, sin temor a que esas operaciones en fraude de los acreedores sean investigadas o impugnadas conforme al régimen de la insolvencia o ante la jurisdicción civil o penal.

74. En cambio, si el régimen prevé un mecanismo para poner la masa de la insolvencia bajo administración, tal mecanismo contribuirá a superar toda idea de que se toleran esas prácticas abusivas y podrá redundar en beneficio de los acreedores si pueden impugnar las operaciones anteriores a la insolvencia y obtener su anulación. El mecanismo servirá además para investigar las prácticas de gestión de dichos deudores. Por otra parte, puede también alentar la actividad empresarial y la asunción de riesgos económicos en forma responsable mediante el otorgamiento de una exoneración y la posibilidad de permitir un nuevo comienzo a los empresarios y a otras personas que se dediquen a actividades económicas; ya que los aspectos punitivos y disuasorios de los regímenes de la insolvencia serán menos adecuados frente a deudores honrados. Por ejemplo, cuando pueda

desestimarse por algún otro motivo una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, algunos regímenes prevén una excepción en el caso de las personas que carezcan de bienes suficientes para financiar la administración del procedimiento y permiten la investigación de los negocios del deudor a fin de determinar si puede recuperarse algún bien y si debe exonerarse o no al deudor.

75. Entre los mecanismos financieros para administrar esas masas desprovistas de bienes figura, como ya se ha señalado, la imposición de una tasa a los acreedores para sufragar los gastos de administración; el establecimiento de una oficina u órgano público o la utilización de los órganos u oficinas ya existentes; la creación de un fondo para sufragar las costas y otros gastos, o la designación como representante de la insolvencia de un profesional en la materia, nombrado por rotación o con arreglo a una lista. Estos últimos sistemas tienen generalmente por finalidad velar por una distribución ordenada y equitativa de la masa, haya o no bienes suficientes, en todo caso de insolvencia, y el representante de la insolvencia será remunerado directamente por el Estado, con arreglo a una tarifa, o deberá abonar directamente las costas, que posteriormente repercutirán en sus clientes en general (ya que, cuando se trate de un profesional, sus honorarios se podrán ajustar para tener en cuenta toda labor no remunerativa; lo que no se aplicará cuando el representante de la insolvencia sea un funcionario público). Cuando dicho mecanismo esté previsto en el régimen de la insolvencia, deberá también indicarse cuáles son los deudores a los que serán aplicables sus disposiciones, como, por ejemplo, los que dispongan de bienes no gravados de un valor inferior a un nivel establecido (sin incluir los bienes que los deudores que son personas físicas pueden retener; véase el cap. II, párrs. 18 a 21) y no tengan ninguna fuente regular de ingresos que permita que se proceda a la liquidación.

7. Costas del procedimiento de insolvencia

76. Es importante que los procedimientos de insolvencia, además de ser rápidos y eficientes, no sean costosos, pues el factor económico influye en cada una de sus fases. Será, por ello, importante, al formular las disposiciones de un régimen de la insolvencia, evitar que los procedimientos entrañen gastos que constituyan un factor disuasorio para los acreedores a la hora de recurrir al procedimiento, dificultando la apertura y frustrando así el logro de sus objetivos básicos. Esta consideración es particularmente importante en los casos de insolvencia de pequeñas y medianas empresas. Puede también ser particularmente importante cuando el deudor esté fuertemente endeudado y muchos de sus acreedores sean titulares de deudas relativamente pequeñas que no justifiquen las costas de la solicitud de procedimiento, o cuando la masa patrimonial sea pequeña.

77. La presentación de una solicitud de apertura tanto por el deudor como por sus acreedores puede requerir el pago de alguna tasa judicial. El nivel de la tasa aplicable puede determinarse conforme a diversos criterios. Uno de

ellos consistiría en fijar una tasa que pudiera utilizarse para ayudar a sufragar las costas del procedimiento. Ahora bien, una tasa demasiado elevada puede dar lugar a que los acreedores renuncien a recurrir al procedimiento de insolvencia, lo cual iría en contra del objetivo de que el acceso a éste sea a la vez sencillo, rápido y económico. En cambio una tasa demasiado baja no contribuiría a evitar que se presentaran solicitudes insuficientemente motivadas. Conviene, pues, arbitrar una solución intermedia que satisfaga lo mejor posible todos estos objetivos.

78. Algunos regímenes de la insolvencia obligan a los acreedores que soliciten la apertura de un procedimiento a garantizar el pago de las costas procesales hasta una cierta cuantía, y otros les obligan a pagar cierto porcentaje del valor global de los créditos presentados o a abonar una determinada suma como garantía del pago de las costas. En algunos de los regímenes que exigen el depósito de determinadas sumas por concepto de costas, esas sumas pueden ser reembolsadas con cargo a la masa, siempre que haya bienes suficientes; además, eximen a ciertos acreedores, como los empleados de la empresa, de esta obligación de depositar fianza. En otros regímenes se exige, como condición para la apertura del procedimiento, que los bienes no gravados de la masa sean suficientes para sufragar las costas del procedimiento. Cuando la suma disponible es insuficiente, el régimen de la insolvencia suele prever que la solicitud sea desestimada (lo cual puede dar lugar a que quede sin solucionar la situación financiera del deudor) o que sea tratada de conformidad con el régimen previsto para las masas con bienes insuficientes o sin bienes (véase lo dicho al respecto más arriba). Conforme a otro criterio, las costas exigibles se calculan en función de un porcentaje fijo del valor de los bienes de la masa. Esta proporcionalidad implica que, cuando el valor de la masa es muy elevado, las costas que deben abonarse con cargo al patrimonio son considerables, con lo cual tanto los acreedores como el deudor serán más renuentes a la hora de solicitar la apertura de un procedimiento.

8. Sobreseimiento del procedimiento tras la apertura

79. Además de las circunstancias mencionadas en que cabe desestimar una solicitud de apertura de procedimiento (párrs. 61 a 63), también pueden darse casos en los que, una vez iniciado el procedimiento, el régimen de la insolvencia debería permitir su sobreseimiento. La posibilidad de sobreseer será relevante para ese régimen con independencia de que la apertura del procedimiento sea automática a raíz de una solicitud del deudor o de que la decisión de apertura sea adoptada por el tribunal. En cualquiera de esas situaciones, puede ocurrir que se disponga de información pertinente para el sobreseimiento en alguna fase posterior del procedimiento o que cambien las circunstancias. Los motivos de un sobreseimiento serán los mismos que los de una desestimación, es decir, el recurso indebido al régimen de la insolvencia, tanto por el deudor como por sus acreedores, o el hecho de que,

en el momento de la apertura, el deudor no haya cumplido los criterios para abrir un procedimiento.

Recomendaciones 14 a 29

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas a la apertura de un procedimiento de insolvencia tienen por finalidad:

a) Facilitar el acceso del deudor y de sus acreedores a los recursos previstos por la ley;

b) Establecer criterios para la apertura de un procedimiento que sean transparentes y seguros;

c) Abrir vías expeditivas, eficientes y económicas para la presentación y tramitación de las solicitudes de apertura;

d) Enunciar salvaguardias que protejan tanto a los deudores como a los acreedores de todo recurso indebido al procedimiento de solicitud de apertura; y

e) Establecer requisitos que garanticen una notificación eficaz de la apertura de un procedimiento.

Contenido de las disposiciones legislativas

Criterios para la apertura

Personas habilitadas para solicitar la apertura (párrs. 32 a 53)

14. El régimen de la insolvencia debería especificar las partes que estarán habilitadas para presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, entre las cuales deberían figurar el deudor y cualquiera de sus acreedores[15].

Solicitud presentada por el deudor (párrs. 33 a 36 en el caso de liquidación y 45 a 47 en el de reorganización)

15. El régimen de la insolvencia debería especificar que un procedimiento de insolvencia puede abrirse a instancia del deudor, si éste puede demostrar que:

a) No está o no estará, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento; o

b) Sus deudas exceden del valor de sus bienes[16].

---

[15] En la categoría de acreedores entrarán también las autoridades públicas que sean acreedoras del deudor.

[16] La intención de esta recomendación y de la recomendación relativa a las solicitudes presentadas por los acreedores es dar flexibilidad al legislador al elaborar los criterios para la apertura de un procedimiento, previendo uno o dos criterios. Si el régimen adopta un único criterio, éste debería basarse en la incapacidad del deudor para satisfacer sus deudas a su vencimiento (criterio del sobreseimiento general en los pagos) y no en el criterio del balance de la empresa. Si la ley prevé ambos criterios (el del

Recomendaciones 14 a 29 *(continuación)*

Solicitud formulada por un acreedor (párrs. 37 a 41 en el caso de liquidación y 48 a 53 en el de reorganización)

16. El régimen de la insolvencia debería especificar que el procedimiento de insolvencia puede abrirse a instancia de un acreedor siempre que pueda demostrarse que:

a) El deudor no está, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento; o

b) Las deudas del deudor exceden del valor de sus bienes.

Presunción de que el deudor no está en condiciones de pagar sus deudas (párr. 37)

17. El régimen puede disponer que si el deudor no paga una o más de sus deudas vencidas, y si la totalidad de la deuda no es objeto de una controversia lícita ni está sujeta a compensación por un importe igual o superior a la cuantía de la deuda reclamada, se presumirá que, en general, el deudor no está en condiciones de pagar sus deudas[17].

Apertura a instancia del deudor (párr. 65)

18. De ser presentada la solicitud de apertura por el deudor, el régimen de la insolvencia debería especificar que:

a) La solicitud de apertura provocará la apertura automática del procedimiento de insolvencia; o

b) El tribunal debe determinar sin dilación si el caso es de su competencia y si el deudor cumple las condiciones de admisibilidad y se han cumplido los criterios de apertura y, de ser así, abrirá un procedimiento de insolvencia.

---

sobreseimiento en los pagos y el del balance de la empresa), el procedimiento podrá iniciarse si se cumple uno de ellos.

[17] Si el deudor no ha pagado una deuda vencida y el acreedor ha obtenido una resolución judicial contra el deudor respecto de esa deuda, no será necesaria presunción alguna para demostrar que el deudor no está en condiciones de pagar sus deudas. El deudor podrá rebatir dicha presunción demostrando, por ejemplo, que está en condiciones de pagar sus deudas; que la deuda impagada es objeto de una controversia lícita o está sujeta a compensación, o que esa deuda no está vencida. Las recomendaciones en materia de notificación de la apertura amparan al deudor al exigir que se le notifique la solicitud presentada para la apertura de un procedimiento y al darle margen para que pueda rebatir dicha presunción.

Recomendaciones 14 a 29 (*continuación*)

Apertura a instancia de un acreedor (párrs. 57 y 67)

19. De ser presentada la solicitud de apertura por un acreedor, el régimen de la insolvencia debería disponer en general que:

a) Deberá notificarse de inmediato al deudor[18];

b) Deberá darse al deudor la oportunidad de reaccionar ante la solicitud, ya sea impugnándola o accediendo a ella o, cuando se solicite un procedimiento de liquidación, pidiendo la apertura de un procedimiento de reorganización; y

c) El tribunal determinará sin dilación si el caso es de su competencia y si el deudor cumple las condiciones de admisibilidad y se han cumplido los criterios de apertura, y, de ser así, abrirá un procedimiento de insolvencia[19].

Desestimación de una solicitud de apertura de un procedimiento (párrs. 61 a 63)

20. El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando corresponda al tribunal decidir si se ha de abrir el procedimiento, éste podrá desestimar la solicitud de apertura y, en su caso, imponer el pago de costas o sanciones al solicitante si el tribunal dictamina que:

a) No es competente para conocer del asunto, el deudor no cumple las condiciones de admisibilidad o no se han cumplido los criterios de apertura; o

b) La solicitud constituye un recurso indebido al régimen de la insolvencia.

21. Cuando la solicitud de apertura haya sido presentada por un acreedor, el régimen de la insolvencia debería disponer que se notifique sin dilación al deudor la decisión de desestimar la solicitud.

Notificación de la apertura del procedimiento (párrs. 64 a 71)

22. El régimen de la insolvencia debería establecer procedimientos para notificar la apertura de un procedimiento de insolvencia.

---

[18] Si el deudor se encuentra en paradero desconocido y no se puede establecer contacto con él, el régimen general puede prever reglas pertinentes para efectuar la notificación en tales circunstancias.

[19] Para determinar si se han cumplido los criterios de apertura, puede haber que examinar si la deuda es objeto de una controversia lícita o está sujeta a compensación por un importe igual o superior a la cuantía de la deuda. La existencia de esa compensación puede ser un motivo para la desestimación de la solicitud (véanse los párrs. 61 a 63 *supra*).

Recomendaciones 14 a 29 (*continuación*)

Notificación general (párrs. 69 y 70)

23. El régimen de la insolvencia debería especificar que los medios para notificar la apertura de un procedimiento de insolvencia deben ser adecuados[20] para garantizar que la información llegue a conocimiento de las partes interesadas[21]. El régimen de la insolvencia debería especificar la parte que tendría que encargarse de efectuar la notificación.

Notificación de los acreedores (párrs. 65 y 66)

24. El régimen de la insolvencia debería requerir que se notifique la apertura del procedimiento a cada uno de los acreedores, salvo que el tribunal considere que, en las circunstancias del caso, sería más adecuada otra forma de notificación[22].

Contenido de la notificación (párr. 71)

25. El régimen de la insolvencia debería disponer que la notificación de apertura del procedimiento de insolvencia incluyera lo siguiente:

a) Información relativa a la presentación de los créditos, en particular el momento y el lugar en que deban presentarse;

b) El procedimiento a seguir y los requisitos formales para la presentación de créditos;

c) Las consecuencias de que un crédito no sea presentado de conformidad con los párrafos a) y b) *supra*; y

d) Información relativa a la verificación de los créditos, a toda solicitud de paralización y sus efectos, y a las juntas de acreedores.

Deudores con bienes insuficientes (párrs. 72 a 75)

26. El régimen de la insolvencia debería prever el tratamiento de los deudores cuyos bienes y cuyas fuentes de ingresos sean insuficientes para sufragar las costas procesales que se deriven de la administración del procedimiento de insolvencia. A este respecto cabe prever varios criterios, a saber:

a) La desestimación de la solicitud, salvo cuando el deudor sea una persona física que pudiera tener derecho a liberación; o

b) La apertura de un procedimiento, cuando existan distintos mecanismos para nombrar y remunerar al representante de la insolvencia[23].

---

[20] Para determinar lo que es adecuado en un determinado caso se tendrá en cuenta también el nivel de los costos, y el régimen de la insolvencia no debe exigir, por ejemplo, la publicación onerosa de la notificación en un diario de difusión nacional cuando se considere suficiente publicarla en un diario de ámbito local.

[21] Normalmente, la notificación general se efectúa difundiéndola en una publicación como una gaceta o un boletín oficial, en un diario nacional, regional o local, de amplia difusión por medios electrónicos, o a través de los registros públicos pertinentes.

[22] La obligación de elaborar la lista de acreedores a los efectos de notificación se regula en el marco de las obligaciones del representante de la insolvencia y del deudor (véase el cap. III, párrs. 22 a 27 y 49 a 51).

[23] En relación con los mecanismos para el nombramiento, véase el cap. III, párrs. 44 a 47; respecto de la remuneración, cap. III, párrs. 53 a 59.

Recomendaciones 14 a 29 (*continuación*)

Sobreseimiento de un procedimiento de insolvencia después de la apertura (párr. 79).

27. El régimen de la insolvencia debería permitir que el tribunal sobresea un procedimiento si, una vez iniciado éste, el tribunal determina, por ejemplo, que:

a) El procedimiento constituye un recurso indebido al régimen de la insolvencia; o

b) En el momento de la apertura, el deudor no cumplía las condiciones de admisibilidad o no se cumplían los criterios de apertura.

28. El régimen de la insolvencia debería especificar si, cuando se sobresea un procedimiento, el tribunal podrá imponer, en su caso, el pago de costas procesales o sanciones al solicitante de la apertura del procedimiento.

29. El régimen de la insolvencia debería prescribir que se notifique toda decisión de sobreseer un procedimiento.

C. Régimen aplicable a los procedimientos de insolvencia*

1. Introducción

80. Cuando el procedimiento de insolvencia afecta a partes o bienes situados en diferentes Estados pueden surgir cuestiones complejas en cuanto a la legislación que se aplicará a las cuestiones de la validez y eficacia de los derechos sobre esos bienes o de otros créditos; y en cuanto al tratamiento de esos bienes y de los derechos y créditos de las partes extranjeras en el procedimiento de insolvencia. En esos casos, el Estado del foro aplicará normalmente sus normas de derecho internacional privado (o reglas sobre conflictos de leyes) para determinar qué régimen se aplica a la validez y eficacia de un derecho o crédito y a su tratamiento en el procedimiento de insolvencia. En la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase el anexo III) no figuran reglas armonizadas sobre conflictos de leyes para su adopción por los Estados promulgantes, lo que hace que esos asuntos se rijan por las normas y prácticas establecidas. Si bien el procedimiento de insolvencia puede regirse normalmente por la legislación del Estado en el que se inicia (la *lex fori concursus*), muchos Estados han adoptado excepciones a la aplicación de esa legislación, que varían en cuanto a su número y alcance. Esta diversidad de número y alcance de las excepciones puede crear incertidumbre e imprevisibilidad a las partes afectadas por un procedimiento de insolvencia transfronteriza. Al abordar concretamente, y de manera transparente y previsible, las cuestiones del

* La presente sección se preparó en estrecha cooperación con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

derecho aplicable, un régimen de la insolvencia puede aportar seguridad jurídica respecto de los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos y créditos de las partes afectadas por ese procedimiento.

2. Régimen aplicable a la validez y efectividad de derechos y créditos

81. En un entorno exclusivamente nacional, el régimen de la insolvencia no "crea" derechos (personales o reales) o créditos, pero debería respetar los derechos y créditos que se han adquirido frente al deudor conforme a otra legislación aplicable, ya sea de derecho civil, mercantil o público. El régimen de la insolvencia se ocupa de determinar la posición relativa de cada uno de esos derechos y créditos una vez abierto el procedimiento de insolvencia y, cuando corresponda, de fijar las restricciones y modificaciones de las que serán objeto en el procedimiento para cumplir todos los objetivos de éste. Tales limitaciones y restricciones son "efectos de la insolvencia" porque nacen de la apertura del procedimiento de insolvencia contra un deudor.

82. En el caso de la insolvencia transfronteriza, es fundamental distinguir entre la creación de derechos y créditos con arreglo a la legislación que se designe como régimen aplicable (ya sea el derecho interno o el derecho sustantivo extranjero), de conformidad con las reglas sobre conflictos de leyes del foro, y los efectos de la insolvencia sobre esos derechos y créditos. Habida cuenta de que, como ya se señaló, el régimen de la insolvencia no establece derechos o créditos, la cuestión de si se ha creado determinado derecho o crédito, así como el contenido de éste, pertenece al ámbito de las reglas generales sobre conflictos de leyes. Por ejemplo, es normal, según esas reglas, que la legislación que regula el contrato determine la existencia de una reclamación contractual contra el deudor insolvente y el monto de la misma; que la *lex rei sitae* determine si se ha creado una garantía real sobre bienes inmuebles en favor de un acreedor específico, etc. En esta esfera, cada Estado aplicará sus reglas sobre conflictos de leyes, incluidas las convenciones internacionales vigentes. En el caso de un procedimiento de insolvencia, el Estado del foro aplicará normalmente sus reglas sobre conflictos de leyes para determinar la legislación que regirá la validez y eficacia de un derecho o crédito antes de examinar el tratamiento del derecho o crédito en el procedimiento de insolvencia. Es importante subrayar que el hecho de determinar la validez y la eficacia no es una cuestión de insolvencia, sino un asunto de régimen aplicable.

3. Régimen aplicable a los procedimientos de insolvencia: lex fori concursus

83. Una vez establecido que un derecho o crédito es válido y eficaz según el derecho designado como aplicable por las reglas sobre conflicto de leyes del foro, una segunda cuestión es saber qué efecto tiene el procedimiento de insolvencia en ese derecho o crédito, es decir, si se va a reconocer y admitir en el procedimiento de insolvencia y, en caso afirmativo, definir su posición

relativa. Se trata de un asunto de insolvencia. Desde el punto de vista del conflicto de leyes, el problema en esta segunda fase consiste en determinar el régimen aplicable a esos efectos de la insolvencia. Es perfectamente normal que el derecho del Estado en el que se abre el procedimiento de insolvencia, la *lex fori concursus*, rija la apertura, la sustanciación, la administración y la conclusión de ese procedimiento. Esto abarcaría en general, por ejemplo, la determinación de los deudores que pueden ser objeto del régimen de la insolvencia; las partes que pueden solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia y las condiciones de admisibilidad que hay que reunir; los efectos de la apertura, con inclusión del alcance de la paralización; la organización de la administración de la masa; las facultades y funciones de los participantes; las normas sobre la admisibilidad de los créditos; la prioridad y orden de prelación de los créditos; y las normas sobre la distribución. En consecuencia, este régimen regirá por lo general los efectos de la insolvencia sobre los derechos y créditos válidamente adquiridos con arreglo a la legislación extranjera, por ejemplo, si el derecho o crédito, dada su naturaleza y condiciones, es admisible en la situación de insolvencia del deudor y de qué manera será clasificado.

84. Pueden surgir problemas cuando el derecho que rige la prelación de un crédito es diferente del derecho aplicable distinto del régimen de insolvencia que rige el crédito. Las categorías de los privilegios y prioridades que existen y la prelación de los créditos se establecen siempre por la *lex fori concursus*. Normalmente, al establecer esas categorías y la prelación, el régimen de la insolvencia del Estado tiene en cuenta la existencia de esos créditos con arreglo al derecho interno del Estado. Sin embargo, el crédito de un acreedor puede estar constituido conforme a un derecho extranjero. En ese caso, es necesario determinar qué créditos creados en virtud del derecho extranjero pueden considerarse equivalentes a los creados según el derecho interno del país, que confiere determinados privilegios o prioridades. En otras palabras, hay que examinar si el tipo de crédito creado según el derecho extranjero es "equivalente" al tipo de derecho al que la *lex fori concursus* confiere una condición especial en el procedimiento de insolvencia. El criterio que hay que aplicar es si ambos créditos, dado su contenido esencial y su función, se corresponden o no hasta el punto de poder considerarse "funcionalmente intercambiables". Si la respuesta es afirmativa, los créditos deberán considerarse equivalentes y recibir el mismo tratamiento en el procedimiento de insolvencia. Si esa equivalencia no puede establecerse, el crédito se tratará en general como un crédito ordinario.

4. Régimen aplicable a los procedimientos de insolvencia: excepciones a la lex fori concursus

85. Para determinar los efectos de la insolvencia sobre los derechos y créditos válidos y efectivos, algunos regímenes adoptan excepciones a la aplicación de la *lex fori concursus*. La finalidad de la excepción no es cambiar el derecho aplicable a la cuestión de la validez y la fuerza ejecutoria

(que sigue rigiéndose por las reglas generales sobre conflictos de leyes del foro), sino cambiar el régimen aplicable a los efectos de la insolvencia. En lugar de aplicar la *lex fori concursus*, los efectos de la insolvencia pueden regularse, por ejemplo, por el mismo régimen aplicable a la cuestión de la validez y la eficacia. Por ejemplo, los efectos de la insolvencia sobre un derecho a compensación pueden determinarse no sólo por la *lex fori concursus*, sino por el régimen aplicable a los derechos de compensación. Otros ejemplos de excepciones a la aplicación del derecho del foro, adoptados por diferentes regímenes de la insolvencia, se refieren al derecho aplicable a los sistemas de pago, los contratos de trabajo, las disposiciones sobre la anulación y los derechos reales.

a) Sistemas de pago y liquidación y mercados financieros regulados

86. Las excepciones a la aplicación de la *lex fori concursus* responden en general a determinadas consideraciones de política social. Algunas leyes se centran, por ejemplo, en apoyar la seguridad comercial y reducir el riesgo de las partes que realizan operaciones mercantiles. Las partes en una operación definen sus relaciones teniendo en cuenta un entorno jurídico específico, lo cual abarca examinar en qué medida sus derechos estarán protegidos en caso de insolvencia del deudor, que es el riesgo más clásico que corre todo acreedor. La aplicación del régimen con arreglo al cual se creó el derecho o el crédito en cuestión puede ser en general más fácil de entender para el acreedor, más previsible en cuanto a los efectos de la insolvencia y más difícilmente manipulable por el deudor ex-post que la aplicación del derecho correspondiente al centro de los principales intereses o domicilio del deudor. Sobre esa base, puede afirmarse que determinadas circunstancias sería razonable permitir y proteger la decisión de las partes de someterse a la legislación en virtud de la cual se creó el derecho o el crédito. Un ejemplo claro es el de los sistemas de pago o liquidación y los mercados financieros regulados, que, según numerosos regímenes de la insolvencia, requieren una excepción a la aplicación de la *lex fori concursus*. Si se adopta el régimen aplicable al sistema o al mercado regulado, puede evitarse la modificación de los mecanismos de pago y liquidación en caso de insolvencia de un participante, con lo cual se protege la seguridad jurídica y la confianza generales en el sistema o en el mercado y se evitan los riesgos sistémicos.

b) Contratos de trabajo

87. Algunos regímenes adoptan excepciones para conservar determinados derechos e intereses, especialmente protegidos por la legislación del Estado contra las incertidumbres o incoherencias que pueda ocasionar la aplicación de los efectos de la insolvencia de una *lex fori concursus* extranjera. Por ejemplo, en lo que respecta a los contratos de trabajo, pueden preverse salvaguardias especiales (a menudo obligatorias) en la forma de una red de protección financiera para los trabajadores, o restricciones al rechazo o modificación de esos contratos en caso de insolvencia. El fundamento de tales

disposiciones reside en la protección de las expectativas razonables de los empleados respecto de su contrato de empleo, en el reconocimiento de que los trabajadores pueden hallarse en una situación para negociar relativamente más frágil que sus empleadores y en la seguridad de que no va a haber discriminación entre los trabajadores que están sujetos a un mismo ordenamiento jurídico, independientemente de que su empleador sea del país o extranjero. En algunos Estados esa protección sólo surtirá efecto en el caso de contratos de trabajo individuales, mientras que en otros estas disposiciones se aplicarán asimismo a los convenios laborales colectivos.

c) Garantías reales

88. Algunos regímenes de la insolvencia también adoptan el criterio de prever una excepción a la aplicación de la *lex fori concursus* con respecto a las garantías reales. Esta solución significa que la legislación que rige un derecho real determinaría no sólo su creación y validez general sino también su eficacia en caso de un procedimiento de insolvencia. En otras palabras, la situación de la garantía real en un procedimiento de insolvencia abierto en el extranjero no se establecerá por la *lex fori concursus*, sino por el régimen de la insolvencia de la legislación aplicable a la garantía real. La aplicación de la *lex fori concursus*, de lo contrario, podría afectar al marco jurídico de la concesión de préstamos garantizados, introduciendo un factor de inestabilidad que puede aumentar el costo de financiación interno. Si el procedimiento extranjero afecta a las garantías reales locales, el valor de esas garantías puede resultar gravemente mermado. Asimismo, una transferencia del centro de los principales intereses del deudor a un Estado diferente puede provocar un cambio radical en la situación de la parte garantizada. Como se señaló antes, los derechos de compensación también pueden ser objeto de una legislación distinta de la del foro por motivos relacionados con las expectativas de las partes, especialmente si hacen negocios entre sí con regularidad.

d) Disposiciones sobre la impugnación

89. El fundamento para apoyar la seguridad jurídica y reducir el riesgo puede también aplicarse a la puesta en práctica de las disposiciones sobre la impugnación. Numerosos regímenes de la insolvencia estipulan que la legislación que rige la impugnación de operaciones deberá ser la *lex fori concursus*, incluso en los casos en que, según las reglas generales sobre conflictos de leyes del foro, las operaciones que se fueran a anular estuvieran reguladas por el derecho extranjero. Otros regímenes consideran que la legislación que rige la operación rige también las acciones de impugnación relativas a la operación. La política en que se basan estas excepciones a la aplicación de la *lex fori concursus* protege a la otra parte y su decisión de someterse a la ley que rige la operación. Tal criterio puede ofrecer a la otra parte cierto grado de seguridad y previsibilidad, en el sentido de que sus operaciones con el deudor no se verán afectadas posteriormente en un

procedimiento de insolvencia, y podrá ayudar a reducir el costo del crédito y de las operaciones comerciales al disminuir el riesgo de anulación (que puede ser fundamental en el caso de operaciones que se realicen en un sistema de pago o liquidación).

90. En algunos regímenes que tienen en cuenta el derecho que rige las operaciones en lo que respecta a las acciones de impugnación se adopta un criterio que combina la *lex fori concursus* y el régimen que rige la operación de varias maneras. Según un criterio, una operación no será objeto de anulación en caso de insolvencia a menos que sea impugnable con arreglo a la legislación del Estado en el que se abrió el procedimiento de insolvencia y también a la legislación que rige la operación. Un segundo criterio establece que una operación es impugnable si la anulación puede llevarse a cabo ya sea a tenor de la legislación del foro o de la que rige la operación. Un régimen, por ejemplo, establece que la legislación del foro se aplicará a la impugnación, pero admite la aplicación de una legislación diferente cuando ésta es más rigurosa que la del foro y da lugar a la impugnación de una mayor variedad de operaciones.

5. Logro de un equilibrio entre la conveniencia de las excepciones y los objetivos del régimen de la insolvencia

91. Es fundamental que las consideraciones normativas que constituyen la base de una excepción a la aplicación de la *lex fori concursus* tengan en cuenta otras consideraciones que son centrales en los procedimientos de insolvencia, en particular los objetivos de obtener el máximo valor posible de la masa de la insolvencia en beneficio de todos los acreedores, y no sólo de algunos, y de tratar por igual a todos los acreedores que se hallen en una situación similar. La ley del foro se diseñará en apoyo de los objetivos específicos del régimen de la insolvencia en ese Estado y ofrecerá seguridad jurídica al representante de la insolvencia en el desempeño de muchas de sus funciones respecto del procedimiento, como son la anulación de operaciones, el tratamiento de los contratos, el tratamiento de los créditos, etc. Su aplicación al procedimiento de insolvencia puede evitar litigios potencialmente costosos y prolongados para determinar cuestiones del derecho aplicable respecto de los efectos de la insolvencia y la validez y eficacia de los derechos o créditos, habida cuenta de los efectos de la insolvencia previstos en la ley del foro. Así pues, en muchas circunstancias, la aplicación de la *lex fori concursus* para los efectos de la insolvencia puede reducir los costos y las demoras y, por consiguiente, lograr que se obtenga el máximo valor posible de la masa de la insolvencia en beneficio de todos los acreedores. Además, la aplicación de una excepción a la *lex fori concursus* para los efectos de la insolvencia puede dar lugar a un tratamiento distinto de tales efectos en acreedores que se hallan en situación similar, solamente porque sus derechos y créditos se rigen por un régimen diferente. Puede aducirse, por ejemplo, que las reglas del foro en materia de compensación deberían aplicarse a los créditos sobre la base de que, en caso de insolvencia,

los derechos de compensación están estrechamente relacionados con la prueba y cuantificación de los créditos y las políticas que rigen el tratamiento por igual de los acreedores. Habida cuenta de que éstas son cuestiones que están reguladas por la legislación del foro, los derechos de compensación deberían estar regulados de manera análoga.

Recomendaciones 30 a 34

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas al derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia tienen por objeto:

a) Facilitar el comercio reconociendo, en el procedimiento de insolvencia, los derechos y créditos nacidos antes de la apertura del procedimiento y el régimen que se aplicará a la validez y eficacia de esos derechos y créditos; y

b) Establecer el régimen aplicable al procedimiento de insolvencia y las eventuales excepciones a la aplicación de ese régimen.

Contenido de las disposiciones legislativas

Régimen aplicable a la validez y efectividad de los derechos y créditos (párrs. 81 y 82)

30. El régimen aplicable a la validez y efectividad de los derechos y créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia deberá ser establecido por las normas de derecho internacional privado del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia.

Régimen aplicable a los procedimientos de insolvencia: lex fori concursus *(párrs. 83 y 84)*

31. El régimen de la insolvencia del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) deberá aplicarse a todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la conclusión de dicho procedimiento y sus efectos. Entre ellos cabe citar los siguientes:

a) La determinación de los deudores que pueden quedar sujetos a un procedimiento de insolvencia;

b) La definición del momento en que se puede abrir el procedimiento de insolvencia y el tipo de procedimiento que se puede abrir, la parte que puede pedir la apertura del procedimiento, y si los criterios de apertura del procedimiento deben ser diferentes según la parte que la solicite;

c) La constitución y magnitud de la masa de la insolvencia;

d) La protección y conservación de la masa de la insolvencia;

e) La utilización o enajenación de los bienes;

f) La propuesta, la aprobación, la confirmación y la ejecución de un plan de reorganización;

g) La impugnación de ciertas operaciones que podrían ser perjudiciales para determinadas partes;

h) El tratamiento de los contratos;

Recomendaciones 30 a 34 *(continuación)*

i) La compensación;

j) El tratamiento de los acreedores garantizados;

k) Los derechos y obligaciones del deudor;

l) Las obligaciones y funciones del representante de la insolvencia;

m) Las funciones de los acreedores y del comité de acreedores;

n) El tratamiento de los créditos;

o) La clasificación de los créditos;

p) Las costas y los gastos relativos al procedimiento de insolvencia;

q) La distribución del producto;

r) La conclusión del procedimiento; y

s) La exoneración.

Excepciones a la aplicación del régimen del procedimiento de insolvencia (párrs. 85 a 90 y concretamente los párrs. 86 y 87)

32. No obstante lo dispuesto en la recomendación 31, los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos y obligaciones de los participantes en un sistema de pago o liquidación o en un mercado financiero regulado deberían regirse exclusivamente por el régimen aplicable a ese sistema o mercado.

33. No obstante lo previsto en la recomendación 31, los efectos del procedimiento de insolvencia sobre el rechazo, la continuación o la modificación de los contratos de trabajo podrán estar regulados por el régimen aplicable al contrato.

34. Si, además de las recomendaciones 32 y 33, se añadieran nuevas excepciones, su número debería ser limitado y su contenido habría de exponerse o señalarse claramente en el régimen de la insolvencia.

II. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia

A. Bienes que constituyen la masa de la insolvencia

1. Introducción

1. Un rasgo básico del procedimiento de insolvencia es la necesidad de determinar, reunir y preservar los bienes del deudor y finalmente disponer de ellos. Muchos regímenes de la insolvencia someten esos bienes a un régimen especial, a veces denominado masa de la insolvencia, sobre el que el representante de la insolvencia tendrá poderes especificados, sujetos a ciertas excepciones.

2. En la presente *Guía Legislativa* se utilizará el término "masa" en su sentido funcional referido a los bienes del deudor que quedan sometidos al control del representante de la insolvencia y sujetos a lo que se decida en el procedimiento de insolvencia. Cabe señalar ciertas diferencias importantes respecto del concepto de masa de la insolvencia en diversos ordenamientos. En algunos Estados, el régimen de la insolvencia dispone que la titularidad de los bienes pase a un administrador o síndico designado por el tribunal (en general, el representante de la insolvencia). En otros, el deudor conserva la titularidad de sus bienes, pero se limita su facultad para administrar y disponer de ellos. O bien el representante de la insolvencia ejercerá el control total de los bienes, o el deudor podrá solamente disponer de ellos en el curso ordinario de los negocios, en cuyo caso su utilización o disposición con otros fines, como la constitución de garantías reales, requerirá el consentimiento del representante de la insolvencia o, en algunos casos, del tribunal o los acreedores.

3. Independientemente de la tradición jurídica del país, el régimen de la insolvencia deberá especificar claramente cuáles son los bienes que quedarán sujetos al procedimiento de insolvencia y, por lo tanto, englobados en el concepto de la "masa de la insolvencia" que se examina en la *Guía*, e indicar en qué medida los bienes se verán afectados por ese procedimiento, aclarando además los poderes relativos de los diversos participantes. La especificación de los bienes y su tratamiento determinarán el alcance y el curso de las actuaciones y, particularmente si se trata de una reorganización, influirán de modo notable en las probabilidades de éxito del procedimiento. Si en el régimen de la insolvencia se incluyen disposiciones claras y amplias al respecto, se dará transparencia y previsibilidad al procedimiento tanto para los acreedores como para el deudor.

2. Bienes comprendidos en la masa de la insolvencia

a) Definición general de la masa de la insolvencia

4. Cabe prever que la masa estará formada por todos los bienes del deudor, incluidos sus derechos y títulos sobre bienes, dondequiera que se encuentren, sea en el Estado del foro o en uno extranjero, estén o no en posesión del deudor en el momento de abrirse el procedimiento, e incluidos todos los bienes tanto corporales (muebles o inmuebles) como inmateriales. La masa comprenderá los derechos del deudor sobre bienes gravados y sobre bienes que sean propiedad de terceros (en cuyo caso la utilización continua de esos bienes para el patrimonio puede estar sujeta a otras disposiciones del régimen de la insolvencia (véase el cap. II, párrs. 90 y 91)). Por lo general, también formarán parte de la masa los bienes adquiridos por el deudor o por el representante de la insolvencia después de iniciarse el procedimiento de insolvencia (a reserva de ciertas exclusiones aplicables a los deudores que sean personas físicas (véase más adelante)), y los bienes recuperados mediante acciones de impugnación o de otra índole. Algunos bienes podrán venderse o intercambiarse libremente durante el procedimiento de insolvencia, mientras que otros podrán estar sujetos a limitaciones derivadas del derecho contractual o de otras disposiciones legales (por ejemplo, las licencias otorgadas por autoridades públicas que no pueden ser cedidas o las listas de clientes sujetas a restricciones de confidencialidad) o plantear problemas de mediación respecto de otros derechos sobre dichos bienes. A pesar de estas limitaciones, conviene que esos bienes se consideren parte de la masa.

5. Los bienes corporales del deudor deberán ser fáciles de identificar en su balance y en sus libros de contabilidad; entre esos bienes figuran el dinero en efectivo, el equipo, las existencias, las obras en curso de realización, las cuentas bancarias, las cuentas por cobrar y los bienes inmuebles. Los bienes inmateriales tal vez se definan de manera diversa en cada Estado, según el derecho interno, pero pueden incluir los bienes de propiedad intelectual, los títulos bursátiles y los títulos financieros, las pólizas de seguros, los derechos contractuales (incluidos los relativos a los bienes que sean propiedad de terceros) y los derechos a emprender una acción derivados de un daño extracontractual[1]. La inclusión de algunos bienes inmateriales en la masa puede originar conflictos con otras disposiciones legales, como las que restringen la posibilidad de ceder bienes o las leyes de protección de los datos

[1] Cuando el deudor es una persona física, algunos ordenamientos excluyen los daños extracontractuales de carácter personal como la difamación, los perjuicios derivados de la pérdida de crédito o reputación o las lesiones corporales, en que el deudor sigue teniendo personalmente el derecho a demandar y a retener lo obtenido porque, de lo contrario, se reduciría el incentivo para reclamar daños y perjuicios, pero puede no tener el derecho a demandar por las pérdidas de ingresos imputables a esas causas de acción.

personales y confidenciales. Tratándose de personas físicas, su patrimonio puede incluir también los derechos sucesorios sobre los que el deudor posea algún título al abrirse el procedimiento de insolvencia o todo derecho del deudor que nazca durante el procedimiento, así como todo derecho del deudor sobre bienes que sean propiedad conjunta con otra persona, como su cónyuge.

6. Pese a la conveniencia de definir la masa con criterios amplios, la inclusión en ella de determinados bienes puede suscitar controversias. Algunos bienes pueden incluirse en la masa sin problemas, por ejemplo, los bienes pertenecientes al deudor que no estén gravados, los bienes no reclamados por terceros y los bienes recuperados por el representante de la insolvencia, ya sea mediante demandas contra terceros o mediante acciones de impugnación. Otros bienes pueden excluirse de la masa sin dificultades, por ejemplo, los bienes pertenecientes a terceros sobre los que el deudor no tenga ningún derecho y los bienes sobre los que el cónyuge del deudor tenga la titularidad plena. En cambio, los bienes gravados, los bienes de propiedad conjunta, los bienes que se encuentren en el extranjero, algunos bienes inmateriales y los bienes que sean propiedad de terceros y sobre los que el deudor tenga algún derecho pueden plantear problemas difíciles de resolver. Estos bienes se examinan en las siguientes secciones.

b) Bienes gravados

7. Una cuestión que reviste cierta importancia es determinar si el régimen de la insolvencia de un país incluye en la masa de la insolvencia los bienes gravados. En los distintos regímenes de la insolvencia se aplican diversos criterios para regular esos bienes. Muchos ordenamientos disponen que esos bienes forman parte de la masa de la insolvencia, por lo que la apertura del procedimiento les afectará, por ejemplo, limitando la ejecución de los derechos reales de garantía mediante la aplicación de una paralización. La inclusión de los bienes gravados en la masa y la consiguiente limitación del ejercicio de los derechos de los acreedores garantizados al iniciarse el procedimiento pueden contribuir no sólo a dar un trato equitativo a todos los acreedores, sino también, sobre todo, a mantener la viabilidad del procedimiento cuando el bien gravado sea indispensable para la empresa. Por ejemplo, cuando el equipo de fabricación o el edificio arrendado de la fábrica sean elementos indispensables para el funcionamiento de la empresa del deudor, no podrá procederse a la reorganización ni a la venta de la empresa como negocio en marcha si en el procedimiento no se puede contar con el equipo ni con el edificio. El hecho de disponer de todos los bienes del deudor en el momento de la apertura del procedimiento será ventajoso, particularmente si el procedimiento va a ser de reorganización o si se desea vender la empresa, en un procedimiento de liquidación, como negocio en marcha.

8. Cuando se incluyen bienes gravados en la masa de la insolvencia, varios regímenes de la insolvencia prevén cierta protección como, por ejemplo, la relativa al mantenimiento del valor del bien gravado o de la parte garantizada

del crédito de un acreedor y la previsión de determinadas situaciones en que el bien gravado puede separarse de la masa. El régimen de la insolvencia deberá disponer claramente que la inclusión de un bien gravado en la masa de la insolvencia no privará a los acreedores garantizados de sus derechos sobre los bienes gravados, aun cuando ese régimen limite de hecho el ejercicio de tales derechos (por ejemplo, con el aplazamiento resultante de la paralización de las acciones judiciales), y deberá amparar específicamente los derechos de los acreedores garantizados sobre los bienes gravados.

9. Otros regímenes de la insolvencia disponen que los bienes gravados no se verán afectados por el procedimiento de insolvencia, por lo que los acreedores garantizados podrán ejecutar sus derechos legales y contractuales. Reconociendo que hay casos en que los bienes gravados pueden ser cruciales para el procedimiento, algunos regímenes prevén que aun cuando dichos bienes no se vean afectados por la insolvencia, se podrá solicitar al tribunal que impida la ejecución del derecho sobre un bien si éste es necesario para mantener el negocio en funcionamiento. Excluir de la masa los bienes gravados puede tener la ventaja de favorecer por lo general la disponibilidad de crédito, ya que los acreedores garantizados tendrán la seguridad de que sus derechos no se verán afectados negativamente por la apertura de un procedimiento de insolvencia. No obstante, se acepta cada vez más que esta ventaja general para la economía es inferior a la que se obtendría si los bienes gravados se incluyeran en la masa de la insolvencia y si se restringiera del modo indicado el ejercicio de los derechos de los acreedores garantizados.

c) Bienes que sean propiedad de terceros

10. Algunos ordenamientos permiten que los bienes sobre los que un acreedor mantenga la titularidad o la propiedad (por ejemplo, en una reserva de dominio o en un arrendamiento) puedan separarse de la masa disponiendo que el régimen de la insolvencia debe respetar la titularidad del acreedor sobre el bien. En algunos ordenamientos, la separación del bien de la masa puede estar sujeta a las disposiciones del régimen de la insolvencia sobre el tratamiento de los contratos. No obstante, la masa comprenderá, en general, tal como se indica más arriba en la definición general de la masa, cualquier derecho que tenga el deudor sobre los bienes que sean propiedad de terceros. En algunos casos de insolvencia, estos bienes pueden ser indispensables, al igual que los bienes gravados, para mantener el negocio en marcha, tanto en caso de reorganización como en caso de liquidación con venta de la empresa como negocio en marcha. En tales casos, sería ventajoso que el régimen de la insolvencia previera algún mecanismo para retener los bienes propiedad de terceros como parte de la masa de la insolvencia, disponiendo, sin embargo, la protección de los intereses del propietario y su derecho a impugnar ese tratamiento.

11. Si los términos económicos de la operación demuestran que lo que se pretende es financiar la adquisición de un bien, aunque la operación esté estructurada, por ejemplo, como un arrendamiento, algunos regímenes

equiparan ese acuerdo a un préstamo garantizado y el arrendador estará sujeto al mismo tratamiento en la insolvencia que otros acreedores garantizados. La operación se considerará un mecanismo de financiación cuando, al concluir el período de arrendamiento, el deudor pueda quedarse con el bien contra el pago de una suma nominal o cuando el valor restante del bien sea insignificante. El régimen de la insolvencia puede considerar que los derechos del deudor forman parte de la masa y permitir al representante de la insolvencia utilizar el bien si cumple determinadas condiciones descritas más adelante (párrs. 90 y 91).

12. Cuando un tercero impugne el derecho que reclame el deudor sobre determinados bienes, es conveniente que el régimen de la insolvencia prevea la protección cautelar de esos bienes a fin de salvaguardarlos hasta que el tribunal decida a quién corresponde la propiedad. Si decide al final que los bienes no forman parte de la masa, el régimen podrá también regular los daños y perjuicios sufridos por el tercero a causa de la retención de los bienes por el deudor. La cuestión de los daños y perjuicios podrá ser pertinente también cuando un tercero retenga bienes que, según se determine, forman parte de la masa.

d) Bienes extranjeros

13. La cuestión de si los bienes del deudor que se encuentran fuera del país en que tiene lugar el procedimiento formarán parte o no de la masa de la insolvencia plantea problemas de insolvencia transfronteriza. Esta cuestión puede revestir particular importancia en una reorganización, pues la exclusión de los bienes extranjeros podría repercutir notablemente en el éxito del procedimiento. Algunos regímenes de la insolvencia adoptan el criterio de que debe haber un único procedimiento de insolvencia que tenga lugar en el país en que el deudor tenga su administración central o en el país en que su empresa se haya inscrito o constituido (criterio del centro de los intereses principales) y que será aplicable a los bienes del deudor, dondequiera que se encuentren (criterio universal). Este criterio implica que el Estado que lo adopte aceptará la situación inversa cuando en otro Estado se siga el mismo criterio. Otros regímenes de la insolvencia adoptan el criterio en virtud del cual sus disposiciones sólo serán aplicables a la zona geográfica que corresponda a la jurisdicción del Estado que promulgue la legislación (criterio territorial). Este criterio requiere que se abra un procedimiento en cada Estado en que el deudor tenga bienes o diferentes filiales o establecimientos. Conforme a otro criterio, algunos Estados prevén la aplicación universal de sus propias leyes, pero no reconocen la misma universalidad de aplicación a las leyes de otros Estados.

14. La actual diversidad de criterios crea una considerable incertidumbre y supone un obstáculo para la aplicación eficaz de los regímenes nacionales de la insolvencia. No obstante, a medida que disminuyen las diferencias y se observa una mayor convergencia de criterios entre los países, cada vez parece menos justificado el criterio de la territorialidad. Es cada vez más

conveniente que todos los regímenes prevean que la masa de la insolvencia comprenderá todos los bienes del deudor, dondequiera que se encuentren[2]. Ahora bien, dado que previsiblemente las diferencias subsistirán durante algún tiempo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza establece un régimen de cooperación eficaz en casos de insolvencia transfronteriza mediante el reconocimiento de las decisiones extranjeras y el acceso de representantes de la insolvencia extranjeros a procedimientos judiciales nacionales. Este régimen tiene la finalidad de ser compatible con todos los ordenamientos jurídicos y se analiza con más detalle en los documentos incluidos en el anexo III.

e) Bienes recuperados

i) Procedimiento de impugnación

15. La masa de la insolvencia incluirá en general los bienes recuperados, o el valor que se haya obtenido de ellos, mediante un procedimiento de impugnación, cuando la operación relacionada con los bienes haya sido del tipo sujeto a impugnación en virtud del régimen de la insolvencia. Las operaciones de esa índole podrán comprender las que hayan dado lugar a la concesión de un trato preferente a algunos acreedores, hayan sido perjudiciales para la masa o se hayan efectuado con la intención de frustrar los derechos colectivos de los acreedores (véanse los párrs. 170 a 184 *infra*).

ii) Operaciones no autorizadas tras la solicitud y después de la apertura

16. Muchos regímenes de la insolvencia prevén medidas para limitar la forma en que un deudor sujeto a un procedimiento de insolvencia puede negociar sus bienes, gravados o no, sin la autorización del tribunal o del representante de la insolvencia (véanse los párrs. 70 a 73 *infra*). Por lo general, estas restricciones se aplican tras la apertura de procedimientos de insolvencia, pero también pueden ser aplicables tras una solicitud de apertura de procedimiento (en los casos en que la facultad para negociar los bienes del patrimonio se confiera a un representante provisional de la insolvencia). Algunos regímenes declaran nulas e inejecutables respecto del patrimonio las operaciones no autorizadas, y permiten exigir cualquier bien transferido, salvo en algunos casos en que la otra parte aporte una contraprestación o pueda demostrar que la operación no perjudicó los derechos de los acreedores. Otros regímenes llegan al mismo resultado previendo

[2] Véase, por ejemplo, el Reglamento del Consejo Europeo 1346/2000, que se basa en el principio de un procedimiento de ámbito universal, manteniendo al mismo tiempo la posibilidad de abrir un procedimiento secundario cuyos efectos se limiten al territorio del Estado miembro interesado. Existe el reconocimiento automático de las decisiones y las reglas especiales extranjeras para la coordinación entre los liquidadores.

disposiciones de anulación de contratos no autorizados, en función de cómo se calcula el período de sospecha (véase el párr. 188 *infra*).

3. Bienes excluidos de la masa de la insolvencia

a) Exclusiones generales

17. El régimen de la insolvencia puede prever que ciertos bienes quedarán excluidos de la masa de la insolvencia. A este respecto, los regímenes pueden seguir distintos criterios. Entre los bienes excluidos del patrimonio pueden figurar, por ejemplo, ciertos bienes que sean propiedad de terceros y que estén en posesión del deudor en la fecha de apertura del procedimiento, como los bienes en fideicomiso y los bienes sujetos a un acuerdo (contractual o de otra índole) que no prevea la transmisión de la titularidad, sino la utilización de los bienes y su devolución al propietario una vez que se hayan logrado los fines para los cuales estuvieron en posesión del deudor[3]. También pueden incluir los bienes que, en virtud de otras leyes, estén sujetos a reintegración, como los bienes suministrados al deudor antes de la apertura, pero que no se hayan pagado y sean recuperables por el proveedor (a reserva de que se determine su condición de proveedor y de otros requisitos que se prevean).

b) Cuando el deudor sea una persona física

18. Tratándose de personas físicas, el régimen de la insolvencia puede disponer que se excluyan de la masa ciertos bienes correspondientes a ingresos en concepto de servicios personales prestados por el deudor o los fondos recibidos por él para obras públicas tras la solicitud de apertura, los bienes que el deudor necesite para ganar su sustento y los bienes que sean de uso personal o enseres del hogar, como muebles, equipo doméstico, ropa de cama, ropa en general y otros bienes necesarios para satisfacer las necesidades domésticas del deudor y de su familia. Algunos regímenes también excluyen las indemnizaciones por daños extracontractuales de carácter personal, como la difamación, el hecho de desacreditar a una persona o de perjudicar su reputación y las lesiones corporales. El deudor conserva el derecho personal a querellarse y a retener lo cobrado por estimarse que, de no ser así, se mermaría el incentivo para vindicar las injusticias, pero el deudor no tiene derecho a querellarse por el lucro cesante ocasionado por dichos recursos. Por lo general, esas exclusiones no se aplican a los deudores que sean personas jurídicas.

19. Si el régimen de la insolvencia excluye ciertos bienes de la masa de una persona física, esos bienes deberán ser claramente identificados, limitándose el número y el valor de las exclusiones a lo que sea estrictamente necesario para preservar los derechos personales del deudor y permitirle el ejercicio de

---

[3] Un acuerdo de ese tipo puede denominarse fianza o depósito.

su actividad productiva. Al determinar esas exclusiones, habría que tener en cuenta las obligaciones aplicables en materia de derechos humanos, incluidas las obligaciones en virtud de tratados internacionales que se hayan concebido para la protección del deudor y de sus familiares y que pueden afectar a las exclusiones que deban hacerse[4]. Cabe tomar también en consideración los efectos económicos de las exclusiones; en algunos estudios se ha llegado a la conclusión de que si los bienes personales se dejan total o sustancialmente al margen de los procedimientos de insolvencia, puede fomentarse la actividad empresarial y los empresarios pueden estar más dispuestos a correr riesgos.

Propiedad conjunta de bienes

20. Se adoptan distintos criterios para el tratamiento de los bienes personales que sean propiedad conjunta de un deudor que sea una persona física y de su cónyuge. Ese tratamiento puede especificarse en los regímenes de la insolvencia o en otras leyes, como las relativas al régimen económico matrimonial o a la propiedad de bienes. En algunos Estados federales, ello puede plantear problemas de competencia entre el derecho de los diferentes estados y el derecho federal. La relación entre esas otras leyes y el régimen de la insolvencia puede determinar la forma en que se aplicarán ciertas disposiciones del régimen de la insolvencia, como las que rigen las acciones de impugnación.

21. Uno de los criterios para el tratamiento de los bienes de propiedad conjunta consiste en excluirlos por completo de la masa. Otro criterio consiste en que cuando se abra un procedimiento para reclamar los bienes de un cónyuge, la parte de los bienes conjuntos que pertenezca a ese cónyuge se considere parte de esa masa si, en virtud de otras disposiciones legales al margen del régimen de la insolvencia, los bienes pueden dividirse a efectos de ejecución (en cuyo caso la división de los bienes se realizará al margen del régimen de la insolvencia y del procedimiento). Por lo tanto, el criterio elegido puede depender de esa otra legislación y de factores como la facilidad con que puedan dividirse los bienes (véase el párr. 87 *infra*).

4. Fecha de constitución de la masa de la insolvencia y reintegración de los bienes

22. A fin de dar seguridad al deudor y a los acreedores, el régimen de la insolvencia deberá especificar la fecha a partir de la cual se constituirá la masa de la insolvencia. Algunos regímenes prevén que sea la fecha efectiva de la apertura del procedimiento, mientras que otros fijan como referencia la fecha de la solicitud de apertura o la de un acto de insolvencia en el que se base la solicitud. La importancia de la diferencia entre esas dos fechas radica en el tratamiento (y sobre todo en la protección) de los bienes del deudor

[4] En Europa, por ejemplo, es pertinente el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.

durante el período que medie entre la solicitud y la apertura. Por esta razón, algunos regímenes adoptan como criterio para la constitución del patrimonio la fecha de la solicitud. En cambio, otros regímenes prefieren, por motivos de claridad y seguridad, la fecha de la apertura, pero prevén disposiciones de salvaguardia que limitan la facultad del deudor para disponer de los bienes durante el período posterior a la presentación de una solicitud. El representante de la insolvencia puede reclamar los bienes de los que se haya dispuesto durante ese período. Otra consideración pertinente en lo relativo a la protección de los bienes entre la solicitud y la apertura es la pertinencia de las disposiciones que rigen la impugnación y la fecha a partir de la cual se calcula el período de sospecha (véase el párr. 188 *infra*).

23. Sea cual sea la fecha elegida para la constitución de la masa, cabe prever que ésta incluirá los bienes del deudor en esa fecha y los adquiridos por el representante de la insolvencia o por el deudor con posterioridad a ella, ya sea en el ejercicio de sus poderes para anular ciertos actos o en el curso normal de la explotación del negocio del deudor[5].

24. Una vez que se haya determinado qué bienes forman parte de la masa de la insolvencia, es preciso reunirlos. Con este fin, el régimen de la insolvencia puede prever la facultad del representante de la insolvencia para hacerse con el control de los bienes que, conforme a dicho régimen, formarán parte de la masa, así como la obligación del deudor y de otras partes pertinentes de colaborar con el representante de la insolvencia y de prestarle asistencia para lograr el control de dichos bienes. Cuando los bienes se encuentren en otro país, deberán adoptarse medidas suplementarias, como las enunciadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase el anexo III).

Recomendaciones 35 a 38

Finalidad de las disposiciones legislativas

La finalidad de las disposiciones relativas a la masa de la insolvencia es:

a) Determinar los bienes que formarán parte de la masa de la insolvencia, incluidos los derechos del deudor sobre bienes gravados y sobre bienes que sean propiedad de terceros; y

b) Determinar los bienes, en su caso, que quedarán excluidos de la masa.

[5] Salvo los bienes excluidos de la masa en el caso de los deudores que sean personas físicas (cuestión examinada en los párrs. 18 a 21 *supra*).

Recomendaciones 35 a 38 (*continuación*)

Contenido de las disposiciones legislativas

Bienes que constituyen la masa de la insolvencia (párrs. 1 a 16)

35. El régimen de la insolvencia debería especificar que la masa de la insolvencia estará integrada por:

a) Los bienes del deudor[6], incluidos los derechos que pueda tener el deudor sobre bienes gravados y sobre bienes que sean propiedad de terceros;

b) Los bienes adquiridos después de la apertura del procedimiento de insolvencia; y

c) Los bienes recuperados mediante acciones de impugnación y de otra índole.

36. En el caso de un procedimiento de insolvencia iniciado en el Estado en el que el deudor tenga el centro de sus intereses principales, el régimen de la insolvencia debería especificar que la masa incluirá todos los bienes del deudor, dondequiera que se encuentren[7].

Fecha de la constitución de la masa de la insolvencia (párrs. 22 a 24)

37. El régimen de la insolvencia debería especificar la fecha a partir de la cual se constituirá la masa, ya sea la fecha de la presentación de la solicitud de apertura o la fecha efectiva de la apertura del procedimiento de insolvencia.

Bienes excluidos de la masa de la insolvencia cuando el deudor sea una persona física[8] *(párrs. 18 a 21)*

38. El régimen de la insolvencia debería especificar los bienes que, en su caso, quedarán excluidos de la masa de la insolvencia cuando el deudor sea una persona física.

B. Protección y conservación de la masa de la insolvencia

1. Introducción

25. Los objetivos esenciales de un régimen eficaz de la insolvencia son la protección del valor de la masa de la insolvencia para que no disminuya como consecuencia de cualquier acto o actuación judicial de las diversas partes en el procedimiento de la insolvencia y facilitar la administración de éste de

---

[6] La propiedad de los bienes se determinará con arreglo al derecho pertinente aplicable, en el que el término bienes se defina en forma lata para que incluya propiedades, derechos y créditos del deudor, incluidos sus derechos y créditos sobre los bienes que sean propiedad de terceros.

[7] Cuando el régimen de la insolvencia adopte un enfoque universal, tal como se recomienda aquí, el régimen debería regular también la cuestión del reconocimiento de los procedimientos extranjeros; véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (anexo III).

[8] En general no se prevén exclusiones para los deudores que sean personas jurídicas. Sobre los tipos de bienes que pueden quedar excluidos cuando el deudor sea una persona física; véanse los párrs. 18 a 21 *supra*.

manera equitativa y ordenada. Las partes frente a las que deberá ampararse la masa son sobre todo el deudor y sus acreedores.

2. Protección de la masa mediante una paralización

26. Con respecto a los acreedores, uno de los principios fundamentales que se ha de observar en el régimen de la insolvencia es la índole colectiva del procedimiento, que exige el amparo de los intereses de todos los acreedores frente a toda actuación por separado de alguno de ellos. Muchos regímenes de la insolvencia han previsto un mecanismo que no sólo impide que los acreedores puedan interponer demandas para obtener la ejecución de sus derechos mediante recursos legales durante la totalidad o alguna fase del procedimiento de liquidación o reorganización, sino que también paraliza las acciones contra el deudor que ya estén en curso. Este mecanismo suele recibir diversos nombres, entre ellos, moratoria, suspensión o paralización, según cuáles sean sus efectos. Para los fines de la presente *Guía Legislativa* se utilizará el término "paralización" en sentido lato como referido tanto a la suspensión de las acciones en curso como a la moratoria impuesta al ejercicio de nuevas acciones.

i) Liquidación

27. Como principio general, en los supuestos de liquidación la venta total o parcial de los bienes es prioritaria a fin de poder satisfacer lo más rápidamente posible los créditos de los acreedores con la conversión de los bienes en efectivo. Para ello es primordial obtener el mayor valor posible de los bienes. La paralización de toda acción legal puede garantizar una administración ordenada y equitativa del procedimiento de liquidación, dando al representante de la insolvencia tiempo suficiente para evitar una venta forzosa que reste valor a los bienes de la masa que vayan a ser liquidados y dándole asimismo margen para ver si cabe vender la empresa como negocio en marcha en los casos en que el valor colectivo de los bienes pueda ser mayor que si los bienes se vendieran por separado. La paralización de las acciones permite también al representante de la insolvencia examinar la situación del deudor, incluidas las acciones ya pendientes, y le da tiempo para estudiar a fondo todas las acciones, con lo cual aumenta la posibilidad de lograr un resultado que no perjudique a los intereses del deudor y de los acreedores. Lo más difícil de compaginar en los procedimientos de liquidación son los intereses encontrados de los acreedores garantizados, que suelen tener una garantía real sobre algunos de los bienes más importantes de la empresa y desean ejecutarla, y los de los acreedores no garantizados, que pueden beneficiarse de la retención de ese bien para facilitar la venta de la empresa como negocio en marcha.

ii) Reorganización

28. En los procedimientos de reorganización, la paralización de las acciones judiciales facilita el mantenimiento del negocio en marcha y da al deudor

margen y tiempo para organizar sus negocios, para preparar y aprobar un plan de reorganización y para adoptar otras medidas, como, en su caso, el abandono de actividades no provechosas y de contratos onerosos. Teniendo en cuenta los objetivos de la reorganización, las repercusiones de la paralización son aún más cruciales que en la liquidación y pueden constituir un incentivo importante para alentar a los deudores a optar por un procedimiento de reorganización. Al mismo tiempo, la apertura de un procedimiento y la orden de paralización supondrán un aviso para las personas que tengan relaciones comerciales con el deudor de que el futuro de la empresa ha pasado a ser incierto. Ello puede desencadenar una crisis de confianza y de incertidumbre entre los proveedores, los clientes y los empleados de la empresa del deudor insolvente, que se inquietarán por el efecto eventual de la insolvencia sobre sus intereses.

29. Convendrá sopesar los beneficios inmediatos que obtiene el deudor con la rápida imposición de una paralización amplia de toda actuación de los acreedores, teniendo en cuenta las ventajas a más largo plazo que supone la limitación de los efectos de la paralización sobre las relaciones contractuales entre el deudor y los acreedores, especialmente los acreedores garantizados.

3. Alcance de la paralización

a) Medidas a las que se aplicará la paralización

30. Algunos Estados siguen el criterio de que, para que la paralización sea eficaz, tiene que ser muy amplia y, por ello, aplicable a toda medida de protección o procedimiento que se esté siguiendo contra el deudor y sus bienes, ya sea de índole administrativa, judicial o extrajudicial, y prohibir al deudor la adopción de medidas respecto de sus bienes que impidan a los acreedores, garantizados o no garantizados, hacer valer sus derechos y a las entidades públicas beneficiarse de sus derechos de prelación.

31. Cabe citar como ejemplos de tipos de medidas y actos paralizables los siguientes: la apertura o la continuación de acciones o procedimientos contra el deudor o relativos a sus bienes; la apertura o la continuación de algún procedimiento de ejecución relativo a los bienes del deudor, incluida la ejecución de una sentencia, y las acciones para hacer efectivas las garantías reales contra terceros o para ejecutar una garantía real; la recuperación por su propietario de bienes que estén siendo utilizados u ocupados por el deudor, que estén en su poder o que le hayan sido arrendados; el pago de alguna deuda contraída por el deudor con anterioridad a la fecha de apertura o la constitución de alguna garantía real respecto de dicha deuda; la cesión, la constitución de gravámenes o la disposición de algún otro modo de cualesquiera bienes por el deudor (en procedimientos de reorganización, esto podría limitarse a la cesión, el gravamen o la disposición de bienes que no se

efectúen en el curso de las actividades ordinarias de la empresa); la resolución por la contraparte de un contrato con el deudor[9] (excepto si el contrato estipula una fecha de resolución que sea posterior a la de la apertura); y la terminación, suspensión o interrupción de algún servicio o suministro esencial para el deudor (por ejemplo, agua, gas, electricidad y teléfono). El artículo 20 de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza es un ejemplo de una disposición de paralización que establece que se paralizará la iniciación o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor, así como toda medida de ejecución contra los bienes de éste. Los distintos tipos de acciones mencionadas deberían comprender las entabladas tanto ante tribunales judiciales como ante tribunales arbitrales[10].

32. Con respecto a las demandas encaminadas a dar eficacia a una garantía real frente a terceros, algunas disposiciones legales relativas a las garantías reales fijan plazos concretos antes de cuyo vencimiento puede darse eficacia a dichas garantías frente a terceros, por ejemplo, mediante su inscripción, su divulgación o por otros medios. Cuando la ley de un Estado prevea tales plazos, el régimen de la insolvencia podrá reconocerlos permitiendo que las garantías reales puedan hacerse valer frente al deudor y frente a terceros después de la apertura de un procedimiento de insolvencia, pero dentro del plazo especificado. Cuando la ley no prevea plazos a tal efecto, con la paralización aplicable a la apertura de procedimientos de insolvencia ya se impediría que la garantía real adquiriera eficacia. Habría que hacer una distinción entre la cuestión de si en la insolvencia tal acto daría eficacia a la garantía real frente a terceros y la de si tales actos deberían estar o no permitidos. El efecto en la insolvencia dependerá del acto que se requiera para dar eficacia a la garantía real. Cuando, por ejemplo, se exija la inscripción de la garantía en un registro público, podría permitirse que se efectuara tal inscripción después de la apertura del procedimiento; en cambio, cuando ese acto consista, por ejemplo, en que el acreedor garantizado tome posesión de un bien, cabría adoptar un enfoque distinto, pues con dicho acto se reducirían los bienes a disposición de la masa de la insolvencia.

33. Una de las razones por las que la paralización debe afectar a la continuación de los procedimientos es la necesidad de evitar que el hecho de que el representante de la insolvencia deba ocuparse de los casos en curso (en los que se prive al deudor del control) lo aleje de su tarea de administración de la masa y se destinen recursos en detrimento de ésta. En ausencia de una

---

[9] La aplicación de la paralización dará al representante de la insolvencia tiempo para evaluar la importancia del contrato para el procedimiento y las medidas que habrá que adoptar, es decir, continuación o rechazo.

[10] Sin embargo, tal vez no sea siempre posible paralizar automáticamente un procedimiento arbitral, como, por ejemplo, cuando se lleve a cabo en el extranjero, y no en el Estado en que se haya iniciado el procedimiento de insolvencia.

paralización, un tribunal podría fallar, por ejemplo, contra el deudor por razón de incumplimiento y un acreedor podría basar en este fallo su reclamación en el procedimiento, sin que el representante de la insolvencia tuviera conocimiento de la acción. Con una decisión adecuada sobre las cuestiones por parte del tribunal, el representante de la insolvencia tendría la posibilidad de oponerse a la acción, la cual podría haberse desestimado o haberse fallado por una cantidad inferior. Dado que la mayoría de los regímenes de la insolvencia prevén un mecanismo para tramitar las acciones, es decir, su presentación, verificación y admisión, y para proceder a la distribución, resultan superfluos los procedimientos entablados respecto de esas acciones al margen del caso de insolvencia. No obstante, algunos regímenes establecen que, cuando se estén siguiendo procedimientos judiciales contra el deudor (incluidos tanto su apertura como su mantenimiento) que se vean afectados por la paralización, esos procedimientos podrán abrirse o continuarse si el tribunal así lo estima oportuno y lo considera necesario para salvaguardar un crédito contra el deudor o para fijar el importe de un crédito[11]. Se puede lograr el mismo resultado mediante una disposición que establezca que la paralización de los procedimientos interrumpe todo plazo aplicable de prescripción, de manera que el derecho de un acreedor a entablar una demanda contra el deudor será el mismo en la fecha en que se levante la paralización que en la fecha en que ésta empezó a surtir efectos.

34. Otros regímenes de la insolvencia autorizan la apertura o la continuación de procedimientos judiciales (sin permiso del tribunal), pero prevén la paralización para impedir la ejecución de cualquier mandamiento judicial resultante. Algunos regímenes de la insolvencia limitan las acciones que pueden llevarse a cabo y sólo permiten iniciar o continuar determinadas acciones, como las presentadas por los empleados del deudor contra éste, si bien toda medida ejecutoria otorgada a raíz de esas actuaciones será objeto de paralización. Algunos regímenes distinguen entre acciones legales y pecuniarias. Algunos permiten continuar tanto las acciones de carácter legal como las de carácter pecuniario, mientras que otros sólo admiten las legales, por ejemplo, las que no están encaminadas a obtener dinero para la masa sino a proteger intereses públicos vitales y urgentes, como restringir actividades perjudiciales para el medio ambiente o que representen un peligro para la salud y la seguridad públicas. Como cuestión de procedimiento, algunos regímenes de la insolvencia limitan el alcance inicial de los actos y acciones a los que se aplica la paralización al iniciarse el procedimiento, pero prevén

---

[11] El párrafo 3 del artículo 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza dispone, por ejemplo, que la paralización de la apertura o continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten contra el deudor no afectará al derecho de iniciar acciones o procedimientos individuales en la medida en que ello sea necesario para preservar un crédito contra el deudor (véase el anexo III).

que, previa petición, el tribunal podrá extender la suspensión a otros tipos de actos y acciones.

b) Excepciones a la aplicación de la paralización

35. Con el fin de garantizar la transparencia y la previsibilidad, es sumamente aconsejable que el régimen de la insolvencia indique claramente cuáles son las acciones que serán objeto de la paralización y las que quedarán específicamente exceptuadas de ella, independientemente de quién pueda incoar dichas acciones, ya sean acreedores no garantizados (incluidos los acreedores privilegiados como los empleados de la empresa, los beneficiarios de algún gravamen legal o las autoridades públicas), terceros (como pudiera ser el propietario de algún bien que obre en poder del deudor, o que esté siendo utilizado u ocupado por él, o que le haya sido arrendado), acreedores garantizados u otros. Las excepciones podrían referirse a: los derechos de compensación o arreglos de compensación global de contratos financieros (véanse los párrs. 204 a 215 *infra*); acciones encaminadas a proteger intereses públicos, como las encaminadas a limitar daños para el medio ambiente o actividades que representen un peligro para la salud y la seguridad públicas; las acciones para prevenir abusos, como la utilización de un procedimiento de insolvencia para encubrir alguna actividad ilícita; las acciones emprendidas para preservar un crédito frente al deudor; y las acciones contra el deudor motivadas por lesiones personales o por reclamaciones fundadas en el derecho de familia[12]. Es conveniente que las acciones contra el deudor en que el tribunal pueda imponer a éste una indemnización de considerable cuantía, como las acciones colectivas basadas en responsabilidad extracontractual, figuren entre las sujetas a paralización.

c) Acreedores garantizados

36. Los derechos afectados por la paralización varían notablemente de un régimen de la insolvencia a otro. Apenas se discute la necesidad de que con la paralización se suspendan las acciones entabladas contra el deudor o sus bienes por acreedores cuyo crédito no esté garantizado o se impida la apertura de tales acciones. La aplicación de la paralización a las acciones de los acreedores con créditos garantizados puede ser, en cambio, más problemática, pues deberán tenerse en cuenta intereses contrapuestos. Cabe citar, por ejemplo, la necesidad de respetar la prelación que ya tengan antes de la insolvencia los derechos de los acreedores garantizados sobre los bienes gravados; reducir al mínimo los efectos de la paralización sobre los bienes gravados; y, en casos de reorganización, asegurar que en el procedimiento se

[12] Por ejemplo, algunos ordenamientos eximen de la paralización el cumplimiento de obligaciones del deudor que no afecten a la masa, por ejemplo, el régimen de visitas en el derecho de familia.

disponga de todos los bienes necesarios para el éxito de la reorganización de un deudor viable.

37. Los acreedores suelen recabar garantías reales para amparar sus derechos en caso de impago del deudor. Para que una garantía real logre su objetivo, cabe argumentar que, al iniciarse un procedimiento de insolvencia, no debería impedirse ni retrasarse el ejercicio de los derechos del titular de un crédito garantizado sobre el bien gravado. A fin de cuentas, el acreedor garantizado ha obtenido una garantía real gravando bienes cuyo valor corresponde al de su crédito. Por ello, convendrá sopesar cuidadosamente la introducción de cualquier medida por la que el acreedor garantizado vea disminuida la certeza de que podrá cobrar su crédito o que reduzca el valor de la garantía real, como sería la paralización para posponer la ejecución. En última instancia, esa medida podría menoscabar no sólo la autonomía contractual de los comerciantes en sus negocios y la importancia del respeto de los compromisos contractuales, sino también la disponibilidad de crédito a un costo asequible; a medida que disminuya el amparo buscado en la garantía, se elevará el precio del crédito otorgado para contrarrestar el mayor riesgo financiero de la operación. Algunos regímenes de la insolvencia que exceptúan las acciones de los acreedores garantizados de la paralización insisten, como alternativa a ésta, en que, antes de la apertura, el deudor y sus acreedores entablen negociaciones para ponerse de acuerdo sobre cómo se ha de proceder.

i) Reorganización

38. Un número creciente de regímenes de la insolvencia aceptan, sin embargo, que, en muchos casos, el hecho de permitir que los titulares de créditos garantizados ejecuten libremente sus derechos sobre el bien gravado puede frustrar los objetivos básicos del procedimiento de insolvencia, especialmente en caso de reorganización. Por esta razón cada vez se incluyen más en el ámbito de la paralización las acciones de los acreedores garantizados, con ciertas salvaguardias. Tal vez convenga señalar que, quizás porque los bancos y otras instituciones financieras aceptan cada vez más las moratorias en las negociaciones voluntarias de reestructuración realizadas, por ejemplo, con arreglo al "enfoque de Londres" (véase la primera parte, cap. II, párr. 17), los acreedores garantizados están cada vez más dispuestos a aceptar que se les aplique la paralización en los procedimientos de insolvencia.

ii) Liquidación

39. El régimen de la insolvencia adopta diversos enfoques de la aplicación de la paralización a las acciones de los acreedores garantizados en un procedimiento de liquidación. Por regla general, cuando el cometido del representante de la insolvencia sea reunir y liquidar los bienes de la masa, y distribuir su producto entre los acreedores en forma de dividendos, cabrá autorizar al acreedor garantizado a ejecutar libremente los derechos que tenga

sobre el bien gravado para satisfacer su crédito sin que ello afecte a la liquidación de otros bienes. Algunos regímenes de la insolvencia exceptúan pues a los acreedores garantizados del ámbito de la paralización. De seguirse este criterio, será preciso, no obstante, aplicarlo con cierta flexibilidad en los casos en que el representante de la insolvencia pueda obtener más fácilmente el máximo valor posible de los bienes en beneficio de todos los acreedores imponiendo la paralización a los acreedores garantizados. Este caso puede darse especialmente cuando exista la posibilidad de vender la empresa como negocio en marcha en el marco de un procedimiento de liquidación. También puede ser así en casos en que, aun cuando los bienes vayan a ser vendidos por lotes o por separado, se necesite algún tiempo para organizar una venta que reporte el mayor beneficio posible a todos los acreedores no garantizados.

40. Si la paralización es aplicable a las acciones de los acreedores garantizados, tanto en los procedimientos de liquidación como en los de reorganización, el régimen de la insolvencia puede prever medidas que impidan que la paralización perjudique los intereses de esos acreedores. Esas medidas pueden consistir en limitar la duración de la paralización, en la protección del valor de los bienes gravados, el pago de intereses y la exención de los efectos de la paralización en los casos en que los bienes gravados estén suficientemente amparados o si los bienes constituidos en garantía no fueran necesarios para la venta del negocio en su totalidad o de alguna unidad productiva del mismo.

4. Aplicación discrecional o automática de la paralización

41. Cabe preguntarse primeramente si la paralización ha de aplicarse de manera automática (por efecto del régimen de la insolvencia) o si debe ser una medida discrecional que el tribunal otorgue si lo estima oportuno. La decisión que se adopte acerca de esta cuestión puede verse afectada por consideraciones y factores de las políticas internas del país, como la disponibilidad de información financiera fiable y la facilidad de acceso del deudor y los acreedores a un poder judicial independiente y con experiencia en asuntos de insolvencia. Un criterio discrecional permitiría adaptar la paralización a las circunstancias del caso (en lo que respecta al deudor, a sus bienes, a sus acreedores y al momento de aplicación y la duración de la paralización), evitando su imposición cuando no proceda, así como toda interferencia innecesaria en los derechos de los acreedores garantizados. Sin embargo, este enfoque es susceptible de causar demoras mientras el tribunal estudia los asuntos pertinentes; no contribuye a crear una situación previsible para los acreedores y los terceros a quienes pueda finalmente afectar la paralización; y puede hacer necesaria la aplicación de algún mecanismo, como medidas cautelares para regular el período previo a la adopción de una decisión judicial sobre la paralización, o la introducción del requisito de notificación de la paralización.

42. Un criterio alternativo que reduce al mínimo las demoras, contribuye a obtener un mayor valor de los bienes y garantiza procedimientos de

insolvencia equitativos y ordenados, además de transparentes y previsibles, podría ser prever la paralización automática de determinadas acciones, con la posibilidad de hacerla extensiva a otras, ya sea en el momento de la solicitud o en el de la apertura del procedimiento, a discreción del tribunal. Este criterio es el adoptado por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, cuyo artículo 20 describe los tipos de acciones que se paralizarán automáticamente a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, mientras que el artículo 21 señala ejemplos de medidas adicionales otorgables a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, al arbitrio del tribunal. La paralización automática es un rasgo común de muchos regímenes modernos de la insolvencia y puede combinarse con disposiciones que prevean excepciones de la aplicación de la paralización en determinadas circunstancias (véanse los párrs. 60 a 62 *infra*).

5. Inicio de la paralización

43. Otro problema que plantea la paralización es la determinación del momento a partir del cual habrá de aplicarse, tanto si el procedimiento es de liquidación como si es de reorganización. Hay fundamentalmente dos criterios; con arreglo al primero, la paralización empieza en el momento en que se presente la solicitud de apertura de un procedimiento y, conforme al segundo, a partir del momento de la apertura del procedimiento, con la posibilidad de adoptar medidas cautelares para regular el período que media entre la solicitud y la apertura.

a) Determinación del momento preciso en que surte efecto la paralización

44. Como cuestión preliminar, e independientemente de que el criterio temporal para el inicio automático del procedimiento de paralización sea el momento de la solicitud o el de la apertura, es importante que el régimen de la insolvencia regule la cuestión del momento preciso en el que la paralización surtirá efecto, para garantizar la protección de la masa de la insolvencia, especialmente en lo que concierne a los pagos. Esta cuestión se regula conforme a diversos criterios. En algunos regímenes, la paralización surte efecto a partir del momento en el que el tribunal adopta la decisión de apertura del procedimiento; en otros casos, a partir del momento en que se publica la decisión de apertura. En un tercer grupo de regímenes la paralización tiene efecto retroactivo desde la primera hora del día en que se dicta la resolución judicial de apertura. También varían los criterios aplicables a los casos en que la paralización surte efectos cuando se presenta la solicitud de apertura de un procedimiento. Sea cual fuere el criterio que se adopte, es preciso que la disposición pertinente del régimen de la insolvencia sea clara.

b) Aplicación de la paralización a partir del momento de la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento

45. Cuando el criterio determinante sea la presentación de una solicitud de apertura, cabe prever que la paralización surtirá efecto a partir del momento en que se solicite un procedimiento de liquidación o de reorganización, independientemente de que la solicitud sea presentada por el deudor o por un acreedor. Este criterio puede hacer innecesaria la previsión de medidas cautelares para cubrir el período entre la presentación de la solicitud y la apertura del procedimiento, pero exigirá imponer la paralización en un momento en el que posiblemente no estén claros algunos hechos y, en particular, no se haya determinado aún si el deudor cumple los criterios necesarios para la apertura. Para contrarrestar el riesgo de abusos en tal situación, sería conveniente, de adoptarse este criterio, que el régimen de la insolvencia previera procedimientos claros y acelerados para determinar si no procede aplicar la paralización.

c) Paralización a partir de la apertura

46. El criterio más frecuente con respecto a la paralización es que se aplique al comienzo del procedimiento, cuando se hayan resuelto las cuestiones relativas a las condiciones de admisibilidad, a la competencia y al cumplimiento de los criterios de apertura, y cuando sea evidente que no puede desestimarse la solicitud y que debe abrirse un procedimiento. Para regular el período entre la presentación de la solicitud y la apertura, algunos regímenes de la insolvencia permiten que se dicten medidas cautelares. Aunque otras disposiciones del régimen de la insolvencia también pueden ser pertinentes para la protección de la masa de la insolvencia antes de la apertura, como, por ejemplo, mediante el rescate de los bienes, sólo suelen aplicarse después de ella.

i) Medidas cautelares

47. En algunos regímenes de la insolvencia que no prevén el inicio automático del procedimiento cuando se presenta una solicitud, la paralización en el momento de la apertura se complementa con medidas cautelares que pueden dictarse entre la solicitud y la apertura, a fin de proteger los bienes del deudor que posiblemente constituirán la masa de la insolvencia y los intereses colectivos de los acreedores. Aun cuando la decisión de apertura se adopte sin tardanza, existe la posibilidad de que, durante ese período, cambie la situación empresarial del deudor y de que se disipen sus bienes. Cabe la posibilidad de que el deudor transfiera ciertos bienes del negocio y de que los acreedores, al tener conocimiento de la solicitud, presenten alguna demanda judicial para adelantarse a toda paralización que se imponga tras la apertura del procedimiento. Si en tales circunstancias no es posible dictar medidas cautelares, pueden frustrarse los objetivos del procedimiento de insolvencia. Como en el caso de la mayoría de las medidas cautelares, la necesidad de que no se aplique la paralización debe

ser en general urgente y debe compensar los perjuicios que puedan causar esas medidas.

48. Cuando un régimen de la insolvencia permita otorgar medidas cautelares, es importante también prever que el tribunal pueda revisar periódicamente y, si es necesario, prorrogar esas medidas, regulando lo que sucederá con ellas en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia. En muchos casos no habrá necesidad de prorrogar las medidas cautelares más allá de la apertura del procedimiento, ya que en su lugar se aplicarán las medidas previstas para el momento de la apertura. No obstante, si las medidas aplicables a raíz de la apertura no proporcionan un determinado tipo de amparo y dicho amparo sigue siendo necesario tras la apertura, el tribunal podrá prorrogar, cuando se den las circunstancias pertinentes, la aplicación de las medidas cautelares. Éstas también podrían dejar de surtir efecto cuando se desestime una solicitud de apertura de procedimiento o cuando la orden por la que se hayan impuesto dichas medidas sea impugnada con éxito y, por tanto, anulada.

ii) Tipos de medidas cautelares

49. El tribunal puede dictar medidas cautelares a instancia del deudor, de los acreedores o de terceros, o por iniciativa propia. Como posibles medidas cabe citar las siguientes: el nombramiento de un representante provisional de la insolvencia o de otra persona (a excepción del deudor) que se encargue de administrar o supervisar la empresa del deudor y de proteger los bienes y los intereses de los acreedores; la prohibición impuesta al deudor de enajenar sus bienes; el control de una parte o de la totalidad de los bienes del deudor; la paralización de la ejecución de las garantías reales constituidas por los acreedores sobre los bienes del deudor; la paralización de toda acción entablada por acreedores contra los bienes del deudor, ya sea a instancia de un acreedor garantizado o del titular de una reserva de dominio; y las medidas para evitar la apertura o continuación de acciones individuales de los acreedores para la ejecución de sus créditos.

50. Cuando se nombre un representante provisional de la insolvencia como medida cautelar, es posible que esa persona no disponga de facultades tan amplias como las de un representante de la insolvencia nombrado a raíz de la apertura de un procedimiento y que sus funciones se limiten a proteger bienes y los intereses de los acreedores. Por ejemplo, puede conferírsele la facultad de utilizar y enajenar los bienes del deudor en el curso ordinario de los negocios y de liquidarlos total o parcialmente a fin de proteger y preservar el valor de los bienes que, por su naturaleza o por otras circunstancias, sean perecederos, puedan desvalorizarse o correr algún tipo de riesgo. En cualquier caso, puede ser necesario determinar la distribución de responsabilidades entre el representante provisional de la insolvencia y el deudor en lo que respecta a la gestión de la empresa del deudor, teniendo presente que no se habrá adoptado ninguna decisión sobre la apertura de un procedimiento de insolvencia. Como en las situaciones en que el tribunal

decide al final desestimar la solicitud el negocio del deudor o los derechos de los acreedores pueden resultar seriamente perjudicados, es conveniente que el tribunal sólo ejerza la facultad de dictar medidas cautelares si está convencido de que los bienes del deudor corren peligro. En general, el deudor continúa administrando su empresa y utilizando y disponiendo de los bienes en el curso ordinario de los negocios, a reserva de las restricciones que le imponga el tribunal.

iii) Requisitos probatorios

51. Puesto que estas medidas son de carácter provisional y serán otorgadas antes de que el tribunal se pronuncie sobre si se cumplen o no los requisitos de apertura, la ley puede requerir que el tribunal se asegure de que existe cierta probabilidad de que el deudor cumpla los requisitos de apertura. Cuando no sea el deudor quien solicite la medida cautelar, el tribunal podrá exigir a esa otra parte que presente pruebas de que la medida solicitada es necesaria para conservar el valor de los bienes del deudor o para evitar su dispersión. En tal caso, podrá requerirse también algún tipo de garantía que cubra las costas, los derechos o los daños, como el depósito de una fianza, en previsión de que el procedimiento de insolvencia no llegue a entablarse, o en caso de que la medida solicitada pueda causar cierto perjuicio a la empresa del deudor. Cuando la medida cautelar se haya obtenido de forma indebida, cabría autorizar al tribunal a imponer el pago de las costas, los derechos y los daños al solicitante de la medida.

iv) Notificación de la solicitud y adopción de medidas cautelares

52. Puede ser conveniente también que el régimen de la insolvencia prevea la notificación de las medidas cautelares, tanto de su solicitud como de su adopción, así como del momento a partir del cual serán efectivas, y que especifique a qué partes deben notificarse. Como principio general, deberá notificarse al deudor toda solicitud de medidas cautelares y deberá dársele la oportunidad de impugnarla. Sólo en circunstancias excepcionales podrá ser conveniente no notificar al deudor y dejar que la solicitud a instancia de parte siga su curso. Si bien muchos regímenes permiten las solicitudes ex parte de medidas cautelares, suelen requerir que la parte solicitante deposite una fianza para cubrir las costas y los daños y que demuestre la urgencia de la medida cautelar, por ejemplo, porque pueden producirse daños irreparables si se exige que se solicite la medida conforme al procedimiento acostumbrado, es decir, con muchos días de anticipación[13]. No obstante, incluso después de que se haya dictado una medida cautelar a instancia de parte, el deudor tendrá generalmente derecho a que se le notifique la medida y a exponer sus

[13] Véase la labor de la CNUDMI sobre las medidas cautelares dictadas por un tribunal en apoyo del arbitraje: (A/CN.9/WG.II/WP.119, en el *Anuario de la CNUDMI 2002*, segunda parte disponible en www.uncitral.org).

argumentos. Teniendo presente la necesidad de evitar que el deudor sufra perjuicios innecesarios si, al final, no se abre ningún procedimiento contra él, tal vez sea necesario que la orden de medidas cautelares se notifique únicamente a las partes a las que afecte directamente. La notificación deberá darse también a otras partes cuando sus intereses se vean afectados por las medidas cautelares recabadas.

v) Excepción o exención de la aplicación de medidas cautelares

53. Puede ser conveniente dispensar de la aplicación de medidas cautelares, ya sea modificándolas o revocándolas, cuando se estén perjudicando los intereses de las personas a las que se impongan las medidas. Los ejemplos podrían incluir los casos en que se tratara de bienes perecederos o de acciones encaminadas a preservar y cuantificar un crédito frente al deudor y, en algunas situaciones, cuando perjudiquen a los acreedores garantizados. Al estudiarse la concesión de esa exención, puede ser conveniente tener en cuenta los perjuicios que tal medida pueda causar a los intereses de los acreedores en general o a los bienes del deudor. La exención podría obtenerse a petición de la parte afectada o del representante de la insolvencia, o por iniciativa del propio tribunal, y requerirá por lo general que se notifique a la persona o las personas afectadas por la modificación o revocación y que se les dé la posibilidad de ser oídas. Cuando se impugne con éxito una orden de medidas cautelares, éstas serán revocadas o modificadas por el tribunal.

6. Duración de la paralización

a) Acreedores no garantizados

54. Muchos regímenes de la insolvencia disponen que la paralización se aplique a los acreedores no garantizados durante todo el procedimiento, ya sea de liquidación o de reorganización. En una liquidación, la paralización dura por lo general hasta que se liquidan los bienes y se concluye el procedimiento. En la reorganización la duración del procedimiento no es tan clara; algunos regímenes disponen que el procedimiento concluirá cuando se apruebe el plan de reorganización y se le dé efecto, mientras que otros retrasan la conclusión hasta que se haya ejecutado plenamente el plan. La aplicación de la paralización hasta tal momento puede ser innecesaria, dado que en un plan de reorganización aprobado debería haber una propuesta sobre los créditos de los acreedores no garantizados.

55. Podrá eximirse a los acreedores no garantizados de los efectos de la paralización en determinados casos, como los anteriormente señalados respecto de la cuantificación o preservación de un crédito (véanse los párrs. 33 y 34 *supra*).

b) Acreedores garantizados

i) Reorganización

56. Puede ser conveniente que la paralización sea aplicable a los acreedores con créditos garantizados durante un período suficiente que permita llevar a cabo la reorganización con el debido orden y sin riesgo de que ciertos bienes sean separados de la masa antes de que pueda determinarse la forma de tratar esos bienes en la reorganización y aprobar un plan adecuado. A fin de evitar la aplicación de la paralización por un período indefinido innecesariamente prolongado y de propiciar una resolución rápida del procedimiento, sería tal vez ventajoso limitar la duración de la paralización al tiempo que se juzgue necesario para dar efecto al plan de reorganización, a condición de que ese período no se prolongue demasiado y de que no se permita que el procedimiento continúe durante años sin que se proponga ni se apruebe un plan. Esa limitación puede dar también a los titulares de créditos garantizados cierta seguridad y previsibilidad en cuanto a la duración de la moratoria impuesta sobre el ejercicio de sus derechos y a la forma en que se tratarán esos derechos en el plan. Otra posibilidad consistiría en fijar un período determinado. No obstante, la dificultad que comporta este criterio es que el plazo puede no ser siempre suficientemente largo, según la magnitud y complejidad de la reorganización y según el plan requerido, y puede ser difícil de cumplir. Otras soluciones podrían consistir en fijar plazos concretos con la posibilidad de prorrogarlos (véase el párr. 58 infra) o en eximir de los efectos de la paralización en determinadas circunstancias (véanse los párrs. 60 y 61 *infra*). Es importante que el régimen de la insolvencia, en su concepción general, propicie la agilización y la eficiencia del procedimiento, permitiendo reducir al mínimo el período de aplicación de la paralización a los acreedores garantizados, particularmente en la reorganización.

ii) Liquidación

57. Los regímenes de la insolvencia regulan de diversas maneras la aplicación de la paralización a las acciones de los acreedores garantizados en caso de liquidación. Algunos de ellos disponen que la paralización será automáticamente aplicable a esos acreedores al abrirse el procedimiento de liquidación, pero sólo por un breve plazo, de 30 a 60 días. Este período tiene la finalidad de permitir que el representante de la insolvencia entre en funciones, compruebe el activo y el pasivo de la masa de la insolvencia y determine la mejor manera de liquidar los bienes. Cuando el bien gravado sea esencial para la venta de la empresa como negocio en marcha, algunos regímenes prevén la posibilidad de prorrogar la paralización más allá del plazo establecido. En cambio, cuando el bien gravado no sea esencial para la venta de la empresa, cabe levantar la paralización (véase más adelante). Conforme a otro criterio, la paralización se aplica a los acreedores garantizados durante todo el procedimiento de liquidación, salvo que el tribunal ordene que sea levantada si se demuestra que el valor del bien gravado está disminuyendo y que es imposible mantenerlo.

7. Prórroga del plazo de la paralización

58. Como ya se ha señalado, cuando se disponga la paralización durante un período determinado, cabe que la ley prevea su prórroga. Se observa que en algunos países no se han tratado las prórrogas de la paralización con suficiente rigor y se han concedido prórrogas de forma rutinaria, lo que ha traído consigo que las paralizaciones se hayan prorrogado normalmente por períodos de hasta varios años, con lo cual se ha malogrado el objetivo de los procedimientos de insolvencia y se ha reducido a la nada el valor de la masa de que disponían los acreedores al principio. A fin de evitar esa situación, es conveniente que el régimen de la insolvencia regule con claridad las posibilidades de prórroga, limitando las partes que puedan solicitar una prórroga y los motivos por los que pueda concederse. Por ejemplo, cabría otorgar prórroga a petición del representante de la insolvencia, cuando se pudiera demostrar que es necesaria para obtener el máximo valor de la masa (por ejemplo, si existe una posibilidad razonable de vender como negocio en marcha la empresa del deudor o ciertas unidades funcionales de dicha empresa), siempre y cuando la venta no se haga en detrimento de los intereses de los acreedores garantizados. A fin de amparar mejor a estos acreedores y de evitar que la duración de la paralización sea incierta o excesivamente larga, es conveniente que el régimen de la insolvencia limite la duración de las prórrogas, y quizás también el número de veces que podrán concederse.

8. Protección de los acreedores garantizados

59. Como ya se ha indicado, cuando los acreedores se vean afectados por la paralización, un régimen de la insolvencia puede adoptar ciertas medidas para proteger sus intereses. Entre esas medidas cabe prever, además de la limitación de la duración de la paralización, el levantamiento de la paralización y la adopción de medidas para evitar que, cuando el valor del crédito garantizado sea superior o similar al del bien gravado, ese bien pierda valor como consecuencia de la apertura de un procedimiento de insolvencia, bien a raíz de su utilización, bien a causa de la aplicación de la paralización. Dado que estas medidas están relacionadas entre sí, es conveniente que el régimen de la insolvencia adopte un enfoque coherente. Cuando, por ejemplo, la duración de la paralización sea breve, tal vez no sea necesario que la ley exija la protección del valor de los bienes gravados. En cambio, cuando la paralización dure mucho tiempo, su levantamiento puede ser una medida más económica que la protección del valor del bien, siempre y cuando éste no sea necesario para el procedimiento. También pueden protegerse los intereses de los acreedores garantizados de forma más general, concretamente recabando su parecer sobre la utilización o la venta de los bienes gravados, pagándoles intereses cuando el producto de los bienes sea suficiente para ello; o entregándoles el bien si su valor es inferior al del crédito garantizado. Estas medidas se analizan en las secciones que figuran a continuación. La conveniencia de una u otra forma de protección del valor del bien gravado deberá sopesarse en función de la complejidad y del costo eventual de esas

medidas, incluida la valoración, así como de la necesidad de que el tribunal pueda adoptar decisiones comerciales difíciles sobre la protección de los bienes. Si se proporciona esa protección, puede ser conveniente que el régimen de la insolvencia enuncie ciertas directrices sobre cómo y cuándo los acreedores que tengan algún tipo de garantía real sobre los bienes del deudor tendrán derecho a las medidas de protección que se describen a continuación.

a) Exención de los efectos de la paralización

60. En los procedimientos de liquidación y de reorganización pueden darse circunstancias en las que sea conveniente proporcionar a los acreedores garantizados amparo frente a la paralización. Por ejemplo, puede permitirse al acreedor garantizado solicitar al tribunal el levantamiento de la paralización o puede facultarse al representante de la insolvencia para entregar (sin la aprobación del tribunal) el bien. Entre las circunstancias pertinentes cabe citar las siguientes: cuando el valor del crédito garantizado sea superior al del bien gravado; cuando no se esté amparando el valor del bien gravado para prevenir su disminución; cuando ese amparo no sea posible o resulte excesivamente oneroso para la masa de la insolvencia; cuando el bien gravado no sea necesario para la reorganización o la venta de la empresa como negocio en liquidación; cuando sea conveniente establecer limitaciones de la paralización para proteger o preservar el valor de bienes tales como los bienes perecederos; o cuando, en una reorganización, no se apruebe un plan en el plazo previsto.

61. Cuando se otorgue una medida de exención de los efectos de la paralización, el régimen de la insolvencia puede disponer que el bien gravado sea entregado al acreedor garantizado. El bien deja de formar parte de la masa de la insolvencia y el acreedor garantizado podrá ejecutar sus derechos. En algunos regímenes, puede requerirse que el representante de la insolvencia decida si el bien debe entregarse al acreedor garantizado o si puede renunciarse a él, ya que la diferencia entre estas dos opciones puede entrañar gastos para la masa. Por ejemplo, si el bien es una voluminosa pieza de equipo industrial, su entrega al acreedor puede suponer gastos de transporte por cuenta de la masa, mientras que en caso de renuncia los gastos correrán a cargo del acreedor.

62. Si bien las disposiciones sobre las limitaciones de la paralización sirven principalmente a los intereses de los acreedores amparados por una garantía, algunos regímenes de la insolvencia prevén que la paralización podrá ser levantada en provecho de un acreedor sin garantía. Esto puede ser pertinente, por ejemplo, cuando los bienes sean perecederos y en los casos en que el régimen de la insolvencia no permita la apertura o la continuación de acciones con miras a que se pueda dictaminar sobre una acción interpuesta en algún otro foro donde el procedimiento esté más avanzado y resulte conveniente concluirlo, o no admita reclamaciones contra alguna compañía aseguradora del deudor.

b) Protección del valor

63. Algunos regímenes de la insolvencia prevén disposiciones especialmente concebidas para contrarrestar los efectos negativos que la paralización pudiera tener para los acreedores garantizados y para salvaguardar el valor económico de sus créditos durante el período de la paralización (en algunos ordenamientos esto se denomina "protección adecuada"). Cuando la masa pueda mantener el valor de los bienes gravados, la cuestión puede enfocarse de diversas maneras.

i) Protección del valor del bien gravado

64. Uno de los enfoques consiste en proteger el valor del propio bien gravado en la inteligencia de que, a su liquidación, se abonará al acreedor el producto de la venta de ese bien que corresponda a la fracción garantizada de su crédito. Esta solución puede requerir que se adopten ciertas medidas.

65. Es posible que el bien gravado pierda valor durante el período de la paralización. Dado que el grado de prioridad del que disfrutará un acreedor garantizado en el momento de la distribución final dependerá del valor del bien gravado, esa depreciación puede perjudicar al acreedor garantizado. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que el representante de la insolvencia deberá proteger a los acreedores garantizados de toda merma, ya sea ofreciéndoles un bien adicional o sustitutivo o abonando periódicamente en metálico la suma que corresponda a esa reducción del valor. Estas medidas sólo son necesarias si el valor del bien gravado por la garantía es inferior al monto del crédito garantizado. Si dicho valor supera al monto del crédito, el acreedor garantizado no se verá perjudicado por la desvalorización mientras el valor no llegue a ser insuficiente para pagar el crédito garantizado. Algunos Estados que salvaguardan el valor del bien gravado del modo indicado, autorizan además el pago de intereses durante el período de la paralización para compensar la demora impuesta por el procedimiento. No obstante, el pago de intereses podrá limitarse a los casos en que el valor del bien gravado supere el importe de la garantía. De lo contrario, la indemnización de esa demora podría dejar la masa sin bienes suficientes para el pago de los acreedores sin garantía. Este criterio puede alentar a los prestamistas a tratar de obtener una garantía real que cubra suficientemente el valor de sus créditos.

Valoración de los bienes gravados

66. Para proteger el valor de los bienes gravados, reviste una importancia primordial el hecho de que exista un mecanismo para determinar el valor de esos bienes, a fin de que el tribunal pueda examinar la cuestión de si procede otorgar a los acreedores garantizados medidas para contrarrestar la disminución del valor, durante el procedimiento, de los bienes gravados y, en tal caso, el importe de la compensación. Esta cuestión plantea complejos problemas, como el del criterio que debe seguirse para la valoración (por

ejemplo, el valor de la empresa como negocio en marcha o el valor de liquidación); la parte que debe realizar la valoración, y la fecha pertinente para determinar el valor, teniendo presente la finalidad con que se haga la valoración. En algunos casos, puede ocurrir que los bienes hayan sido valorados por las partes antes de la apertura del procedimiento y que esa valoración aún sea válida en el momento de la apertura. Puede ser necesario efectuar una valoración global poco después de la apertura con miras a consignar en un registro todos los bienes y obligaciones y a preparar un balance neto de la situación económica del deudor que permita al representante de la insolvencia hacerse una idea sobre el valor de la masa. Es posible que durante el procedimiento sea preciso valorar los bienes, particularmente los bienes gravados, con objeto de determinar el valor de los correspondientes créditos garantizados (y de todo otro crédito conexo que no esté garantizado) y de estudiar las cuestiones de la protección relacionadas con toda disminución de ese valor. También puede ser preciso valorar los bienes para una eventual enajenación de partes de la empresa o de determinados bienes que se efectúe al margen del curso ordinario de los negocios, y también con miras a confirmar un plan aprobado de reorganización que cumpla los requisitos aplicables. Otra cuestión que se plantea es la del costo de la valoración y la de la determinación de qué parte deberá sufragar esos gastos.

67. Uno de los criterios consiste, al menos en un primer momento, en que la valoración se efectúe mediante acuerdo entre las partes (es decir, el deudor, o el representante de la insolvencia, y el acreedor garantizado). Otros regímenes prevén criterios de carácter judicial. Por ejemplo, el tribunal, en vez de encargarse él mismo de la valoración, puede especificar un método para determinar el valor y encomendar la tarea a peritos. El régimen de la insolvencia podría enunciar principios claros como base para la valoración. Otro método consistiría en que el tribunal, eventualmente después de que el representante de la insolvencia efectuara una estimación o evaluación inicial, determinara el valor de los bienes sobre la base de pruebas, como el estudio y las condiciones del mercado y los testimonios periciales. Algunos regímenes exigen una valoración del bien en el mercado mediante su venta, en cuyo caso el precio máximo del bien en el mercado se obtiene mediante licitación o subasta. Esta técnica de valoración no es tan aplicable a la protección del valor del bien gravado o del crédito garantizado como a la enajenación de los bienes de la masa por el representante de la insolvencia.

68. En algunos casos de liquidación, el representante de la insolvencia puede juzgar necesario vender o gravar ciertos bienes (véanse los párrs. 83 a 86 *infra*) con el fin de obtener el máximo valor de la masa de la insolvencia. Por ejemplo, si el representante de la insolvencia estima, en una liquidación, que la mejor forma de obtener el máximo valor de la masa de la insolvencia es manteniendo el negocio en marcha durante cierto tiempo, puede recurrir a la venta de existencias que estén parcialmente gravadas. En procedimientos de reorganización también puede ser beneficioso para la masa vender bienes

gravados de naturaleza similar para obtener el capital necesario para realizar operaciones. Por ello, puede ser conveniente que, cuando se ampare a los acreedores garantizados preservando el valor de los bienes gravados, el régimen de la insolvencia permita al representante de la insolvencia ofrecer a dichos acreedores una garantía real equivalente, como un gravamen sobre otro bien o el producto de la venta de los bienes gravados, o abonarles el importe total del valor de los bienes que garantizan sus créditos respectivos, ya sea de inmediato o conforme a un calendario de pagos convenido. Otros enfoques se centran en el criterio de la utilización del producto de la venta de los bienes gravados (véanse los párrs. 92 y 93 *infra*). Uno de los métodos consiste en que el tribunal impida al representante de la insolvencia utilizar dicho producto, tanto en el presente como en el futuro. Otros regímenes eximen a los acreedores garantizados de los efectos de la paralización, autorizándolos a incoar acciones respecto del producto de la venta, o, cuando ni los acreedores garantizados ni el tribunal autoricen la utilización del producto, consideran personalmente responsable del importe del producto al deudor, a los directivos de su empresa o al representante de la insolvencia, o declaran esa deuda no susceptible de exención de pago.

ii) Protección del valor de la parte garantizada de un crédito

69. Un segundo criterio para proteger los intereses de los acreedores garantizados consiste en proteger el valor de la fracción garantizada de sus respectivos créditos. Nada más declararse la apertura, se valorará el bien gravado y, en función de esa valoración, se determinará el importe de la parte garantizada del crédito. Este monto se mantendrá fijo durante todo el procedimiento y, al procederse a la liquidación y subsiguiente distribución del producto de la misma, el acreedor que sea beneficiario de la garantía gozará de prioridad para cobrar el importe determinado. Durante el procedimiento, el acreedor amparado por una garantía podrá percibir, además, a modo de compensación por la demora impuesta por el procedimiento, la tasa de interés contractual prevista para la fracción garantizada de su crédito. Este criterio evita algunas de las complejas cuestiones ligadas a la valoración continua de los bienes gravados que puede requerirse en virtud del primer criterio expuesto más arriba.

9. Restricciones de la libertad del deudor para disponer de sus bienes

70. Además de las medidas destinadas a proteger la masa de la insolvencia frente a las acciones presentadas por los acreedores o por terceros, los regímenes de la insolvencia suelen prever medidas para limitar el alcance de los actos de disposición del deudor respecto de los bienes incluidos en la masa (véase el párr. 16 *supra*). Esas medidas son por lo general aplicables una vez iniciados los procedimientos, pero en algunos casos se aplican también entre el momento de la solicitud de apertura y el de la apertura en sí. Por ejemplo, si se nombra un representante provisional de la insolvencia

como medida cautelar antes de la apertura del procedimiento, el deudor puede verse sujeto a la supervisión o control de ese representante de la insolvencia, y generalmente tendrá unas facultades de disposición limitadas en relación con sus bienes (véase el párr. 50 *supra*). En algunos regímenes de la insolvencia, ese período interino sólo existirá en los casos de solicitud a instancia de acreedores, porque toda solicitud presentada por el deudor provocará automáticamente la apertura de un procedimiento.

71. Muchos regímenes de la insolvencia prevén que, cuando se nombra un representante de la insolvencia en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, el deudor perderá todo el control sobre la masa de la insolvencia y no podrá realizar ninguna operación después de la apertura, o bien seguirá teniendo facultades, pero limitadas, para la gestión cotidiana de la empresa y sólo podrá realizar operaciones en el curso ordinario de los negocios. Las operaciones que no entren en esta categoría, como la venta de bienes importantes que, en general, quedará al margen del curso ordinario de los negocios, pueden requerir la autorización del representante de la insolvencia, del tribunal o, en algunos casos, de los acreedores.

72. En general, la consecuencia de toda operación no autorizada realizada por el deudor entre la solicitud y la apertura o después de la apertura de un procedimiento será la obligación de devolver al representante de la insolvencia los bienes transferidos; además, las obligaciones que se deriven de tal operación no autorizada no podrán hacerse valer frente a la masa de la insolvencia. No obstante, pueden plantearse problemas respecto de la otra parte en dicha operación, especialmente cuando haya actuado de buena fe y haya aportado una contraprestación por lo recibido. Por esta razón, algunos regímenes de la insolvencia reconocen la validez de esas operaciones en determinadas circunstancias, por ejemplo, cuando se haya transferido un inmueble y la transmisión se haya efectuado antes de que la apertura se haya hecho constar en el correspondiente registro, o cuando un tercero que tenga en su poder ciertos bienes del deudor los haya transmitido a otra parte de buena fe y sin tener conocimiento de la apertura de un procedimiento de insolvencia. Si bien una disposición de esta índole protegerá a terceros inocentes, puede también traer consigo una reducción de los bienes a disposición de los acreedores. Por lo tanto, es conveniente que si se prevé tal disposición en un régimen de la insolvencia, se limiten estrictamente los supuestos en que será aplicable. Dado que el intervalo que medie entre la apertura y su notificación puede ser crucial cuando se produzcan tales transferencias, es esencial que los requisitos para la notificación de la apertura propicien una notificación rápida y eficaz (véase el cap. I, párrs. 64 a 71).

73. Algunos regímenes de la insolvencia regulan los contratos celebrados y las operaciones realizadas por el deudor entre la solicitud y la apertura que no hayan sido autorizados por el régimen de la insolvencia, por el representante de la insolvencia, por el tribunal o por los acreedores (según se requiera)

sometiéndolos a las disposiciones sobre nulidad y aplicando retrospectivamente el período de sospecha desde la apertura del procedimiento (véase el párr. 188 *infra*).

Recomendaciones 39 a 51

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones sobre la protección y la conservación de la masa tienen por objeto:

a) Prever medidas para garantizar que el valor de la masa no disminuya como consecuencia de las acciones que entablen el deudor, los acreedores o terceros;

b) Determinar el alcance de esas medidas y las acciones y partes a las que se aplican;

c) Establecer el método, el momento y la duración de la aplicación de esas medidas; y

d) Establecer los motivos para eximir de los efectos de esas medidas.

Contenido de las disposiciones legislativas

Medidas cautelares[14] *(párrs. 47 a 53)*

39. El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá conceder una exención de carácter provisional, a petición del deudor, de los acreedores o de terceros, si tal exención es necesaria para proteger y preservar el valor de los bienes del deudor[15] o los intereses de los acreedores entre el momento de la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura del procedimiento[16], concretamente:

a) Paralizando la ejecución de medidas contra los bienes del deudor, incluidas las acciones encaminadas a dar eficacia a las garantías reales frente a terceros o la ejecución de garantías reales;

b) Confiando la administración o la supervisión de la empresa del deudor, lo cual puede incluir la facultad de utilizar y disponer de los bienes en el curso ordinario de los negocios, a un representante de la insolvencia o a otra persona[17] designada por el tribunal;

---

[14] Estos artículos se ajustan a los artículos correspondientes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza; véase el artículo 19 (véase el anexo III).

[15] La mención de los bienes en los párrafos *a)* a *c)* se refiere únicamente a los que forman parte de la masa de la insolvencia una vez iniciado el procedimiento.

[16] El régimen de la insolvencia debería especificar el momento a partir del cual surtirá efecto la orden relativa a las medidas cautelares, como, por ejemplo, el momento en que se haya dictado la orden, retroactivamente desde la primera hora del día en que se dicte la medida, o en cualquier otro momento (véase el párr. 44 *supra*).

[17] Las palabras "otra persona", empleadas en los párrafos *b)* y *c)* de la recomendación 39) no incluyen al deudor.

Recomendaciones 39 a 51 *(continuación)*

c) Encomendando la venta de todos los bienes del deudor o de parte de ellos a un representante de la insolvencia o a otra persona designada por el tribunal, a fin de proteger y preservar el valor de los bienes del deudor que, por su naturaleza o por otras circunstancias, sean perecederos, puedan desvalorizarse o corran algún otro tipo de riesgos; y

d) Imponiendo cualquier otra limitación aplicable o prevista en el momento de la apertura del procedimiento en virtud de las recomendaciones 46 y 48.

Indemnización por los efectos de las medidas cautelares (párr. 51)

40. El régimen de la insolvencia podrá facultar al tribunal para:

a) Exigir a quien solicite medidas cautelares que aporte una indemnización y, en su caso, pague las costas u otros gastos; o

b) Imponer sanciones en relación con una solicitud de medidas cautelares.

Equilibrio entre los derechos del deudor y los del representante de la insolvencia (párrs. 50 y 70 a 73)

41. El régimen de la insolvencia debería establecer claramente el equilibrio entre los derechos y obligaciones del deudor y de todo representante de la insolvencia designado en el marco de una medida cautelar. En el período comprendido entre la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura de dicho procedimiento, el deudor tiene derecho a seguir dirigiendo su empresa y a utilizar y disponer de los bienes en el curso ordinario de los negocios, a reserva de las restricciones que le imponga el tribunal.

Notificación (párr. 52)

42. El régimen de la insolvencia debería especificar que, a menos que el tribunal dispense a una parte del deber de notificación o limite esa obligación, habrá que notificar debidamente a las partes interesadas que se vean afectadas por:

a) Una solicitud u orden judicial de medidas cautelares (incluidas las solicitudes de revisión o modificación y revocación de tales medidas); y

b) Una orden judicial de medidas suplementarias aplicables en el momento de la apertura, a menos que el tribunal dispense a una parte del deber de notificación o limite esa obligación.

Medidas cautelares a instancia de parte (párr. 52)

43. El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando no se notifique una solicitud de medida cautelar al deudor o a otra parte interesada que se vea afectada por dicha medida, el deudor u otra parte interesada que se vea afectada por la medida cautelar tendrá derecho, previa solicitud urgente, a ser oído con la mayor prontitud[18] para que exponga sus argumentos antes de que el tribunal decida si debe mantenerse o no la dispensa de notificación.

---

[18] Todo plazo legal debería ser breve para impedir que disminuyera el valor del negocio del deudor.

Recomendaciones 39 a 51 (*continuación*)

Modificación o revocación de medidas cautelares (párr. 53)

44. El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá, por iniciativa propia o a petición del representante de la insolvencia, del deudor, de un acreedor o de toda persona afectada por las medidas cautelares, revisar y modificar o revocar éstas.

Revocación de medidas cautelares (párr. 53 y cap. I, párr. 63)

45. El régimen de la insolvencia debería especificar que quedarán revocadas las medidas cautelares cuando:

a) Se desestime una solicitud de apertura de procedimiento;

b) Se impugne con éxito, en virtud de la recomendación 43, una orden de adopción de tales medidas; y

c) Entren en vigor las medidas aplicables en el momento de la apertura del procedimiento, salvo si el tribunal opta por mantenerlas.

Medidas aplicables en el momento de la apertura (párrs. 30 a 34)

46. El régimen de la insolvencia debería especificar que, en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia[19]:

a) Se paralizará el inicio o la continuación de acciones individuales o de procedimientos[20] que afecten a los bienes del deudor, así como sus derechos, obligaciones o responsabilidades;

b) Se paralizará toda acción encaminada a que las garantías reales sean eficaces frente a terceros y a la ejecución de garantías reales[21];

c) Se paralizará toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia;

d) Se suspenderá el derecho de otra parte a poner fin a todo contrato con el deudor[22]; y

---

[19] Por lo general, las medidas enunciadas surten efecto en el momento de dictarse la orden de apertura.

[20] Véase el artículo 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase el anexo III). Se pretende que las acciones individuales mencionadas en el párrafo *a)* de la recomendación 46 abarquen también las acciones entabladas ante un tribunal arbitral. Sin embargo, tal vez no sea siempre posible paralizar automáticamente las actuaciones arbitrales, como en los supuestos en que el arbitraje no se celebre en el propio Estado sino en el extranjero.

[21] Si las disposiciones legales distintas del régimen de la insolvencia permiten hacer efectivas las garantías reales dentro de ciertos plazos especificados, es conveniente que ese régimen reconozca esos plazos y permita que la garantía se haga efectiva cuando la apertura del procedimiento de insolvencia tenga lugar antes de la expiración del período especificado. Cuando esas disposiciones legales no prevean tales casos, la paralización aplicable en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia impedirá que la garantía real adquiera eficacia. (Para un examen más a fondo de la cuestión, véase el párrafo 32 *supra*, y la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas*).

[22] Véanse los párrs. 114 a 119 *infra*. Esta recomendación no tiene la finalidad de

Recomendaciones 39 a 51 (*continuación*)

e) Se suspenderá el derecho a transmitir o gravar cualquier bien de la masa de la insolvencia o a disponer de él de algún otro modo[23].

Excepciones oponibles a la paralización (párr. 35)

47. El régimen de la insolvencia podrá permitir excepciones a la paralización o la suspensión prevista en la recomendación 46 y, cuando lo haga, deberá enunciar claramente las excepciones. El párrafo *a)* de la recomendación 46 no debería afectar al derecho a entablar acciones o procedimientos individuales necesarios para preservar algún derecho frente al deudor[24].

Otras medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento (párr. 34)

48. El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá conceder otras limitaciones de las medidas aplicables en el momento de la apertura del procedimiento[25].

Duración de las medidas automáticamente aplicables al iniciarse un procedimiento (párrs. 54 a 58)

49. El régimen de la insolvencia debería especificar que las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia mantendrán sus efectos durante todo este procedimiento hasta que:

a) El tribunal otorgue una exención al respecto[26];

b) En un procedimiento de reorganización, entre en vigor un plan de reorganización[27]; o

---

evitar que se ponga fin a un contrato si éste estipula una fecha de terminación que resulta ser posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia.

[23] La limitación del derecho a transmitir o gravar bienes de la masa de la insolvencia o a disponer de ellos de alguna otra forma puede ser objeto de una excepción en los casos en que se autorice al deudor a continuar sus actividades comerciales y en que éste pueda transmitir o gravar sus bienes o disponer de ellos de otra manera en el curso ordinario de sus negocios.

[24] Véase el párrafo 3 del artículo 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y los párrafos 151 y 152 de la Guía para su incorporación al derecho interno (véase el anexo III). Cuando se plantee una cuestión relativa a la cuantificación de una reclamación, se puede pedir al tribunal que adopte una decisión contra la paralización a fin de poder entablar una acción o un procedimiento con ese fin.

[25] Las medidas suplementarias otorgables dependerán de los tipos de medidas previstas en cada ordenamiento jurídico, así como de las medidas que resulten más adecuadas en un determinado procedimiento de insolvencia, además de las ya aplicables en el momento de la apertura (como las enunciadas en la recomendación 46).

[26] Las medidas de exención deberían otorgarse por los motivos enunciados en la recomendación 51.

[27] El plan puede entrar en vigor al ser aprobado por los acreedores o confirmado por el tribunal, según lo que prevea el régimen de la insolvencia (véase el cap. IV, párrs. 54 y siguientes).

Recomendaciones 39 a 51 (*continuación*)

c) En el caso de los acreedores garantizados en procedimientos de liquidación, expire el período fijado por la ley[28], a menos que el tribunal prorrogue ese período cuando se demuestre que:

i) La prórroga es necesaria para obtener el máximo valor posible de los bienes en beneficio de los acreedores; y

ii) El acreedor garantizado quedará protegido de toda disminución del valor del bien gravado sobre el que tenga una garantía real.

Protección frente a una disminución del valor de bienes gravados (párrs. 63 a 69)

50. El régimen de la insolvencia debería especificar que, previa solicitud al tribunal, el acreedor garantizado deberá gozar del derecho a que se preserve el valor de los bienes gravados que respalden su crédito. El tribunal podrá otorgar medidas cautelares, concretamente:

a) Pagos en efectivo con cargo a la masa;

b) La aportación de garantías reales suplementarias; o

c) Otras medidas que el tribunal considere apropiadas.

Exención de los efectos de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento (párrs. 60 a 62)

51. El régimen de la insolvencia debería especificar que un acreedor garantizado podrá solicitar al tribunal que lo exima de los efectos de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia por motivos que pueden ser, entre otros:

a) El hecho de que el bien gravado no sea necesario para una eventual reorganización o venta de la empresa del deudor;

b) El hecho de que el valor del bien gravado esté disminuyendo como consecuencia de la apertura de un procedimiento de insolvencia y de que el acreedor garantizado no esté protegido contra esa reducción del valor; y

c) En una reorganización, el hecho de que no se haya aprobado un plan de reorganización en el plazo pertinente.

C. Utilización y disposición de los bienes

1. Introducción

74. Aun cuando, como principio general, es conveniente que el régimen de la insolvencia no interfiera indebidamente en el derecho de propiedad de terceros ni en los intereses de los acreedores garantizados, en los procedimientos de insolvencia suele ser necesario seguir usando los bienes de la masa de la insolvencia y los bienes en posesión del deudor utilizados en su

[28] La finalidad es que la paralización sólo se aplique a los acreedores garantizados durante un breve período, por ejemplo de 30 a 60 días, y que el régimen de la insolvencia especifique claramente el período de aplicación.

empresa, o poder disponer de ellos (incluso gravándolos) para cumplir con el objetivo de cada procedimiento. Esto será especialmente importante en el caso de reorganización, pero también en el de liquidación cuando se desee vender la empresa como negocio en marcha. También puede ser importante en algunos casos de liquidación, cuando sea necesario mantener la empresa en marcha durante un breve período para poder obtener el máximo valor posible de los bienes, aun cuando éstos tengan que venderse individualmente. Por estas razones, es conveniente que un régimen de la insolvencia prevea cláusulas sobre la utilización o la disposición de los bienes de la masa (incluidos los bienes gravados) y de los bienes de terceros, estableciendo las condiciones en que esos bienes podrán usarse y en que podrá disponerse de ellos, asegurando también la protección de los intereses de terceros que sean propietarios de bienes y de los acreedores con créditos garantizados. La venta o enajenación de los bienes comportará normalmente la notificación a los acreedores, ya sea en general o únicamente a los acreedores afectados, de toda acción propuesta. Cuando haya que notificar a los acreedores en general, podrá hacerse por conducto del comité de acreedores que se establezca para facilitar el procedimiento (véase el cap. III, párrs. 99 a 112). Al formularse este tipo de disposiciones, puede ser importante tener en cuenta que las facultades en materia de insolvencia pueden verse afectadas por otras leyes. Por ejemplo, la legislación que prohíba o restrinja la propiedad extranjera en determinados sectores de la economía puede limitar el precio que puede obtenerse de ciertos bienes, repercutiendo a su vez en la distribución entre los acreedores.

2. Bienes de la masa de la insolvencia

a) Curso ordinario de los negocios

75. Algunos regímenes de la insolvencia distinguen entre la utilización y la disposición de los bienes de la masa en el curso ordinario[29] de los negocios del deudor y la utilización y disposición en otras circunstancias ("al margen del curso ordinario de los negocios"), en función de quién puede adoptar decisiones acerca de esa utilización o disposición, y las medidas de protección necesarias. Cuando el representante de la insolvencia se encargue de velar por la continuación del funcionamiento del negocio del deudor, ya sea durante el procedimiento de reorganización o para permitir la venta de la

[29] Este concepto se examina más a fondo en el contexto del procedimiento de anulación; véanse los párrafos 164 a 168 *infra*. Los Estados definen el "curso ordinario de los negocios" haciendo distinto hincapié en diferentes elementos. Sin embargo, en la mayoría de los ordenamientos la finalidad común de la definición es determinar lo que constituye la gestión rutinaria de la empresa y permitir a ésta que efectúe los pagos ordinarios y suscriba los contratos de rutina, sin someter esas operaciones a un posible procedimiento de anulación en la insolvencia. Esos pagos ordinarios podrían incluir el abono del alquiler, los servicios tales como la electricidad y el teléfono, y, posiblemente, también el pago de los suministros comerciales.

empresa como negocio en marcha, las decisiones sobre la utilización y disposición de los bienes en el curso ordinario de los negocios podrá tomarlas ese representante[30], sin que sea necesario notificar a los acreedores u obtener la aprobación del tribunal. Sin embargo, cuando se utilicen los bienes o se disponga de ellos al margen del curso ordinario de los negocios, puede requerirse la aprobación del tribunal o de los acreedores. Algunos regímenes hacen extensivos esos derechos de utilización y disposición al deudor, bajo la supervisión o el control del representante de la insolvencia, o al deudor que conserve la posesión de los bienes. Cuando los bienes estén sujetos a una garantía u otro derecho (por ejemplo, un contrato de arrendamiento con opción de compra), será necesario proteger los derechos económicos del titular de esa garantía.

76. El hecho de que el régimen de la insolvencia haga una distinción entre la disposición de los bienes en el curso ordinario de los negocios o en otras circunstancias puede facilitar la continuidad de la gestión cotidiana de la empresa, tanto en una reorganización como en una liquidación en que se venda como negocio en marcha, sin imponer requisitos complejos para obtener la aprobación judicial de las actividades de rutina. El requisito de la aprobación en el caso de una disposición no rutinaria de bienes puede ser una salvaguardia frente a posibles abusos, como la disposición de bienes en beneficio de partes allegadas. No obstante, es preciso que el régimen de la insolvencia dé claras orientaciones acerca de lo que constituye una operación realizada en el curso ordinario de los negocios, a fin de evitar controversias y de garantizar que los procedimientos se lleven a cabo con rapidez y eficiencia. La venta, o la enajenación de otro modo, de bienes al margen del curso ordinario de los negocios plantea varias cuestiones complejas que se examinan más adelante, incluido el método de venta destinado a generar el mayor valor posible para la masa; la venta de bienes gravados cuando exista una controversia acerca de la validez o el monto del crédito garantizado o cuando el valor de la masa aumente como consecuencia de la venta; la notificación de las partes interesadas y la posibilidad de que los compradores interesados presenten ofertas mejores y más altas; la venta inmediata en el caso de bienes perecederos, y la facultad de abandonar los bienes que carezcan de valor para la masa.

77. Algunos regímenes de la insolvencia también distinguen entre diferentes tipos de bienes en función del modo en que pueden ser utilizados y de las condiciones que se les aplicarán. Cabría adoptar disposiciones especiales, como, por ejemplo, en relación con los bienes perecederos, respecto de otros

---

[30] El ejercicio de estos derechos por el representante de la insolvencia depende de las funciones que le atribuya el régimen de la insolvencia y puede estar restringido, como, por ejemplo, cuando el papel del representante sea el de síndico o supervisor, y también depende de las funciones respectivas que se asignen al deudor y a ese representante tras la apertura del procedimiento de insolvencia, especialmente en caso de reorganización.

tipos de bienes que pierdan valor si no se venden rápidamente o cobrando en efectivo, o en el caso de bienes que el deudor posea conjuntamente con un tercero o que tenga en su poder pero que estén sujetos a una garantía real. El régimen de la insolvencia podrá disponer que esos bienes puedan venderse al margen del curso ordinario de los negocios sin la aprobación previa por parte de los acreedores o del tribunal.

78. Los problemas que pueda plantear el ejercicio indebido de las facultades de utilización y disposición o el desfalco por parte del representante de la insolvencia podrán prevenirse al fijar unos criterios para el nombramiento, exigiendo, entre otras cosas, el depósito de una caución (el criterio adoptado por muchos regímenes de la insolvencia; véase también el cap. III, párr. 62), y adoptando otras medidas que regulen la responsabilidad de dicho representante.

b) Métodos de venta

79. Cuando los bienes de la masa deban venderse, es importante que, independientemente de qué parte deba supervisar las ventas, el modo de venta elegido permita obtener el máximo valor de la masa y que se notifique adecuadamente la venta a los acreedores, permitiéndoles impugnarla judicialmente si la desaprueban. Cuando se constituya un comité de acreedores y el régimen de la insolvencia disponga que deberá consultarse a los acreedores acerca de toda venta que se proponga realizar al margen del curso ordinario de los negocios, a fin de reducir al mínimo los costos y de evitar las demoras que pueda ocasionar la notificación de todos los acreedores, podría darse por cumplido el requisito de notificar a los acreedores de toda propuesta de venta notificando al comité de acreedores. Se adoptan distintos métodos con respecto a la venta de los bienes. Muchos regímenes de la insolvencia requieren que los bienes se vendan en subasta, y algunos permiten que el comité de acreedores, algún otro representante de los acreedores o el representante de la insolvencia aprueben alguna otra forma de venta, como la venta mediante contrato privado, si resulta más provechosa.

80. Como ya se ha señalado, algunos regímenes confieren al representante de la insolvencia la facultad de vender en el curso ordinario de los negocios y lo obligan a obtener el mejor precio que sea razonable en el momento de la operación. Algunos de estos regímenes también limitan la facultad discrecional del representante para elegir el método de venta. En los casos en que el representante opta por realizar una venta privada, y no mediante una subasta pública, el régimen puede exigir que el tribunal supervise la operación o que los acreedores la aprueben. En otras legislaciones el tribunal desempeña una función importante a la hora de vender los bienes. El tribunal establece la fecha, la forma y las condiciones de la venta; el representante de la insolvencia desempeña la función subsidiaria de reunir las ofertas y recabar las opiniones de los acreedores. Algunos regímenes de la insolvencia también regulan otras cuestiones, como la venta a un acreedor para satisfacer su crédito y la venta de cualquiera de los bienes del deudor a un tercero que esté

en posesión de dichos bienes por un precio de mercado razonable. Cuando los bienes puedan sufrir una rápida pérdida de valor, como los bienes perecederos, puedan desvalorizarse o corran algún otro riesgo, puede ser difícil notificar rápidamente a los acreedores o al tribunal u obtener de inmediato la aprobación de éste o de aquéllos. En tales casos, puede ser conveniente que la ley dispense del requisito de aprobación previa. Si bien cabría confirmar la venta una vez realizada, no sería viable prever la posibilidad de anularla o modificarla (salvo en casos de fraude o colusión), debido a la incertidumbre contractual que podría crearse, y porque, de por sí, la naturaleza de los bienes podría impedir toda posibilidad de reventa.

81. Aunque cabe sugerir que el régimen de la insolvencia descarte explícitamente la venta a personas allegadas para evitar el peligro de colusión, tal vez no sea necesario prohibir terminantemente tal venta, si la operación se supervisa de forma adecuada y si, antes de autorizarla, se estudia la propuesta de venta con detenimiento, a fin de evitar el fraude o la colusión. Para esa supervisión o ese examen previo pueden imponerse requisitos de mayor envergadura, como la valoración de los bienes y la publicidad de las relaciones comerciales de la empresa.

82. Si bien cabe prever que la venta de bienes a raíz de un procedimiento de insolvencia podrá reportar menos dinero que la venta de bienes similares realizada en condiciones normales de mercado, el régimen de la insolvencia puede adoptar ciertas salvaguardias procesales a fin de garantizar que el procedimiento tenga lugar en condiciones de equidad, que se obtenga el máximo precio y, en general, que el proceso de disposición de los bienes sea transparente y objeto de una publicidad adecuada. Estas salvaguardias pueden consistir en notificar a los acreedores y a los posibles compradores de tal modo que la información pueda llegar a conocimiento de las partes interesadas; permitir que los acreedores formulen objeciones o expresen sus preocupaciones (ya sea ante el representante de la insolvencia o ante el tribunal, según proceda); exigir que los bienes sean tasados por peritos neutrales e independientes (especialmente tratándose de bienes de la masa de la insolvencia o bienes especiales); y, en el caso de subastas, requiriendo, en su caso, un proceso de calificación previa a la licitación y unos precios mínimos, y previniendo y sancionando toda colusión entre licitantes.

c) Utilización o disposición de bienes gravados

83. Un régimen de la insolvencia deberá regular la cuestión de la utilización o disposición (incluso mediante nuevos gravámenes) de los bienes gravados y, en particular, determinar si el representante de la insolvencia o acreedor garantizado estará facultado para venderlos. En gran medida, el criterio que se adopte dependerá de si el régimen de la insolvencia considera que los bienes gravados forman parte de la masa; de no ser así, el acreedor garantizado tendrá en general la libertad de hacer valer su garantía real. Cuando los bienes gravados forman parte de la masa también varían los criterios aplicados por los distintos regímenes. En algunos casos el criterio

depende de la aplicación de otras disposiciones del régimen de la insolvencia, tales como la aplicación de la paralización (durante la cual sólo el representante de la insolvencia puede disponer de los bienes), así como de otras reglas de derecho, y de si los bienes gravados pueden venderse libres de gravámenes. También puede depender del carácter de la venta propuesta, ya sea como bien individual o como parte integrante de la venta de la empresa como negocio en marcha. Algunos regímenes disponen, por ejemplo, que sólo el representante de la insolvencia podrá disponer de los bienes gravados, tanto en caso de liquidación como de reorganización. Otros regímenes distinguen entre la liquidación y la reorganización. En esos países, sólo el representante podrá disponer de los bienes en caso de reorganización, pero en una liquidación esa facultad está limitada temporalmente. Cuando haya expirado el período de exclusividad del representante de la insolvencia, el titular del crédito garantizado podrá ejercer sus derechos. Sea cual fuere el enfoque que se adopte, el régimen de la insolvencia debería prever la obligación de notificar a los acreedores garantizados de toda enajenación propuesta y el derecho de éstos a formular objeciones. Cuando el valor del crédito garantizado sea superior al del bien o cuando ese bien no sea necesario para el procedimiento, podrá autorizarse al representante de la insolvencia a renunciar al bien gravado poniéndolo a la disposición del acreedor garantizado sin previa notificación.

84. El régimen de la insolvencia debería también enunciar las condiciones (incluida la obligación de notificar a los acreedores garantizados existentes y su derecho a formular objeciones) para la imposición de nuevos gravámenes sobre los bienes ya gravados. La condición más habitual consiste en dar prelación al acreedor garantizado existente, respecto de la parte garantizada de su crédito, sobre todo nuevo acreedor garantizado (véanse los párrs. 103 y 104 *infra*).

d) Facultad del representante de la insolvencia para vender el bien libre de gravámenes

85. Algunos regímenes permiten al representante de la insolvencia vender los bienes de la masa libres de gravámenes, aunque sean garantías reales, siempre que se cumplan determinadas condiciones. Éstas pueden incluir que la venta esté permitida por disposiciones legales distintas del régimen de la insolvencia, que el titular de la garantía sea notificado de la venta propuesta y que la consienta, que el precio de venta sea superior al valor de la garantía real; que el titular de dicha garantía pueda ser obligado (en otro procedimiento judicial) a aceptar el pago en efectivo u otra garantía real equivalente para saldar su crédito; y que se preserve la prelación de los derechos sobre el producto de toda venta. Algunos regímenes también disponen que cuando el titular de la garantía real no consienta la venta, el representante de la insolvencia podrá solicitar al tribunal que autorice la venta. Esto podrá concederse siempre que el tribunal considere, por ejemplo, que el representante ha realizado esfuerzos razonables para obtener el

consentimiento, y que la venta redundará en beneficio del deudor y de sus acreedores y no perjudicará sustancialmente al titular de la garantía. Aun en el caso de que el tribunal apruebe la venta, si la oferta por el bien es insuficiente, la ley puede permitir al titular de la garantía real conservar su derecho a compensar la oferta para proteger su garantía.

86. Las ventajas de que el representante de la insolvencia pueda vender los bienes sin gravámenes radican en que por bienes sujetos a garantías reales se pagaría un precio muy inferior y esa situación crearía una considerable incertidumbre para el comprador. Cuando los bienes gravados estén sujetos a acciones incompatibles entre sí (por ejemplo, relativas a la propiedad, al arrendamiento o a los derechos de retención), la facultad del representante de vender los bienes libres de gravámenes permitirá la venta de los bienes (que no sean únicos) sin necesidad de esperar a que se resuelvan esas acciones. Los demandantes podrán entonces reclamar la parte que les corresponda en la distribución del producto de la venta.

e) Bienes en copropiedad

87. Cuando el deudor y otra persona posean bienes en alguna forma de propiedad conjunta o copropiedad, cabe seguir diferentes criterios para disponer de los bienes de la masa. Cuando se puedan dividir los bienes -en general conforme a disposiciones legales distintas del régimen de la insolvencia- entre el deudor y los copropietarios a efectos de ejecución, podrá venderse la parte correspondiente a la masa de la insolvencia sin perjudicar a los copropietarios. No obstante, algunos regímenes de la insolvencia establecen que, cuando se cumplan determinadas condiciones, el representante de la insolvencia podrá vender tanto la parte correspondiente a la masa como la de los copropietarios. Esas condiciones pueden incluir lo siguiente: que la división de la propiedad entre la masa y los copropietarios no sea factible; que la venta de una parte dividida aporte considerablemente menos valor a la masa que la venta del total indiviso de las partes de todos los copropietarios, y que el beneficio que esa venta represente para la masa compense ampliamente cualquier perjuicio que pueda sufrir el copropietario. El régimen de la insolvencia también puede dar al copropietario la opción o el derecho de comprar la parte del deudor antes de que se perfeccione la venta a un tercero. Como ya se ha señalado (párrs. 20 y 21), la disposición de esos bienes en la insolvencia puede estar sujeta a la aplicación de otras disposiciones legales.

f) Bienes gravosos, carentes de valor y difíciles de convertir en efectivo

88. Puede ocurrir que, a fin de lograr el máximo valor y de reducir los costos del procedimiento, sea conveniente permitir que el representante de la insolvencia renuncie a determinados bienes de la masa, entre ellos terrenos, acciones, bienes sujetos a garantías reales válidas, contratos u otros bienes, cuando el representante determine que la renuncia favorecerá a la masa y cuando el acreedor garantizado obtenga una exención de los efectos de la

paralización. El ejercicio de esta facultad puede estar sujeto a la aprobación del tribunal o a ciertas condiciones, como la de que esa renuncia no afecte a ningún interés público vital que pueda existir, como, por ejemplo, si el bien es ecológicamente peligroso y puede perjudicar la salud y seguridad públicas. Un régimen de la insolvencia tal vez tenga también que prever quién podría tener derecho a los bienes a que se haya renunciado. Este criterio puede ser adecuado en determinadas situaciones, como, por ejemplo, cuando los bienes tengan un valor insignificante o nulo para la masa (por ejemplo, si la garantía real excede del valor del bien gravado), cuando el bien sea tan gravoso que su retención supondría un gasto excesivo y superior a lo que se obtendría de él o crearía una obligación onerosa o una responsabilidad de pago; o cuando el bien resulte imposible o muy difícil de vender por el representante de la insolvencia, por ejemplo, cuando se trate de un bien único, que no tenga valor de mercado o para el que no haya un mercado fácilmente accesible. Cuando se da a un acreedor garantizado un bien al que haya renunciado un representante de la insolvencia, el régimen podrá prever que el crédito de ese acreedor se reducirá en la medida del valor de dicho bien. El representante de la insolvencia debería notificar a los acreedores toda propuesta de renunciar a bienes y darles la oportunidad de formular objeciones al respecto.

g) Créditos

89. Cuando los bienes de la masa incluyan créditos (derechos contractuales del deudor a que se le pague una suma de dinero), el hecho de permitir al representante de la insolvencia ceder los derechos de cobro podrá dar lugar a que se obtenga, por ejemplo, un valor o crédito para la masa. Con respecto a la cuestión de la cesión en el contexto de la insolvencia se siguen distintos criterios (véanse los párrs. 139 a 142 *infra*). Algunos regímenes establecen que con la apertura del procedimiento de insolvencia quedan anuladas las cláusulas de intransferibilidad. Otros regímenes dejan que la cuestión se rija por el derecho general de los contratos. Cuando el contrato contenga una cláusula de intransferibilidad, no podrá cederse sin el acuerdo de las partes en el contrato originario. Algunos regímenes también prevén que cuando la otra parte en el contrato originario no consienta en la cesión, el representante de la insolvencia podrá seguir adelante con el permiso del tribunal, siempre y cuando se demuestre que la parte contraria deniega el consentimiento sin un motivo razonable. Este criterio se ajusta al enfoque adoptado en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2001)[31].

---

[31] El artículo 9 (Limitaciones contractuales de la cesión) es del tenor siguiente:

"1. La cesión de un crédito surtirá efecto aunque exista un acuerdo entre el cedente inicial o cualquier cedente ulterior y el deudor o cualquier cesionario ulterior por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones ni a la responsabilidad del cedente por el incumplimiento de tal acuerdo, pero la otra

3. Bienes que sean propiedad de terceros

90. Habrá casos de insolvencia en los que los bienes propiedad de terceros, al igual que los bienes gravados, podrán ser indispensables para la explotación ininterrumpida del negocio, particularmente en procedimientos de reorganización, pero también, en menor medida, en los procedimientos de liquidación en que deba venderse la empresa como negocio en marcha. En esos casos, será ventajoso para el procedimiento de insolvencia que el régimen incluya un mecanismo que permita seguir utilizando esos bienes. Algunas legislaciones resuelven esta cuestión en función del tipo de bienes que se incluyen en la masa de la insolvencia (véanse los párrs. 10 a 12 y 17 *supra*) y, por tanto, que pueden ser utilizados por el representante de la insolvencia. Cabe señalar que, a los efectos de la *Guía Legislativa,* se consideran bienes los derechos del deudor sobre bienes propiedad de terceros. Otros regímenes en que la posesión del bien por el deudor está sujeta a un acuerdo contractual regulan la cuestión de la utilización en el contexto de la normativa aplicable a los contratos. Puede haberse previsto, por ejemplo, la imposición de ciertas restricciones a la resolución del contrato en virtud de las cuales los bienes quedan en poder del deudor (véanse los párrs. 114 a 119 *infra*), o medidas para impedir, mediante la aplicación de una paralización durante cierto tiempo después de la apertura, que el propietario reclame sus bienes en la insolvencia (al menos sin la aprobación del tribunal o del representante de la insolvencia).

91. Cuando en el procedimiento de insolvencia se usen bienes propiedad de terceros, el régimen deberá contemplar la protección de los derechos del propietario de los bienes frente a toda pérdida de valor de éstos, de la misma forma en que se da protección contra toda disminución del valor de los bienes gravados (véanse los párrs. 63 a 69 *supra*). Es conveniente que los créditos derivados de la continua utilización de un bien sean pagados por la masa como gasto administrativo (véase el párr. 131 *infra*).

---

parte en ese acuerdo no podrá resolver el contrato originario ni el contrato de cesión por la sola razón de ese incumplimiento. Quien no sea parte en dicho acuerdo no será responsable por la sola razón de haber tenido conocimiento del acuerdo.

3. El presente artículo será aplicable únicamente a la cesión de créditos:

a) Cuyo contrato originario sea un contrato de suministro o arrendamiento de bienes muebles o servicios que no sean financieros, un contrato de construcción de obras o un contrato de compraventa o arrendamiento de bienes inmuebles;

b) Cuyo contrato originario sea un contrato de compraventa, arrendamiento o concesión de licencia de un derecho de propiedad industrial o de información protegida;

c) Que representen la obligación de pago correspondiente a una operación con tarjeta de crédito; o

d) Que queden al cedente como saldo neto de los pagos debidos en virtud de un acuerdo de compensación global por saldos netos concertado entre más de dos partes."

4. Régimen aplicable al producto líquido de la venta

92. Cuando durante un procedimiento de insolvencia se vendan bienes gravados "liquidables" (es decir, bienes gravados tales como las existencias, que sean fáciles de convertir en efectivo), la mayoría de los regímenes prevén que los acreedores garantizados con un derecho sobre esos bienes gravados tendrán también un derecho equivalente sobre el producto líquido de la venta de dichos bienes.

93. Los fondos obtenidos a raíz de la venta de tales bienes pueden representar una importante fuente de capital para la masa durante los procedimientos de insolvencia, especialmente en caso de reorganización, y pueden utilizarse con distintos fines en la gestión de la empresa, como el pago de la electricidad y de otros gastos en concepto de servicios. Para utilizar el producto líquido, el representante de la insolvencia dispone generalmente de dos opciones. El producto líquido podrá utilizarse, o bien con el consentimiento del acreedor garantizado pertinente, con arreglo a lo convenido entre las partes, o bien mediante una solicitud presentada para obtener la aprobación por el tribunal de esa utilización previa notificación de los acreedores afectados. Normalmente, antes de autorizar la utilización del producto líquido, el tribunal tendrá que determinar varios aspectos: la garantía real del caso y el valor del correspondiente bien gravado; el riesgo que puede suponer la utilización del bien para el acreedor garantizado; y la adopción de medidas para proteger el valor económico del crédito garantizado, que deberán ser suficientes (véanse los párrs. 63 a 69 *supra*).

Recomendaciones 52 a 62

Finalidad de las disposiciones legislativas

La finalidad de las disposiciones sobre la utilización y disposición de los bienes es:

a) Permitir, en los procedimientos de insolvencia, la utilización y disposición de bienes, incluso de bienes gravados, y especificar las condiciones en que se podrá disponer de ellos y utilizarlos;

b) Permitir la utilización de bienes que sean propiedad de terceros y especificar las condiciones en que se podrán utilizar;

c) Establecer los límites a las facultades de uso y disposición;

d) Notificar a los acreedores el uso que vaya a hacerse de los bienes y el modo en que se dispondrá de ellos, cuando proceda; y

e) Prever normas que regulen los bienes gravosos.

Contenido de las disposiciones legislativas

Facultad para usar los bienes de la masa de la insolvencia y disponer de ellos (párr. 74)

52. El régimen de la insolvencia debería permitir:

Recomendaciones 52 a 62 (*continuación*)

a) La utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes gravados) en el curso ordinario de los negocios, excepto el producto en efectivo de su venta;

b) La utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes gravados) al margen del curso ordinario de los negocios, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 55 y 58).

Imposición de nuevos gravámenes sobre bienes gravados (párr. 84)

53. El régimen de la insolvencia debería especificar que podrán imponerse nuevos gravámenes sobre bienes ya gravados, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 65 a 67.

Utilización de bienes que sean propiedad de terceros (párrs. 90 y 91)

54. El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá utilizar un bien que sea propiedad de terceros o que esté en posesión del deudor, siempre y cuando se cumplan, entre otras, las siguientes condiciones:

a) Los intereses de terceros queden protegidos contra toda disminución del valor del bien; y

b) Los gastos derivados de los contratos de prestación continuada y de la utilización del bien tengan carácter de gastos administrativos.

Procedimiento para la notificación de los actos de disposición (párr. 82)

55. El régimen de la insolvencia debería especificar que todo acto de disposición de los bienes realizado al margen del curso ordinario de los negocios deberá notificarse adecuadamente a los acreedores[32], y que éstos deberán tener la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal.

56. El régimen de la insolvencia debería especificar que toda notificación de subastas públicas deberá efectuarse de manera que la información pueda llegar a conocimiento de las partes interesadas.

Métodos generales de venta (párrs. 79 a 82)

57. El régimen de la insolvencia debería especificar métodos para realizar ventas al margen del curso ordinario de los negocios que permitan obtener el máximo valor posible de los bienes vendidos en procedimientos de insolvencia, y permitir tanto subastas públicas como ventas privadas.

Facultad de vender bienes de la masa que no estén gravados ni sujetos a otras cargas (párrs. 85 y 86)

58. El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia vender todo bien que esté gravado o sujeto a otros derechos reales, sin ningún tipo de gravámenes y al margen del curso ordinario de los negocios, a condición de que:

---

[32] Cuando los bienes estén gravados o sujetos a otros derechos reales, se aplicará también la recomendación 58.

Recomendaciones 52 a 62 (*continuación*)

a) El representante de la insolvencia notifique la venta propuesta a los titulares de garantías reales o de otros gravámenes;

b) Los titulares de dichos gravámenes tengan la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal cuando tengan objeciones a la venta propuesta;

c) No se haya dictado ninguna limitación de la paralización; y

d) Se preserve la prelación de los derechos sobre el producto de la venta del bien.

Utilización del producto líquido (párrs. 92 y 93)

59. El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia utilizar el producto líquido o disponer de él, siempre que:

a) El acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre ese producto líquido dé su consentimiento a que se utilice o se disponga de él; o

b) Se haya notificado al acreedor garantizado la utilización o disposición propuesta y se le haya dado la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal; y

c) Se hayan previsto salvaguardias para preservar los intereses del acreedor contra toda disminución del valor del producto líquido.

Ventas urgentes (párrs. 77 y 80)

60. El régimen de la insolvencia debería permitir la venta urgente, al margen del curso ordinario de los negocios, de todo bien que, por su naturaleza o por otras circunstancias, sea perecedero, pueda desvalorizarse o corra algún otro tipo de riesgos. El régimen puede disponer que, en tales circunstancias, no se requiera la aprobación previa del tribunal o de los acreedores.

Disposición de bienes en beneficio de personas allegadas (párr. 81)

61. El régimen de la insolvencia debería exigir que toda disposición propuesta de un bien en beneficio de personas allegadas fuera objeto de un detenido examen antes de ser aprobada.

Bienes gravosos (párr. 88)

62. El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia determinar la forma de proceder respecto de los bienes que resulten gravosos para la masa. En particular, el régimen podrá permitir al representante renunciar a los bienes gravosos, después de notificar a los acreedores al respecto y de darles la oportunidad de oponerse a la medida propuesta. No obstante, cuando el valor del crédito garantizado sea superior al del bien gravado, y cuando dicho bien no sea necesario para la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha, el régimen de la insolvencia podrá permitir que el representante de la insolvencia renuncie al bien y lo entregue al acreedor garantizado sin notificar a los demás acreedores.

D. Financiación posterior a la apertura del procedimiento

1. Necesidad de financiación posterior a la apertura del procedimiento

94. El hecho de que la empresa del deudor siga funcionando después de la apertura del procedimiento de insolvencia es fundamental para la reorganización, y también es importante en caso de liquidación cuando la empresa deba venderse como negocio en marcha. Para que la empresa pueda seguir funcionando, el deudor debe tener acceso a una financiación que le permita seguir sufragando el pago de los bienes y servicios esenciales, incluidos los costos de personal, los seguros, los alquileres, el mantenimiento de contratos y otros gastos de explotación, así como los costos que entrañe la conservación del valor de los bienes. En algunos casos de insolvencia, el deudor puede ya disponer de liquidez suficiente en efectivo o en bienes convertibles en efectivo (como los ingresos previstos en concepto de créditos) para sufragar los gastos corrientes de la empresa. Otra posibilidad consiste en sufragar esos gastos con la corriente de efectivo de que disponga el deudor al dictarse una paralización y al suspenderse el pago de las deudas anteriores a la apertura del procedimiento. Cuando el deudor no disponga de fondos para atender a sus necesidades inmediatas de efectivo, deberá solicitarlos a terceros. Esta financiación puede revestir la forma de préstamos comerciales concedidos al deudor por los vendedores de bienes y servicios, o de préstamos u otros tipos de financiación proporcionados por prestamistas.

95. Cuando el objeto del procedimiento sea garantizar la continuidad de la empresa, es muy conveniente determinar con prontitud la necesidad de obtener nuevos fondos, en algunos casos incluso en el intervalo entre la fecha de presentación de la solicitud y la apertura del procedimiento. La disponibilidad de nueva financiación también será importante en los procedimientos de reorganización, después de la apertura del procedimiento y antes de la aprobación del plan; la obtención de fondos una vez aprobado el plan debería normalmente especificarse en éste, especialmente en los ordenamientos que prohíben nuevos préstamos, a menos que el plan prevea su necesidad.

96. Si bien podría ser beneficioso para los resultados del procedimiento que el deudor pudiera obtener nuevos fondos, varios ordenamientos restringen la aportación de nuevos fondos en la insolvencia o no regulan expresamente la obtención de financiación suplementaria ni la prelación para su reembolso, lo cual crea incertidumbre. Algunos regímenes, por ejemplo, sólo permiten que se presten más fondos a cambio de una garantía real, ya que prohíben que se dé prelación a la nueva financiación. En los casos en que no existan bienes no gravados, o en que el valor de los créditos no supere al de los bienes gravados, que el deudor pueda ofrecer como garantía o con los cuales el deudor pueda atender a una demanda prioritaria en relación con gastos administrativos, el deudor tiene pocas opciones. No dispondrá de nuevos fondos, a menos que un prestamista esté dispuesto a correr el riesgo de

prestar dinero sin garantía o que los pueda obtener de familiares o de empresas del grupo. Si el régimen de la insolvencia no establece ni aclara esa materia, la aportación de fondos durante el período anterior a la apertura del procedimiento de insolvencia puede plantear también cuestiones delicadas como la del ejercicio de las facultades de impugnación y la de la responsabilidad, tanto del prestamista como del deudor. Algunos regímenes disponen, por ejemplo, que cuando un prestamista proporciona fondos a un deudor insolvente en ese período, puede resultar responsable de cualquier incremento de las deudas de otros acreedores, o que la suma adelantada estará sujeta a acciones de impugnación en un ulterior procedimiento de insolvencia. En otros países, el representante de la insolvencia debe solicitar los préstamos, con lo cual pueden plantearse problemas de responsabilidad personal en lo que respecta al reembolso.

97. Cuando un régimen de la insolvencia promueva procedimientos que permitan la continuación de las operaciones de la empresa insolvente, ya sean de reorganización o de liquidación para la venta como negocio en marcha, es indispensable que se regule la cuestión de la nueva financiación y que se prevean limitaciones como las analizadas. Un régimen de la insolvencia puede reconocer la necesidad de solicitar financiación después de la apertura del procedimiento, facilitar la autorización correspondiente y determinar la prelación o la garantía del derecho de quien conceda esa financiación a obtener reembolso. La cuestión fundamental es el alcance de esa facultad y, en particular, los incentivos que pueden ofrecerse a un posible prestamista para alentarlo a conceder un préstamo. En la medida en que la solución que se adopte produzca efectos sobre los derechos de los acreedores garantizados existentes o de aquellos que tengan un derecho establecido anteriormente sobre ciertos bienes, es conveniente que, al regularse la financiación posterior a la apertura del procedimiento, se sopesen varios factores. Éstos incluyen la necesidad general de mantener los negocios mercantiles rentables, la de proteger los derechos anteriores de los acreedores y su grado de prelación, y la de reducir al mínimo cualquier consecuencia que vaya en detrimento de los derechos garantizados anteriores y de su grado de prelación y que menoscabe la posibilidad de obtener crédito, en particular financiación garantizada. También es importante prever las repercusiones en los acreedores no garantizados, que corren el riesgo de que, si se utilizan los bienes no gravados restantes para obtener nuevos fondos, queden con las manos vacías en el momento de la distribución, especialmente si fracasa la reorganización. Este riesgo debe sopesarse teniendo en cuenta la posibilidad de que esos acreedores se beneficien de la preservación del valor de la empresa como negocio en marcha al permitirle seguir funcionando.

98. Además de las cuestiones relativas a la disponibilidad y la prelación o la garantía de nuevos préstamos, el régimen de la insolvencia deberá examinar la autorización requerida para obtener esos nuevos fondos (véanse los párrs. 105 y 106 *infra*) y, cuando una reorganización fracase y se convierta en procedimiento de liquidación, el tratamiento de los fondos que pueden haber

sido adelantados antes de convertir la reorganización en liquidación (véase el párr. 107 *infra*).

2. Fuentes de financiación posterior a la apertura del procedimiento

99. Lo más probable es que tras la apertura del procedimiento se disponga de muy pocas fuentes de financiación. Una de ellas puede ser la de los prestamistas o vendedores de mercancías anteriores a la insolvencia, que mantienen una relación continua con el deudor y su negocio y que pueden adelantar nuevos fondos o conceder créditos comerciales a fin de tener más probabilidades de cobrar los créditos que ya tenían y tal vez de obtener ingresos adicionales con las mayores tasas de interés que exijan por el nuevo préstamo. Una segunda clase de prestamista será aquel que, sin tener vinculación alguna con el negocio del deudor antes de la insolvencia, actúe motivado únicamente por la posibilidad de obtener más ganancias. El incentivo que tendrán las dos clases de prestamistas es la certeza de que se dará un trato especial a la financiación concedida tras la apertura del procedimiento. Para los prestamistas anteriores a la insolvencia existen otros incentivos: la relación continua con el deudor y su negocio, la garantía de que las condiciones del préstamo concedido antes de la apertura del procedimiento no se modificarán y, en algunos regímenes, la posibilidad de que, si no conceden crédito tras la apertura del procedimiento, la prelación se desplace a los prestamistas que proporcionen esa financiación.

3. Obtención de crédito con posterioridad a la apertura del procedimiento: concesión de una garantía real o de cierta prelación

100. Para obtener financiación tras la apertura de un procedimiento y garantizar su reembolso cabe adoptar diferentes criterios. El crédito comercial obtenido o el endeudamiento de la masa efectuado, en el curso ordinario de los negocios, por un representante de la insolvencia (o por un deudor que obre en posesión de su negocio) podrá tratarse automáticamente como gasto administrativo de la masa. Cuando sea indispensable obtener crédito o contraer una deuda para obtener el máximo valor de los bienes y cuando dicho crédito o la financiación no sea, por algún otro concepto, imputable a la masa a título de gasto administrativo, o cuando deba obtenerse fuera del curso ordinario de los negocios, el tribunal podrá autorizar dicha financiación o endeudamiento de la masa, a título de gasto administrativo, con prelación absoluta frente a todo otro gasto administrativo, o con el respaldo de una garantía constituida sobre bienes aún no gravados o sólo parcialmente gravados.

a) Concesión de prelación

101. En los casos en que la empresa de un deudor siga funcionando tras la apertura del procedimiento de insolvencia, bien sea en el marco de una

tentativa de reorganización, bien sea para salvaguardar su valor con miras a su venta como negocio en marcha, en varios regímenes de la insolvencia se ha previsto que los gastos inherentes al funcionamiento de la empresa sean abonables como gastos administrativos. Los titulares de un crédito administrativo no suelen gozar de prelación sobre un acreedor garantizado respecto del bien gravado por su garantía, pero suelen tener una posición privilegiada en general (véase el capítulo V, párrs. 45 a 47 y 66) que los coloca ante los acreedores no garantizados y ante todo otro crédito privilegiado conforme a la ley, como son los créditos correspondientes a la Hacienda pública en concepto de impuestos y los créditos de la seguridad social. Los proveedores de bienes y servicios sólo seguirán suministrándolos a crédito al representante de la insolvencia si se les da una expectativa razonable de que cobrarán su crédito antes de que se satisfaga todo crédito ordinario o no garantizado nacido antes de la apertura del procedimiento. En algunos casos, esta prelación se fundamenta en la consideración de que el nuevo crédito o préstamo se concede al representante de la insolvencia, y no a la empresa deudora en sí, pasando pues a ser un gasto de la masa de la insolvencia. Algunos regímenes de la insolvencia exigen que dichos préstamos sean aprobados por el tribunal o por los acreedores, mientras que otros regímenes prevén que el representante de la insolvencia podrá negociar la financiación que sea necesaria sin aprobación alguna. Esta facultad puede conllevar cierta responsabilidad personal del representante de la insolvencia y, cuando sea así, es probable que esa responsabilidad sea un factor disuasorio a la hora de buscar nueva financiación.

102. Otros regímenes de la insolvencia prevén la concesión de una prelación administrativa privilegiada en los casos en que no sea posible obtener crédito financiero en condiciones equiparables a las de un crédito administrativo y que, por ello mismo, estaría destinado a ser tratado al igual (*pari passu*) que otros créditos administrativos, como la remuneración del representante de la insolvencia o la de todo otro profesional llamado a intervenir en el procedimiento de insolvencia. Los créditos con prelación privilegiada tienen prioridad sobre los créditos administrativos de otros acreedores.

b) Concesión de garantías reales

103. Cuando el prestamista exija una garantía real, dicha garantía se podrá constituir sobre bienes no gravados o como una garantía real de rango inferior sobre bienes ya gravados, siempre que el valor del bien gravado sea muy superior al importe de la obligación garantizada preexistente. En este caso, no será necesaria ninguna salvaguardia especial para proteger a todo acreedor que goce de una garantía anterior a la apertura del procedimiento, ya que sus derechos no se verán perjudicados, salvo que sobrevenga algún cambio de circunstancias (por ejemplo, que se deteriore el valor de los bienes gravados), por lo que dicho acreedor retendrá la prelación de la que gozaba antes de la apertura sobre el bien gravado, de no mediar acuerdo en contrario. Con frecuencia, los únicos bienes no gravados disponibles para garantizar la

financiación posterior a la apertura del procedimiento suelen ser bienes recuperados a través de algún procedimiento de impugnación. Ahora bien, en algunos regímenes de la insolvencia, gravar dichos bienes es una cuestión controvertida y no está permitido.

104. Algunos regímenes de la insolvencia han previsto que se otorgue cierto grado de prelación a los nuevos préstamos sobre los de los acreedores garantizados existentes, que a veces se denomina "gravamen privilegiado". En algunos países en que se permite dicha forma de prelación, los tribunales de la insolvencia son conscientes del riesgo que supone para los acreedores garantizados ya existentes y sólo la autorizan con reticencia y como último recurso. La concesión de esa prelación puede estar sujeta a ciertas condiciones, como la de notificarla a los acreedores garantizados afectados y de dar a éstos la oportunidad de ser oídos por el tribunal; la de que el deudor pruebe que no está en condiciones de obtener la financiación necesaria sin esa prelación; y la de que se proteja a dichos acreedores de cualquier merma del valor económico de los bienes gravados, concretamente exigiendo que el valor de esos bienes sea suficientemente superior al de los créditos. Algunos ordenamientos han previsto la simple prelación, la prelación absoluta, la garantía real y el gravamen privilegiado, denominado también prelación privilegiada, como opciones posibles para atraer los fondos necesarios tras la apertura de un procedimiento. Como regla general, es preciso proteger el valor económico de los derechos de los acreedores garantizados preexistentes, a fin de que no resulten perjudicados. De ser necesario, esta protección puede lograrse, como ya se ha indicado (véanse los párrs. 63 a 69), efectuando pagos periódicos a dichos acreedores o concediéndoles garantías reales sobre bienes suplementarios en sustitución de los bienes que haya utilizado el deudor o que se hayan gravado adicionalmente para obtener financiación suplementaria.

4. Autorización de la financiación posterior a la apertura

105. Al estudiar la autorización de nueva financiación, puede ser conveniente sopesar los daños que puedan ocasionar los nuevos fondos y los posibles beneficios de su concesión. Varios regímenes de la insolvencia permiten al representante o, en su caso, a un deudor que siga en posesión de los bienes de que se trate determinar si se necesitan más fondos para mantener en funcionamiento o sacar a flote la empresa o para preservar o incrementar el valor de la masa, y obtener crédito no garantizado sin la aprobación del tribunal o de los acreedores. Otros regímenes exigen la aprobación del tribunal o de los acreedores en determinadas circunstancias. Dado que puede ser urgente obtener nueva financiación para mantener la empresa en marcha, es conveniente reducir al mínimo el número de autorizaciones requeridas. Un régimen de la insolvencia puede adoptar un criterio jerárquico en cuanto a la autorización requerida, según el tipo de garantía o de prelación de que se trate y el volumen de crédito o financiación que deba conseguirse. Si bien, en general, el requisito de la intervención judicial puede contribuir a promover la

transparencia y a dar mayor seguridad a los prestamistas, en muchos casos el representante de la insolvencia estará en mejores condiciones para evaluar la necesidad de obtener nuevos fondos. De manera análoga, cuando los acreedores garantizados accedan a que sus garantías reales sean objeto del tratamiento modificado, puede no requerirse la aprobación del tribunal. En todo caso, el tribunal no dispondrá, para decidir, de más peritajes o datos que los que le facilite el representante de la insolvencia.

106. En general, la cuestión de la concesión de garantías sobre bienes no gravados o bienes que no estén totalmente gravados no debería requerir la aprobación del tribunal. Cuando el régimen de la insolvencia establezca el nivel de prelación que podrá otorgarse generalmente, por ejemplo, la prelación administrativa, tal vez no sea necesaria la aprobación judicial. En caso de que tal aprobación se estimara conveniente, cabría adoptar una solución intermedia, fijando un límite monetario por encima del cual el tribunal debería dar su aprobación. No obstante, cuando la garantía o la prelación que vaya a concederse afecte a los intereses, por ejemplo, de los acreedores garantizados existentes y esos acreedores desaprueben lo que se proponga, deberá exigirse la aprobación del tribunal.

5. Efectos de la conversión de la reorganización en liquidación

107. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que toda garantía o prelación concedida para la obtención de nuevos fondos podrá anularse en una liquidación subsiguiente y podrá hacer incurrir en responsabilidad a quien haya demorado la apertura de una liquidación y perjudicado potencialmente a los acreedores. Este tipo de disposiciones restan incentivos a la apertura de un procedimiento de reorganización. Un enfoque más conveniente consistiría en prever que los acreedores que obtengan prelación para los nuevos fondos conservarán esa prelación en toda liquidación subsiguiente. En otros regímenes se reconoce la prelación de los derechos de esos acreedores en un ulterior procedimiento de liquidación, pero no se les da necesariamente el mismo grado de prelación, pudiendo quedar, a la hora de cobrar, por detrás de los créditos administrativos derivados de los gastos de la liquidación o *pari passu*, es decir, en pie de igualdad con los gastos administrativos.

Recomendaciones 63 a 68

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones sobre la financiación otorgada con posterioridad a la apertura del procedimiento tienen por objeto:

a) Facilitar la obtención de crédito para mantener en marcha la empresa del deudor o garantizar su supervivencia, o para preservar o incrementar el valor de los bienes de la masa de la insolvencia;

Recomendaciones 63 a 68 *(continuación)*

b) Garantizar la debida protección de los proveedores de financiación después de la apertura; y

c) Velar por la adecuada protección de las partes cuyos derechos puedan verse afectados por la aportación de fondos después de la apertura del procedimiento.

Contenido de las disposiciones legislativas

Obtención y autorización del crédito después de la apertura del procedimiento (párrs. 94 a 100, 105 y 106)

63. El régimen de la insolvencia debería dar facilidades e incentivos al representante de la insolvencia para que obtuviera crédito tras la apertura del procedimiento si el representante lo estimase necesario para mantener en marcha la empresa del deudor o garantizar su supervivencia o para preservar o incrementar el valor de la masa. El régimen de la insolvencia podrá requerir la autorización previa del tribunal o de los acreedores para la concesión de crédito tras la apertura.

Prelación de los préstamos otorgados con posterioridad a la apertura (párrs. 101 y 102)

64. El régimen de la insolvencia debería establecer la prelación que pudiera concederse a los préstamos otorgados después de la apertura del procedimiento, de modo que por lo menos el prestamista pudiera cobrar antes que los acreedores ordinarios no garantizados, incluidos los acreedores no garantizados con prioridad administrativa.

Garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento (párrs. 103 y 104)

65. El régimen de la insolvencia debería permitir que se constituyera una garantía real para el reembolso de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, incluso sobre bienes no gravados, como los bienes adquiridos ulteriormente, o una garantía nueva o con menor prelación sobre bienes de la masa ya gravados.

66. El régimen de la insolvencia[33] debería especificar que una garantía real sobre los bienes del deudor encaminada a garantizar la financiación posterior a la apertura del procedimiento no tendrá prelación respecto de otra garantía real ya existente sobre los mismos bienes, a menos que el representante de la insolvencia obtenga el consentimiento del acreedor o los acreedores garantizados beneficiarios de la garantía o siga el procedimiento enunciado en la recomendación 67.

67. El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el acreedor garantizado ya existente no dé su consentimiento, el tribunal podrá autorizar la constitución de una garantía real que goce de prelación sobre las garantías preexistentes, siempre que se satisfagan determinadas condiciones, a saber, que:

[33] Esta norma puede estar enunciada en la legislación sobre otra materia. En tal caso, el régimen de la insolvencia debería señalar la existencia de tal disposición.

Recomendaciones 63 a 68 *(continuación)*

a) Se notifique al acreedor garantizado ya existente y se le dé la oportunidad de ser oído por el tribunal;

b) El deudor pueda probar que no le es posible obtener la financiación de otra manera; y

c) Se protejan los intereses del acreedor garantizado ya existente[34].

Efecto del cambio de procedimiento en los créditos posteriores a la apertura (párr. 107)

68. El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el procedimiento de reorganización pase a ser un procedimiento de liquidación, toda prelación concedida a la financiación posterior a la apertura del procedimiento en la reorganización deberá seguir reconociéndose en la liquidación[35].

E. Régimen aplicable a los contratos

1. Introducción

108. A medida que una economía se desarrolla, es probable que aumente la parte de su riqueza regulada por contratos. A ello se debe la enorme importancia que el régimen aplicable a los contratos reviste para los procedimientos de insolvencia. Cabe citar dos grandes dificultades para la elaboración de los principios jurídicos que deben regir en la materia. La primera dimana de que los contratos, a diferencia de los demás bienes de la masa, suelen entrañar deudas u obligaciones del deudor que la masa deberá respetar, efectuando pagos o prestaciones, a fin de poder disfrutar de los correspondientes derechos contractuales que pueden reportar contraprestaciones valiosas. Ello significa que se habrán de adoptar decisiones difíciles acerca del trato que se ha de dar a un contrato para que produzca el mayor valor posible para la masa de la insolvencia. La segunda dificultad radica en la gran diversidad de los contratos: contratos de compraventa pura y simple; arrendamientos a corto o a largo plazo de tierras o de bienes personales; y contratos sumamente complejos para franquicias o para la construcción o explotación de grandes obras o servicios de utilidad pública, entre otras cosas. Además, el deudor podrá ser parte en esos contratos como comprador o vendedor, como arrendador o arrendatario, como licenciante o licenciatario, o como proveedor o destinatario, planteando así problemas a la masa que habrán de considerarse desde ángulos muy diversos.

---

[34] Véanse los párrafos 63 a 69 *supra*.

[35] No se reconocerá necesariamente el mismo grado de prelación. Por ejemplo, es posible que los préstamos otorgados después de la apertura sólo sean reembolsables tras el pago de los créditos administrativos relacionados con los gastos de la liquidación.

109. Los objetivos de obtener el máximo valor posible de la masa y de reducir el pasivo y, en una reorganización, de lograr que el deudor salga a flote y pueda proseguir su negocio, de ser posible sin interrupciones, pueden entrañar que se haya de mantener todo contrato que sea beneficioso para la empresa y que aporte valor a la masa (incluidos los contratos que permitan seguir utilizando bienes de importancia crucial que sean propiedad de terceros), procurando deshacerse de los contratos que resulten gravosos, es decir, de aquéllos cuyo costo de ejecución sea superior a los beneficios que reporten. Cabe citar, como ejemplo, el contrato por el que un deudor se haya comprometido a comprar determinadas mercancías a un precio que sea un 50% inferior al precio de mercado en el momento de la insolvencia; en tal caso, es evidente que al representante de la insolvencia le interesará poder seguir comprando al precio inferior para revender al precio de mercado. En un caso así, el vendedor deseará naturalmente liberarse de ese acuerdo que ahora es poco rentable, pero para ejecutar el contrato bastará con que la otra parte cumpla lo acordado antes de la insolvencia. En algunos ordenamientos no estará permitido dejar de cumplir el contrato, aun cuando tal vez haya de garantizarse que se pagará el precio estipulado en su totalidad. En muchos supuestos, mantener el contrato será beneficioso para las dos partes contratantes, y no sólo para el deudor.

110. La decisión sobre el tratamiento que debe darse a los contratos en el marco de una insolvencia plantea, de entrada, por un lado, la cuestión básica de la importancia de que se aplique el derecho general de los contratos en el marco de la insolvencia y, por otro, la importancia relativa de los factores que puedan justificar que el régimen de la insolvencia no se ajuste plenamente a esos principios contractuales establecidos. Habrá, sin duda, que compaginar otros intereses encontrados, a fin de armonizar los objetivos generales de orden público con los de la insolvencia y la previsibilidad en las relaciones comerciales. Entre esos intereses figuran la importancia relativa de la reorganización y de la participación de los acreedores garantizados en la insolvencia; determinados problemas sociales que plantean ciertas categorías de contratos como los contratos de trabajo (véanse más adelante el párr. 144 y el cap. V, párrs. 72 y 73); las consecuencias de que se permita interrumpir la ejecución de contratos para la previsibilidad de las relaciones comerciales y financieras, y para el costo y la oferta del crédito financiero ofrecido a las empresas (cuanto mayores sean los poderes para mantener o rechazar contratos en casos de insolvencia, mayor será el costo del crédito financiero y menor su oferta); así como el modo en que el poder de decisión sobre la ejecución de contratos fomenta la reutilización de bienes.

111. Cuando un régimen de la insolvencia adopte el criterio de permitir una interferencia en la ejecución de contratos que pueda ser contraria a los principios generales del derecho de los contratos, exige un examen cuidadoso la cuestión del alcance de esas facultades y los tipos de contratos que pueden verse afectados. Es casi inevitable que, al abrirse un procedimiento de insolvencia, el deudor sea parte en uno o más contratos en los que ni el

deudor ni la otra parte hayan cumplido plenamente sus respectivas obligaciones que no sean el pago de una suma de dinero por mercancías ya entregadas. No se necesita ningún régimen especial para el supuesto de que sólo una parte no haya cumplido plenamente sus obligaciones. Si es el deudor quien no ha cumplido totalmente sus obligaciones, la otra parte podrá reclamar su cumplimiento o una indemnización en el marco del procedimiento de insolvencia. Si la otra parte es la que no ha cumplido totalmente sus obligaciones, el representante de la insolvencia podrá reclamar a dicha parte su cumplimiento o una indemnización. Sin embargo, cuando ambas partes no hayan cumplido plenamente sus obligaciones, es rasgo común de muchos regímenes de la insolvencia que, en determinadas circunstancias, esos contratos puedan estar sujetos a la paralización, con lo cual la otra parte no podrá ejercer su derecho a ponerles término, permitiendo que continúe la ejecución o que el contrato sea rechazado (o posiblemente cedido, aunque esta última opción no suele estar permitida). Normalmente, será el representante de la insolvencia el que deberá decidir el trato que debe darse a los contratos. No obstante, existen diferencias entre los países sobre si debe requerirse también la aprobación del tribunal.

112. En la reorganización, al ser el objetivo del procedimiento que el deudor salga adelante y prosiga su negocio en la medida de lo posible, puede ser crucial para el éxito del procedimiento mantener en vigor los contratos que sean rentables o esenciales para la empresa del deudor y que aporten valor a la masa. Entre esos contratos pueden figurar los relativos al suministro de bienes o servicios esenciales o los que permitan utilizar bienes cruciales para mantener la empresa en marcha, incluidos los bienes que sean propiedad de terceros. Cabe mejorar las perspectivas de éxito si se autoriza al representante de la insolvencia a rechazar los contratos gravosos, por ejemplo, los que supongan para la masa una carga superior al beneficio reportado o, en el supuesto de un arrendamiento que no haya expirado, cuando su precio sea superior al que entonces rija en el mercado. Es probable que en una liquidación sea menos importante que en una reorganización respetar la vigencia de los contratos después de la apertura del procedimiento, salvo si el contrato puede agregar valor a la empresa del deudor o a un determinado bien o si puede facilitar la venta de la empresa como negocio en marcha. Por ejemplo, un alquiler negociado a un precio inferior al del mercado y por un plazo cuya expiración esté aún distante puede constituir un activo importante en toda venta propuesta del negocio o puede venderse en beneficio de los acreedores.

113. En cuanto a los tipos de contratos que se verán afectados, una solución habitual en los regímenes de la insolvencia consiste en prever normas generales para todas las clases de contratos, con excepciones para algunos contratos especiales. Puede convenir, por ejemplo, limitar la facultad para rechazar los contratos de trabajo, a fin de tener en cuenta el temor de algunos a que la liquidación pueda utilizarse como ardid para eliminar la protección que esos contratos proporcionan a los empleados. Cabe citar también como

categorías de contratos que requieren un régimen especial los contratos financieros (véanse los párrs. 208 a 215 *infra*), algunos contratos de servicios personales, en los que la identidad de la persona que ha de cumplir el acuerdo, ya sea el propio deudor o un empleado suyo, revista particular importancia, y los contratos de préstamos y de seguros.

2. Cláusulas de extinción o agilización automática de los contratos y cláusulas similares

114. Muchos contratos contienen una cláusula que define los casos de incumplimiento que darán a la otra parte un derecho incondicional, por ejemplo, a extinguir el contrato o a acelerar su ejecución (a veces denominadas cláusulas *ipso facto*). Entre esos casos suelen figurar la presentación de una solicitud de apertura, o la apertura en sí, de un procedimiento de insolvencia; el nombramiento de un representante de la insolvencia; el hecho de que el deudor cumpla los criterios para abrir un procedimiento; e incluso los meros indicios de que el deudor se encuentra en una situación financiera precaria. En algunos regímenes se reconoce la validez de estos tipos de cláusulas, y cuando, por ejemplo, sea conveniente seguir ejecutando el contrato después de la apertura del procedimiento, esto sólo será posible si la otra parte no opta por ejercer sus derechos de resolución en virtud del contrato, o si se consigue convencerla de que no opte por tal posibilidad, o también si el régimen de la insolvencia prevé algún mecanismo para lograr que la otra parte acceda a mantener el contrato. En el caso de cláusulas de extinción, ese mecanismo puede consistir en dar prelación al pago por todo servicio contractual prestado tras la apertura del procedimiento (algunos regímenes de la insolvencia prevén disposiciones generales en virtud de las cuales los gastos posteriores a la apertura suelen gozar de privilegio general).

115. A favor de que se respeten estos tipos de cláusulas cabe aducir los siguientes factores: la conveniencia de respetar todo negocio mercantil que se haya concertado; la necesidad de evitar que el deudor cumpla únicamente los contratos que le sean rentables y rechace los demás (ventaja de la que estará privada la otra parte); el efecto de no respetar las cláusulas de extinción automática sobre todo acuerdo de compensación global por saldos netos entre contratos financieros; la lógica de que, puesto que la empresa insolvente no estará, en general, en condiciones de efectuar pagos, toda demora en la extinción de los contratos sólo contribuirá a incrementar su endeudamiento; la necesidad de todo creador de ideas reconocidas como propiedad intelectual de poder controlar su explotación comercial; y las repercusiones que pueda tener la extinción de un contrato relativo a un bien inmaterial en el negocio de la otra parte.

116. Con arreglo a otro criterio, el régimen de la insolvencia niega eficacia a esas cláusulas, haciéndolas inaplicables. Cuando la cláusula prevea, por ejemplo, la extinción al registrarse un caso definido de incumplimiento, podrá mantenerse el contrato aunque se oponga la otra parte. En tal caso, el derecho

de la otra parte a rescindir el contrato estará sujeto a la paralización, con lo cual el representante de la insolvencia dispondrá de tiempo para examinar el contrato y adoptar una decisión al respecto. Si bien cabe considerar que el criterio de que el régimen de la insolvencia deje sin efecto esas cláusulas va en contra de los principios generales del derecho de los contratos, esa posibilidad puede ser crucial para el éxito del procedimiento. En una reorganización, por ejemplo, si se trata de un contrato de arrendamiento de algún factor esencial o de utilización de bienes de propiedad intelectual incorporados a algún producto clave de la empresa, la ejecución continuada del contrato puede aumentar la rentabilidad potencial del negocio; restar medios de presión comercial a algún proveedor esencial; asegurar el valor de los contratos del deudor en beneficio de todos sus acreedores; y contribuir a que todos los acreedores accedan a que se abra un procedimiento de reorganización.

117. En el caso de liquidación, los argumentos que cabe aducir a favor de que se pueda privar de efecto a las cláusulas de resolución son los siguientes: la necesidad de mantener intacto el negocio para incrementar su rentabilidad potencial y obtener el máximo valor de venta; la obtención para la masa del valor de todo contrato rentable en beneficio de todos los acreedores, en vez de que quede en manos de la otra parte; y la conveniencia de interesar a todas las partes en la suerte final del negocio.

118. Aun cuando en algunos regímenes de la insolvencia ya se permita dejar sin efecto estos tipos de cláusulas si se abre un procedimiento de insolvencia, este criterio todavía no se ha generalizado. Subsiste un dilema fundamental entre el deseo de favorecer la supervivencia de la empresa deudora, lo que puede requerir mantener ciertos contratos, y el peligro de restar previsibilidad a los tratos comerciales y de elevar su costo, al prever diversas excepciones a las reglas generales del derecho de los contratos. Si bien es evidente que en esta cuestión deberán sopesarse cuidadosamente las ventajas e inconvenientes, hay, con todo, circunstancias en que la capacidad del representante de la insolvencia para lograr que un contrato siga ejecutándose será crucial para el éxito de la reorganización, y también, aunque quizá en menor medida, en una liquidación en que deba venderse la empresa como negocio en marcha. Por estas razones, es conveniente que el régimen de la insolvencia permita dejar sin efecto las cláusulas de extinción. Todo impacto negativo de la facultad de dejar sin efecto esos tipos de cláusulas puede contrarrestarse indemnizando a los acreedores que puedan demostrar que han sufrido algún daño o pérdida debido a que siga ejecutándose el contrato tras la apertura del procedimiento de insolvencia, o previendo excepciones a la regla general de dejar sin efecto dichas cláusulas cuando sean las de determinados tipos de contratos, como los contratos de préstamo de dinero y, en particular, los contratos financieros (véanse los párrs. 208 a 215 *infra*).

119. Cuando el régimen de la insolvencia prevea que podrán dejarse sin efecto las cláusulas de extinción, es posible que los acreedores adopten medidas preventivas para evitarlo, rescindiendo el contrato por algún otro

motivo antes de presentarse la solicitud de apertura del procedimiento (invocando un incumplimiento del deudor que no dependa de esa apertura). Cabría atenuar ese riesgo disponiendo que el representante de la insolvencia estuviera facultado para restablecer los contratos rescindidos, siempre que diera cumplimiento a las obligaciones previas y posteriores a la apertura de procedimiento.

3. Mantenimiento o rechazo de contratos

a) Procedimiento para el mantenimiento o rechazo de contratos

120. Los regímenes de la insolvencia siguen distintos criterios respecto del mantenimiento y el rechazo de contratos. Conforme a algunos regímenes, los contratos no se verán afectados por la apertura del procedimiento, por lo que toda obligación contractual seguirá siendo vinculante y rigiéndose por el derecho general de los contratos, salvo que un régimen de la insolvencia disponga expresamente que deba aplicarse alguna otra norma, como la que prevé la facultad de dejar sin efecto las cláusulas de extinción automática (véanse los párrafos anteriores) o de rechazar un contrato.

121. Otros regímenes prevén un mismo procedimiento para mantener o rechazar un contrato, consistente en exigir que el representante de la insolvencia adopte una decisión positiva al respecto, como la de notificar a la otra parte que el contrato continuará ejecutándose (y en algunos casos se incorporará a la masa de la insolvencia) o que será rechazado. En los regímenes que adoptan este enfoque, el derecho de la otra parte a resolver el contrato estará sujeto a la paralización, a fin de dar tiempo al representante de la insolvencia para decidir la medida que deberá adoptarse respecto del contrato. El inconveniente de obligar al representante a adoptar medidas positivas sobre todos los contratos radica en que, en la práctica hay muchos casos en que no se puede adoptar una decisión al ser imposible ejecutar el contrato. Además, el requisito de que se adopte una decisión explícita para cada contrato resultaría excesivamente costoso y engorroso. Otro problema que plantea este enfoque es el de si el representante de la insolvencia está o no bien informado de todos los contratos en que es parte el deudor y de si, por lo tanto, está o no en condiciones de adoptar una decisión sobre cada contrato. Por consiguiente, es importante el modo en que la ley regula los contratos de los que no tenga conocimiento el representante, en particular en lo relativo a las reglas supletorias.

i) Especificación de plazos

122. Algunos regímenes que requieren la adopción de medidas positivas exigen también que esas medidas se adopten en un plazo determinado (previendo eventualmente una prórroga en determinadas circunstancias), que generalmente es más largo en una reorganización que en una liquidación. Esos plazos oscilan entre 28 y 60 días. En otras leyes corresponde al tribunal fijar el plazo. Con este criterio se trata de que ambas partes sepan a qué

atenerse. El representante de la insolvencia debe adoptar una decisión oportuna respecto de todo contrato pendiente en el momento de la apertura del procedimiento, dando a la otra parte cierta seguridad en el sentido de que el contrato seguirá cumpliéndose en un plazo razonable tras la apertura del procedimiento.

ii) Reglas supletorias

123. Varios regímenes prevén una regla supletoria en virtud de la cual si el representante de la insolvencia no actúa en el plazo requerido, el contrato se considerará, por ejemplo, rechazado o no ejecutable. Cuando se prevea una regla supletoria, convendrá hacer una distinción entre la liquidación y la reorganización, y también entre los contratos de los que el representante tenga conocimiento y aquellos de los que no tenga constancia. En la liquidación, como cabe presumir que el hecho de que el representante no adopte ninguna decisión sobre un contrato equivale con toda probabilidad a un rechazo, podría rechazarse automáticamente todo contrato, a menos que se adoptaran medidas para preservarlo. Ese resultado sería acorde con el objetivo de la liquidación cuando se requiriera la venta de los bienes por partes.

124. En caso de reorganización o de venta de la empresa como negocio en marcha, tal vez no sería siempre apropiado hacer la misma suposición, y habría que prever una mayor flexibilidad para evitar situaciones en que, al no haberse actuado a tiempo, la masa de la insolvencia quedara privada de un contrato que pudiera resultar crucial para el procedimiento. Por consiguiente, tal vez convenga que el representante de la insolvencia tenga tiempo para decidir si se ha de rechazar un contrato hasta que se apruebe el plan de reorganización, siempre y cuando todos los costos de ejecución del contrato hasta el momento del rechazo se abonen como gasto administrativo a la otra parte, que deberá poder exigir una decisión anterior si lo desea o lo juzga necesario. Conviene que se determine claramente en el plan el trato que se ha de dar a determinados contratos, disponiéndose tal vez que todo contrato no expresamente mencionado en el plan quede automáticamente rechazado al ser aprobado dicho plan.

iii) Derecho de la otra parte a solicitar una decisión

125. Algunos regímenes confieren a la otra parte un derecho incondicional a solicitar al representante de la insolvencia que adopte una decisión sobre un determinado contrato en un plazo especificado. Esta regla puede ser incluso aplicable cuando el régimen de la insolvencia fije un plazo para que el representante adopte una decisión, de modo que la otra parte podrá solicitar una decisión sin tener que esperar hasta que expire el plazo legal. Este derecho puede ser particularmente importante cuando el contrato prevea algún servicio continuo y la inacción del representante pueda dar lugar a una acumulación de gastos innecesarios (por ejemplo, el pago del alquiler de un bien arrendado por el deudor puede causar una cantidad sustancial de gastos

administrativos si ese contrato de arrendamiento no se rescinde rápidamente), o a que deje de prestarse un servicio esencial. Cuando el representante de la insolvencia no adopte una decisión en el plazo especificado, el régimen de la insolvencia puede permitir a la otra parte solicitar al tribunal que exija que se adopte una decisión o puede aplicar una regla supletoria en virtud de la cual se mantenga o rechace el contrato.

iv) Continuación o mantenimiento del contrato en su conjunto

126. Cualesquiera que sean las normas que se adopten en lo referente a la continuación de la ejecución o el rechazo de los contratos, es conveniente que, a este respecto, las facultades del representante de la insolvencia se limiten al contrato en su totalidad a fin de evitar que ese representante pueda decidir aceptar la ejecución de ciertas partes del contrato y rechazar otras.

v) Contratos de los que tiene conocimiento el representante de la insolvencia

127. También es conveniente que toda facultad del representante de la insolvencia respecto de la suerte de los contratos quede circunscrita a los contratos de los que tengan conocimiento el representante o el tribunal (si el régimen de la insolvencia atribuye al tribunal competencias al respecto). De no preverse esta limitación, el hecho de que no se adopte una decisión sobre un contrato porque el representante desconoce su existencia puede dar lugar a la presentación de una demanda por daños y perjuicios e incluso la posibilidad de incurrir en responsabilidad por negligencia. Cuando el representante de la insolvencia no tenga conocimiento de un determinado contrato, tampoco será conveniente que la ley aplique una regla supletoria que dé lugar a la continuación de la ejecución o al rechazo de un contrato antes de que el representante de la insolvencia haya tenido la oportunidad de evaluarlo. Otra solución de este problema (si el deudor se atuviera a ella) consistiría en que la ley exigiera al deudor que presentara al representante de la insolvencia la lista de los contratos que no se hubieran cumplido en su totalidad (véase el capítulo III, párr. 24).

b) Momento en que surte efecto la notificación de mantenimiento o rechazo de un contrato

128. Cuando el régimen permita al representante de la insolvencia rechazar un contrato, es conveniente fijar el momento a partir del cual surtirá efecto el rechazo, que puede ser aquél en que el representante adopte tal decisión o, retroactivamente, un momento anterior a la decisión. Un criterio consiste en que el rechazo tenga efectos retroactivos y sea eficaz en el momento de la solicitud de apertura del procedimiento, con la consecuencia de que el contrato no dará lugar a responsabilidad después de la apertura, salvo respecto de los bienes suministrados o de los servicios prestados, en beneficio de la masa, tras la apertura del procedimiento.

129. Cuando la ley obligue al representante de la insolvencia a decidir el mantenimiento o el rechazo de un contrato, es conveniente que prevea también la obligación del representante de notificar su decisión a la otra o a las otras partes. En la notificación, el representante debería informar a la otra parte de sus derechos, incluido el de impugnar la decisión adoptada sobre su contrato y el de presentar una demanda (basada en un incumplimiento anterior a la apertura o en la decisión respecto de su contrato), incluidos todos los trámites pertinentes.

c) Mantenimiento de un contrato en supuestos de incumplimiento del deudor

130. Cuando, al solicitarse la apertura de un procedimiento, el deudor aún no haya cumplido un contrato, cabe cuestionar si es justo exigir a la otra parte en ese contrato que prosiga sus relaciones comerciales con un deudor insolvente. Algunos regímenes de la insolvencia exigen, como requisito para seguir ejecutando tal contrato durante el resto del período previsto en sus cláusulas, que el representante de la insolvencia subsane todo incumplimiento del contrato por parte del deudor (restableciendo la situación económica que tenía la otra parte antes del incumplimiento) y garantice su futuro cumplimiento depositando, por ejemplo, una caución o garantía. Otros regímenes de la insolvencia no exigen subsanar incumplimientos anteriores, pero pueden restringir las circunstancias en que pueda seguir ejecutándose un contrato. Un ejemplo de ello es el caso de contratos que puedan dividirse en varias partes separables, como los contratos de prestación de servicios, que se facturan mensualmente. Los regímenes de la insolvencia permiten a menudo expresamente que se mantengan los contratos de servicios esenciales, como los de teléfono, electricidad, gas, agua y recogida de basura. El hecho de facilitar al deudor el acceso a esos servicios, sin exigirle que subsane el incumplimiento de un contrato, tiene cierta justificación (sobre todo en el caso de una solicitud de apertura presentada por un acreedor), a condición de que el deudor pueda cumplir sus obligaciones posteriores a la apertura. Un régimen de la insolvencia debería regular en forma clara las circunstancias en las que el deudor tendrá que subsanar un incumplimiento, a fin de que el contrato pueda seguir ejecutándose. Algunos regímenes también exigen al representante de la insolvencia que garantice el cumplimiento futuro y que, en ciertos casos, acceda a responder personalmente de todo incumplimiento.

d) Ejecución del contrato antes de que se decida mantenerlo o rechazarlo

131. Aunque no es frecuente hacerlo en los regímenes de la insolvencia, puede ser también conveniente regular las obligaciones de la otra parte durante el período que medie entre la apertura del procedimiento y la decisión acerca de la suerte del contrato (en los casos en que se requiera tal decisión), en particular, determinar si la otra parte debe empezar a ejecutar o seguir ejecutando el contrato. Este enfoque permitiría alcanzar los objetivos de ofrecer seguridad jurídica y previsibilidad a todas las partes interesadas.

Cuando siga cumpliéndose un contrato antes de que se decida mantenerlo o rechazarlo, los costos que origine la continuación del cumplimiento del contrato, y que se deriven del mismo, deberían ser pagaderos a título de gastos de administración de la masa. La justificación de este enfoque es que cabe suponer razonablemente que la ejecución de un contrato después de la apertura de un procedimiento redunda en beneficio de la masa, ya que, de otro modo, se debería haber rechazado. Cuando el representante de la insolvencia utilice bienes que sean propiedad de terceros, y que estén en posesión del deudor sujetos al contrato, los costos de la continuación del cumplimiento del contrato que se deriven del mismo deberían ser pagaderos a título de gastos de administración de la masa, y debería protegerse a los terceros contra toda disminución del valor de esos bienes, en la medida en que esta cuestión no esté prevista en el contrato.

e) Efecto del mantenimiento o rechazo de un contrato sobre la otra parte

i) Mantenimiento del contrato

132. En los regímenes que requieren que el representante de la insolvencia adopte medidas positivas, los contratos que éste decida seguir ejecutando se consideran obligaciones vigentes del deudor posteriores a la apertura del procedimiento que deben cumplir tanto la masa como la otra parte. Los créditos nacidos en la ejecución de esos contratos son tratados por ciertos regímenes de la insolvencia como gastos de administración de la masa (y no como créditos no garantizados) y gozan de prelación frente a los créditos ordinarios. Dado que esa prelación supone un riesgo para los demás acreedores (que cobrarán después), es conveniente que, si se adopta este enfoque, sólo se mantengan los contratos que sean rentables o que sean esenciales para mantener en marcha el negocio del deudor tras la apertura del procedimiento de insolvencia. En los ordenamientos jurídicos en que se apliquen las reglas generales del derecho de los contratos y en que el representante de la insolvencia no tenga que adoptar una decisión sobre el mantenimiento de los contratos, el régimen de la insolvencia puede disponer que esos créditos no gozarán de prelación y que se tratarán como los demás créditos no garantizados.

133. Dado que el mantenimiento de un contrato con una parte sujeta a procedimientos de insolvencia puede entrañar para la otra parte un riesgo que de otro modo no habría existido, puede ser conveniente que el régimen de la insolvencia prevea ciertas salvaguardias para la otra parte. Deberán sopesarse diversos factores, como la importancia del contrato para el procedimiento, los gastos que las salvaguardias necesarias puedan ocasionar en el procedimiento, la posibilidad de que el deudor o la masa estén o no en condiciones de cumplir las obligaciones durante la continuación del contrato y las repercusiones que pueda tener para la contratación comercial el hecho de forzar a la otra parte a asumir el riesgo de impago. Si el contrato estipula, por ejemplo, que el vendedor otorgará crédito al deudor durante cierto tiempo antes de exigirle el pago, o que el pago deberá efectuarse en el momento de la

entrega, el vendedor puede tener que realizar gastos sustanciales o sufrir perjuicios si, cuando llegue el momento del pago o de la entrega, el representante de la insolvencia ya no está en condiciones de pagar. Algunas legislaciones tratan de evitar que se produzca tal situación exigiendo que el representante de la insolvencia garantice a la otra parte el pago o el cumplimiento del contrato mediante, por ejemplo, una garantía bancaria o una carta de crédito. En otros regímenes, el representante puede ser personalmente responsable del cumplimiento. Este criterio puede comportar un factor disuasorio en lo que respecta a mantener los contratos que entrañen un riesgo de incumplimiento, lo que, a su vez, puede afectar negativamente al proceso de reorganización. La responsabilidad personal puede resultar particularmente onerosa en contratos como los de trabajo. Con arreglo a otro criterio, se exige a la otra parte asumir el riesgo de impago por estimarse que ese riesgo es habitual e inherente a toda negociación mercantil. Si se concede prelación administrativa a los créditos y pagos relativos a la continuación del cumplimiento de un contrato después de la apertura, puede darse cierto amparo a la otra parte (aunque tal vez no mucho, si sólo se dispone de un número limitado de bienes para pagar esos gastos).

ii) Rechazo del contrato

134. Si un contrato es rechazado, se suele dispensar a la otra parte del cumplimiento del resto del contrato, y lo más importante será determinar de qué vías de recurso dispondrá esa otra parte. Muchos regímenes prevén que la otra parte sólo tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios, aunque en otras leyes no relacionadas con la insolvencia se prevean diferentes vías de recurso. Una de las razones aducidas para justificar este enfoque es que la imposición de otras soluciones, como la entrega de mercancías fabricadas pero no entregadas antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, equivaldría a la obligación de pagar a la otra parte la totalidad del crédito, con lo cual se discriminaría a los demás acreedores no garantizados, que no gozarían del mismo derecho, y se violaría el principio del trato equitativo. No obstante, en algunos ordenamientos se permite este tipo de solución respecto de la entrega de bienes, mientras que en otros se permite la ejecución en el caso de contratos de compraventa de terrenos.

135. Cuando se indemnice por daños y perjuicios, los daños no asegurados que se deriven del rechazo del contrato pueden calcularse conforme a las disposiciones legales distintas del régimen de la insolvencia y la otra parte pasará a ser un acreedor sin garantía con un crédito equivalente a la suma determinada. Además de los daños y perjuicios ocasionados por el rechazo del contrato, la otra parte puede presentar una reclamación relativa al

cumplimiento del contrato antes de ser rechazado (que podrá figurar como crédito por gastos administrativos de la insolvencia)[36].

f) Modificación de los contratos que se mantienen en ejecución

136. Otra cuestión que cabría regular en relación con los contratos que siguen en ejecución es la de las circunstancias en que el representante de la insolvencia puede modificar sus condiciones. Como ya se ha señalado, deberá respetarse todo lo que estipule el contrato y, como principio general, el representante de la insolvencia no gozará de mayores facultades para modificar el contrato que las que tendría el propio deudor en virtud del contrato. El representante de la insolvencia estará en general obligado a negociar con la otra parte cualquier modificación que desee, y toda modificación que haga sin el consentimiento de ella constituirá una violación del contrato, por lo que la otra parte podrá utilizar los medios de protección aplicables al caso.

4. Arrendamientos de terrenos y locales

137. Algunos regímenes de la insolvencia contienen disposiciones específicas sobre los arrendamientos de terrenos y locales que no hayan vencido, distinguiendo entre los arrendamientos de viviendas y los de edificios comerciales. Los arrendamientos comerciales, en particular, son a menudo importantes en los procedimientos de reorganización. Por ejemplo, los arrendamientos a precios inferiores a los del mercado constituyen un activo que, al venderse, puede reportar un beneficio a la masa. En contraste, la posibilidad de deshacerse de un arrendamiento de un local que sólo ocasione pérdidas de dinero puede ser una ventaja cuando al deudor le convenga reducir las dimensiones de su empresa para que el procedimiento de reorganización pueda prosperar.

138. Conforme a algunos regímenes, un arrendamiento en el que el deudor sea el arrendatario puede rechazarse sin tener en cuenta la fecha de su vencimiento, siempre que se respeten los períodos de preaviso previstos en la legislación o en el contrato de arrendamiento. El rechazo del contrato daría al arrendador un derecho de indemnización por rescisión anticipada. Si el deudor es un arrendatario y se desea mantener el contrato, tal vez proceda imponer ciertas condiciones a la masa de la insolvencia, por ejemplo, que el representante de la insolvencia subsane cualquier incumplimiento, indemnice por todo daño resultante de dicho incumplimiento y garantice el futuro cumplimiento del contrato de arrendamiento. Tal vez convenga también fijar un tope para la indemnización reclamada por el arrendador (que puede expresarse como una determinada cantidad de dinero o como un plazo estricto para el pago de daños y perjuicios), a fin de que el monto de la indemnización

---

[36] Véase el cap. V, párrs. 62 a 79, relativo al orden de prelación de los créditos.

abonable en concepto de arrendamiento a largo plazo no sea desproporcionado y no reduzca excesivamente el saldo que vaya a quedar para pagar los créditos de otros acreedores. Normalmente, los arrendadores pueden mitigar sus pérdidas realquilando sus locales o terrenos.

5. Cesión

139. El hecho de que el representante de la insolvencia pueda optar por ceder un contrato a un tercero, pese a toda cláusula contractual de intransferibilidad o de rescisión automática del contrato en caso de insolvencia, puede resultar provechoso para la masa de la insolvencia y, por tanto, para los acreedores entre los que se reparta el producto de su liquidación, y también en un procedimiento de reorganización. Puede suceder, por ejemplo, cuando el precio del contrato sea inferior al del mercado, que la otra parte se beneficie del rechazo del contrato. Si el contrato puede ser cedido, esa diferencia entre el precio del mercado y el del contrato beneficiará a la masa de la insolvencia y no a la otra parte en el contrato.

140. Ahora bien, prever la cesión de un contrato en contra de lo estipulado en sus cláusulas puede menoscabar los derechos contractuales de la otra parte y perjudicarla, especialmente cuando dicha parte no pueda apenas intervenir en la selección del cesionario. Además, la cesión puede tener el inconveniente de imponer a la otra parte un cesionario que no conozca o con el que no desee tener tratos. Se siguen diversos criterios respecto de la cesión. Algunos regímenes de la insolvencia invalidan expresamente toda cláusula de intransferibilidad del contrato al abrirse un procedimiento de insolvencia. En cambio, en otros, la cuestión se regula por el derecho general de los contratos; si el contrato contiene una cláusula de intransferibilidad, éste no podrá cederse a menos que la otra parte o todas las partes en el contrato originario den su consentimiento. Sin embargo, algunos de estos regímenes establecen también que, en caso de que la otra parte no dé su consentimiento, el tribunal podrá aprobar la cesión si, por ejemplo, se demuestra que la otra parte deniega su consentimiento sin motivo razonable o que esa parte no resulta sustancialmente desfavorecida por la cesión, o el representante de la insolvencia puede demostrar a la otra parte que el cesionario reúne las condiciones para cumplir adecuadamente el contrato[37].

141. Cuando el régimen de la insolvencia permita la cesión de contratos, sería muy importante requerir al deudor que, antes de ceder un contrato, subsanara todo incumplimiento del mismo. Con ello se evitarían problemas en la sustitución del deudor por el cesionario como parte contratante.

---

[37] Este enfoque corresponde, por ejemplo, al criterio seguido en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (para el texto del artículo 9, véase la nota 31 *supra*).

142. Aun cuando el representante de la insolvencia esté facultado para ceder contratos, algunos no podrán cederse si requieren la prestación de servicios personales irreemplazables o si la ley prohíbe su cesión. En algunos Estados, por ejemplo, no se permite ceder los contratos públicos.

6. Excepciones generales a la facultad para continuar la ejecución, rechazar y ceder contratos

143. Las excepciones a la facultad del representante de la insolvencia para decidir la suerte de los contratos suelen dividirse en dos categorías. La primera guarda relación con tipos concretos de contratos y la segunda con los contratos que no pueden ejecutarse. En el primer caso, cuando el régimen de la insolvencia prevea que se dejará sin efecto toda cláusula contractual de extinción automática, puede ser conveniente contar con excepciones específicas en el caso de ciertos contratos, como los contratos financieros de corta duración (por ejemplo, los contratos de permuta y de entrega futura; véanse los párrs. 208 a 215 *infra*), los contratos de seguros y los relativos a la obtención de préstamos. Las excepciones a la facultad de rechazar contratos también pueden ser adecuadas en el caso de los contratos de trabajo y de los acuerdos en los que el deudor sea arrendador, titular de una franquicia o beneficiario de una licencia de propiedad intelectual, y en que la extinción del contrato pueda arruinar o perjudicar gravemente el negocio de la otra parte, especialmente cuando no reporte grandes ventajas para el deudor, así como los contratos con entidades públicas, como los acuerdos de concesión de licencias y los contratos de compras públicas.

144. Para aumentar la transparencia del régimen de la insolvencia, es conveniente que la facultad del representante de la insolvencia para decidir la suerte de los tipos de contratos que se examinan en esta sección quede claramente establecida.

a) Contratos de trabajo

145. Como ya se ha señalado, una limitación importante de las facultades del representante examinadas en esta sección es la que exceptúa los contratos de trabajo. Además de ser importantes para la reorganización de una empresa, esos contratos lo son también en el caso de una liquidación en la que el representante de la insolvencia trate de vender la empresa del deudor como negocio en marcha. El precio de la venta será superior si el representante de la insolvencia puede poner fin a ciertos contratos de trabajo onerosos para lograr la necesaria reducción de la fuerza de trabajo del deudor. Ahora bien, la relación entre empleados y empleadores plantea algunos de los problemas más difíciles de resolver en un régimen de la insolvencia. El problema no sólo radica en el contrato en sí, que es básicamente igual a todo otro contrato pendiente, sino también en las disposiciones, normalmente de carácter imperativo, de otras leyes que amparan la situación de los empleados. Puede haber, por ejemplo, disposiciones que regulen los despidos injustos, el salario mínimo, las vacaciones pagadas, el límite de las horas de trabajo, las licencias

de maternidad, la igualdad de trato y la no discriminación. Lo difícil es, en general, determinar el modo en que esas disposiciones repercutirán en la insolvencia, pues suscitan cuestiones mucho más amplias que la extinción del contrato o el orden de prelación de los créditos monetarios respecto de los salarios y prestaciones no abonados. Por ello, algunos Estados han promulgado regímenes especiales para proteger los créditos de los empleados en casos de insolvencia (véase el cap. V, párrs. 72 y 73, relativos a la prelación de los créditos de los empleados). Además, estos regímenes, para evitar que los procedimientos de insolvencia se utilicen para soslayar la obligación de proteger a los empleados, limitan expresamente la facultad del representante de la insolvencia para rechazar contratos de trabajo. Siguiendo este criterio, podría limitarse esa facultad a los casos en que, por ejemplo, la remuneración de un empleado fuera excesiva habida cuenta de lo que percibiría, en promedio, un empleado que realizara un trabajo de la misma índole. En algunos Estados, el régimen prevé que los empleados deberán seguir en la empresa cuando ésta se venda como negocio en marcha, ya sea en caso de liquidación o de reorganización, aunque en otros esta regla sólo es aplicable en los casos de reorganización.

b) Contratos sobre servicios irreemplazables y personales

146. La segunda categoría es la de los contratos que, independientemente de las disposiciones sobre extinción automática que prevea el régimen de la insolvencia, no pueden mantenerse porque estipulan la obligación de que el deudor o uno de sus empleados presten servicios personales irreemplazables (el contrato tal vez requiera, por ejemplo, algún derecho exclusivo de propiedad intelectual, servicios que impliquen un acuerdo de asociación, o la prestación de servicios por personal altamente especializado o por una determinada persona especialmente cualificada).

7. Contratos posteriores a la apertura del procedimiento

147. Otra categoría de contratos que afectan a la insolvencia, además de los contratos que no se han cumplido en su totalidad, es la de los contratos celebrados tras la apertura del procedimiento. En el curso de una reorganización, y cuando en una liquidación deba venderse la empresa como negocio en marcha, puede ser necesario celebrar contratos (en el curso ordinario de los negocios o de algún otro modo) a fin de que la empresa pueda seguir funcionando y reportando beneficios en provecho de los acreedores. Estos contratos suelen considerarse obligaciones de la masa posteriores a la apertura del procedimiento, y los costos y demás gastos que haya ocasionado su cumplimiento se reembolsan íntegramente a título de gastos de administración de la insolvencia.

Recomendaciones 69 a 86

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas al régimen aplicable a los contratos tienen por finalidad:

a) Establecer la forma en que deberían regularse en el régimen de la insolvencia los contratos en virtud de los cuales ni el deudor ni la otra parte hayan cumplido plenamente sus obligaciones respectivas, así como la relación entre ese régimen y el derecho aplicable, con el objetivo de obtener el máximo valor posible de la masa y de reducir su pasivo;

b) Definir el alcance de las facultades otorgadas respecto de esos contratos, y determinar quién podrá ejercerlas y en qué situaciones podrá hacerlo;

c) Determinar las categorías de contratos respecto de las cuales no podrán ejercerse esas facultades;

d) Especificar los tipos de salvaguardias de que podrá beneficiarse la otra parte en caso de mantenimiento de un contrato.

Contenido de las disposiciones legislativas

Régimen aplicable a los contratos que no sean plenamente ejecutados (párrs. 108 a 112)

69. El régimen de la insolvencia debería especificar el régimen que será aplicable a los contratos en cuyo marco ni el deudor ni la otra parte hayan cumplido plenamente sus obligaciones respectivas.

Cláusulas de extinción y de agilización automáticas (párrs. 114 a 119)

70. El régimen de la insolvencia debería especificar que no será invocable, frente al representante de la insolvencia o al deudor, ninguna cláusula contractual por la que se estipule la extinción o la agilización automáticas de un contrato cuando:

a) Se haya presentado una solicitud de apertura o se haya iniciado un procedimiento de insolvencia;

b) Se haya nombrado un representante de la insolvencia[38].

71. El régimen de la insolvencia debería indicar claramente los contratos a los que no podrá aplicarse la recomendación 70, como los contratos financieros, o los que estén sujetos a reglas especiales, como los contratos de trabajo.

---

[38] Esta recomendación sólo sería aplicable a los contratos en que puedan dejarse sin efecto tales cláusulas (véase el comentario sobre las excepciones en los párrs. 143 a 145 *supra*) y no pretende ser excluyente, sino establecer un criterio mínimo. Por consiguiente, el tribunal debe poder examinar toda otra cláusula contractual que prevea la extinción de un contrato cuando se den circunstancias análogas.

Recomendaciones 69 a 86 *(continuación)*

Mantenimiento o rechazo de un contrato (párrs. 120 a 122, 126 y 127)

72. El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá decidir que continúe cumpliéndose un contrato del que tenga conocimiento cuando ello resulte beneficioso para la masa de la insolvencia[39]. El régimen de la insolvencia debería especificar que:

a) El derecho a mantener un contrato es aplicable a la totalidad de éste; y

b) Al mantenerse dicho contrato, resultarán ejecutables todas sus cláusulas.

73. El régimen de la insolvencia puede permitir que el representante de ésta decida rechazar un contrato[40]. El régimen debería especificar que la decisión de rechazo será aplicable al contrato en su totalidad.

Plazo para la adopción de la decisión de mantener o de rechazar un contrato y para su notificación (párrs. 128 y 129)

74. El régimen de la insolvencia debería especificar el plazo antes de cuyo vencimiento el representante de la insolvencia deberá decidir si mantiene o rechaza el contrato; este plazo podrá ser prorrogado por el tribunal.

75. El régimen de la insolvencia debería especificar el momento en que surtirá efecto la decisión de rechazar el contrato.

76. El régimen de la insolvencia debería especificar que, en todo supuesto en que se mantenga o se rechace un contrato, deberá notificarse a la otra parte su mantenimiento o rechazo, informándole también de su derecho a presentar una reclamación y del momento en que deberá hacerlo, y que deberá dársele la oportunidad de ser oída por el tribunal.

Derecho de la otra parte a solicitar una decisión (párr. 125)

77. No obstante lo previsto en la recomendación 74, el régimen de la insolvencia debería permitir que la otra parte en el contrato pidiera (en un determinado plazo) al representante de la insolvencia que adoptara de inmediato una decisión, y, en caso de no obrar éste así, solicitara al tribunal una orden por la que se obligara al representante a decidir si mantiene o rechaza el contrato.

---

[39] Siempre que la paralización automática a raíz de la apertura de un procedimiento sea invocable para evitar la extinción (en virtud de una cláusula de extinción automática) de contratos celebrados con el deudor, todos los contratos deberán conservar su validez para que el representante de la insolvencia pueda estudiar la posibilidad de mantenerlos, a menos que la fecha de extinción estipulada en el contrato sea posterior a la apertura del procedimiento.

[40] En vez de la facultad de rechazar un contrato, algunos ordenamientos prevén que se interrumpa simplemente el cumplimiento del contrato, salvo que el representante de la insolvencia decida lo contrario.

Recomendaciones 69 a 86 (*continuación*)

Consecuencias de que no se adopte una decisión (párrs. 123, 124 y 127)

78. El régimen de la insolvencia debería especificar las consecuencias de que el representante de la insolvencia no adoptara, en el plazo especificado, decisión alguna respecto de un contrato del que tuviera conocimiento. La omisión de este deber por el representante durante dicho plazo no debería dar lugar a que se mantuviera un contrato del que el representante no tuviera conocimiento[41].

Mantenimiento de un contrato incumplido por el deudor (párr. 130)

79. El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando el deudor hubiera incumplido un contrato, el representante de la insolvencia podrá decidir que siga cumpliéndose dicho contrato, siempre y cuando se subsane el incumplimiento, se restablezca la situación económica que tenía la parte perjudicada antes del incumplimiento y la masa de la insolvencia tenga la capacidad suficiente para cumplir el contrato mantenido.

Cumplimiento previo al mantenimiento o al rechazo de un contrato (párr. 131)

80. El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá aceptar o requerir de la otra parte el cumplimiento de un contrato antes de la decisión de mantener o rechazar éste. Las reclamaciones de la otra parte que se deriven del cumplimiento aceptado o requerido por el representante de la insolvencia antes del mantenimiento o del rechazo del contrato serán pagaderas en concepto de gastos de administración de la masa:

a) Si la otra parte ha cumplido el contrato, el importe de los gastos de administración deberá corresponder al precio contractual del cumplimiento; o

b) Si el representante de la insolvencia utiliza bienes que sean propiedad de terceros y que estén en posesión del deudor en virtud de un contrato, deberá protegerse al tercero de toda pérdida de valor de sus bienes y dicha parte tendrá derecho a que se le abone una suma en concepto de gastos de administración de la masa, conforme al apartado a).

Reclamaciones por ulterior incumplimiento de un contrato mantenido (párrs. 132 y 133)

81. El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando se haya decidido mantener un contrato y seguir cumpliéndolo, los daños y perjuicios derivados de un ulterior incumplimiento serán pagaderos en concepto de gastos de administración de la masa.

---

[41] Véase el capítulo III, párr. 24, referente al deber del deudor de proporcionar información, incluida la lista de los contratos aún no cumplidos en su totalidad.

Recomendaciones 69 a 86 (*continuación*)

Daños y perjuicios derivados del rechazo de un contrato (párrs. 134 y 135)

82. El régimen de la insolvencia debería especificar que los daños y perjuicios derivados del rechazo de un contrato anterior a la apertura serán determinados de conformidad con el derecho aplicable y que deberían tratarse como créditos de acreedores ordinarios no garantizados. El régimen de la insolvencia podría limitar las reclamaciones derivadas del rechazo de un contrato de larga duración.

Cesión de contratos (párrs. 139 a 142)

83. El régimen de la insolvencia podrá especificar que el representante de la insolvencia podrá optar por ceder un contrato, pese a las restricciones estipuladas en él, siempre y cuando la cesión sea beneficiosa para la masa.

84. Si la otra parte en un contrato se opone a su cesión, el régimen de la insolvencia podrá facultar, no obstante, al tribunal para aprobar la cesión, siempre y cuando:

a) El representante de la insolvencia mantenga el contrato;

b) El cesionario pueda cumplir las obligaciones contractuales cedidas;

c) La otra parte en el contrato no quede en clara situación de desventaja a consecuencia de la cesión; y

d) Antes de la cesión se subsane el incumplimiento del contrato por parte del deudor.

85. El régimen de la insolvencia podrá especificar que, cuando se ceda un contrato, el cesionario pasará a sustituir al deudor como parte contratante a partir de la fecha de la cesión, y que la masa ya no tendrá ninguna obligación en virtud del contrato.

Contratos posteriores a la apertura del procedimiento (párr. 147)

86. El régimen de la insolvencia debería especificar que los contratos celebrados tras la apertura del procedimiento de insolvencia se consideraran deudas contraídas por la masa de la insolvencia después de dicha apertura. Los créditos nacidos de esos contratos deberían ser pagaderos como gastos de administración.

F. Procedimientos de anulación

1. Introducción

148. Puede transcurrir mucho tiempo entre el momento en que el deudor se percate de que no podrá evitar un procedimiento de insolvencia (ya sea de liquidación o de reorganización) y la apertura del procedimiento en sí. Mientras tanto, el deudor puede tener abundantes oportunidades para tratar de ocultar bienes a los acreedores, suscribir compromisos ficticios, hacer donaciones o regalos a parientes o amigos, o pagar a ciertos acreedores y a otros no. Asimismo, los acreedores pueden tener la oportunidad de adoptar medidas estratégicas para colocarse en una situación de ventaja. Desde la

perspectiva del procedimiento de insolvencia, todas estas actividades perjudican a los acreedores no garantizados ordinarios, que no hayan participado en dichas actividades y que no gocen del amparo de una garantía real.

149. En la presente sección, el término "operación" se refiere en su sentido lato a la amplia variedad de actos jurídicos por los que cabe enajenar bienes o contraer obligaciones, ya sea mediante transmisión, pagos, constitución de gravámenes o garantías, préstamos o desgravaciones, y diversas combinaciones de estas operaciones.

150. Muchos regímenes de la insolvencia contienen disposiciones de aplicación retroactiva a partir de una determinada fecha (que puede ser la de la solicitud de apertura de procedimientos de insolvencia o la de la apertura) y que se aplican durante un período especificado (denominado a veces "período de sospecha"). Estas disposiciones están destinadas a invalidar toda operación anterior en la que haya intervenido el deudor insolvente o que tenga ciertos efectos para los bienes del deudor, concretamente que reduzcan el valor neto de su patrimonio (por ejemplo, cuando éste done bienes o los transmita o venda a un precio inferior a su justo valor comercial) o que violen el principio de la igualdad con que debe tratarse a todos los acreedores de una misma categoría (por ejemplo, pagando una deuda a un determinado acreedor no garantizado o constituyendo una garantía real a favor de un acreedor que no disponga de ninguna, mientras que otros acreedores ordinarios siguen sin cobrar y sin garantías). En muchas leyes no referentes a la insolvencia se regulan también estos tipos de operaciones porque perjudican a los acreedores al margen de la insolvencia. En algunos casos, el representante de la insolvencia podrá invocar esas otras leyes, además del régimen de la insolvencia.

151. Según un principio generalmente aceptado en los regímenes de la insolvencia, las acciones colectivas son más eficaces para obtener el máximo valor posible de los bienes a disposición de los acreedores que los sistemas que permiten que los acreedores presenten demandas individuales, y requieren que se trate igual a todos los acreedores que estén en situación análoga. Las disposiciones que regulan las facultades de anulación tienen la finalidad de apoyar esos objetivos colectivos, asegurando que los bienes de un deudor insolvente se distribuyan equitativamente entre los acreedores con arreglo al orden de prelación establecido y preservando la integridad de la masa de la insolvencia. Las disposiciones de anulación pueden tener también un efecto disuasorio, previniendo las acciones individuales de los acreedores durante el período previo a la insolvencia, al saber éstos que, cuando se abra el procedimiento, las decisiones que se hayan tomado a su favor podrán revocarse y que sus efectos podrán anularse. Las operaciones pueden declararse anulables en un procedimiento de insolvencia con los siguientes objetivos: para prevenir el fraude (por ejemplo, las operaciones destinadas a ocultar bienes en ulterior provecho del deudor o en provecho de los directivos, propietarios o miembros de la junta o consejo de administración

de la empresa deudora); para garantizar la ejecución en general de los derechos de los acreedores; para garantizar el trato equitativo de todos los acreedores, evitando favoritismos cuando el deudor desee favorecer a ciertos acreedores en detrimento de los demás; para evitar la pérdida súbita del valor comercial de la empresa antes de que se imponga la supervisión del procedimiento de insolvencia; y, en algunos Estados, para crear un marco que propicie una solución extrajudicial (en esos Estados, los acreedores sabrán que toda operación o embargo de última hora será anulable, por lo que será más probable que deseen colaborar con el deudor para llegar a un arreglo viable sin necesidad de intervención judicial).

152. Las disposiciones relativas a la anulación pueden revestir importancia para un régimen de la insolvencia, no sólo por basarse en una política acertada, sino también porque pueden servir para recuperar ciertos bienes o su valor en beneficio de todos los acreedores, y porque las disposiciones de esta índole contribuyen a la creación de un código de conducta comercial equitativa como parte de unas normas adecuadas para la buena gestión de toda entidad comercial. Cabe señalar, además, que, en el contexto transfronterizo, los países cuyo regímenes de la insolvencia no prevean la posibilidad de anular ciertos tipos de operaciones pueden tropezar con dificultades para el reconocimiento de los procedimientos y la cooperación con tribunales o con síndicos de la insolvencia de países en que esas operaciones sean anulables.

153. Pese a las razones generalmente aceptadas que justifican las disposiciones de anulación, es importante tener en cuenta que muchas de las operaciones que pueden ser objeto de anulación en la insolvencia son perfectamente normales y aceptables fuera de ese contexto, y que sólo resultan sospechosas cuando se realizan poco antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia. Las facultades de anulación no tienen por objeto sustituir ni afectar de ningún otro modo a los mecanismos de protección de los derechos que tengan los acreedores en virtud del derecho civil general o del derecho mercantil.

154. Las normas relativas a la anulación son objeto de un intenso debate, sobre todo en lo que respecta a su eficacia en la práctica y al carácter en cierto modo arbitrario de las disposiciones necesarias para definir, por ejemplo, los plazos para la anulación y el tipo de operaciones anulables. Al igual que en varias disposiciones básicas del régimen de la insolvencia, al regularse las facultades de anulación, debe tratarse de compaginar diversos intereses sociales encontrados, procurando, por una parte, que esas facultades sean eficaces para obtener el máximo valor de la masa de la insolvencia en beneficio de todos los acreedores, y evitando, por otra, que menoscaben la previsibilidad y la certidumbre contractual de las operaciones. Asimismo, debería encontrarse un punto medio entre los criterios de anulación, que son fáciles de probar y que pueden dar lugar a la anulación de diversas operaciones, y otros criterios más estrictos, que son más difíciles de probar, pero que darán lugar a un menor número de operaciones anuladas. A fin de

reducir al mínimo los efectos negativos de las disposiciones de anulación para la previsibilidad y la seguridad jurídica, es conveniente que, en la medida de lo posible, las operaciones anulables (independientemente de que se definan de modo amplio o estricto) y el ejercicio de las facultades de anulación estén sujetos a criterios claros que permitan determinar los posibles riesgos empresariales o comerciales.

155. Para decidir si se abre o no un procedimiento de anulación con respecto a una operación determinada, deberán tenerse presentes diversas consideraciones. En el caso de acciones encaminadas a restituir bienes a la masa de la insolvencia, esas consideraciones incluirán la cuestión de si la anulación de la operación beneficiará a la masa (por ejemplo, si la apertura de un procedimiento de anulación puede hacer fracasar las propuestas de reorganización, especialmente cuando el procedimiento se inicie a instancia de acreedores sin el consentimiento del representante de la insolvencia); el probable costo del procedimiento de anulación para la masa; si es probable que se recupere valor para la masa; las posibles demoras en la recuperación de los bienes; y las dificultades de probar los elementos necesarios para anular una determinada operación.

2. Criterios de anulación

156. En los regímenes de la insolvencia varían considerablemente los métodos para fijar los criterios concretos para las demandas de anulación y la forma en que se combinan en cada régimen. Los criterios concretos pueden dividirse *grosso modo* en dos categorías: criterios objetivos y criterios subjetivos.

a) Criterios objetivos

157. Uno de los enfoques consiste en adoptar criterios objetivos y de carácter general para determinar las operaciones que serán anulables. Se tiene en cuenta, por ejemplo, si una operación ha tenido lugar durante período de sospecha, o si en la operación concurren algunas de las condiciones generales enunciadas por la ley (por ejemplo, si ha habido una contraprestación apropiada en valor por los bienes transferidos o por la obligación contraída, independientemente de si el plazo de la deuda o de la obligación haya vencido o no, o si existía una relación especial entre las partes en la operación). Si bien esos criterios generales pueden ser más fáciles de aplicar que los criterios basados en pruebas, por ejemplo, de intención, pueden tener también resultados arbitrarios si no se aplican en combinación con otros criterios. Así pues, por ejemplo, podría ocurrir que una operación lícita y útil realizada durante el período de sospecha especificado fuera anulada, mientras que otra operación que fuera fraudulenta o preferente, pero que se hubiera efectuado fuera de ese plazo, no perdiera su validez.

b) Criterios subjetivos

158. Otro enfoque sería el de seguir criterios más casuísticos y subjetivos por los que se trate de determinar si existen indicios de una voluntad de ocultar bienes a los acreedores, si el deudor era insolvente en el momento de la operación o si pasó a serlo a raíz de la operación, si la operación se realizó a sabiendas en perjuicio de ciertos acreedores, y si la otra parte sabía que el deudor era insolvente en el momento de la operación o que pasaría a serlo a raíz de la misma. Este enfoque individualizado obliga a examinar en detalle la intención de las partes en cada operación y factores como la situación financiera del deudor en el momento de la operación y las consecuencias de la operación para los bienes del deudor, así como lo que cabe entender por una operación realizada en el curso ordinario de los negocios entre el deudor y determinados acreedores.

c) Combinación de criterios

159. Son muy pocos los regímenes de la insolvencia que siguen únicamente criterios subjetivos para formular sus disposiciones de anulación; en general, estos criterios se combinan con plazos en los que deben haberse realizado las operaciones. En algunos Estados que se han basado en gran medida en criterios subjetivos se han producido numerosos litigios, a raíz de los cuales se han impuesto cuantiosos gastos a las masas de la insolvencia. A fin de evitar esos gastos, en algunas leyes recientes se ha adoptado un criterio estrictamente objetivo, fijándose un breve período de sospecha de tres a cuatro meses que, en algunos casos, se ha combinado con una regla arbitraria en virtud de la cual todas las operaciones que se realicen durante ese período serán sospechosas, a menos que se demuestre que ha habido un intercambio de prestaciones, más o menos simultáneo y de valor equivalente, entre las partes en una operación. Además, el breve período de sospecha puede utilizarse para crear la presunción de que ha habido el propósito o el conocimiento necesario, especialmente de la insolvencia, por parte del deudor, o de la otra parte en la operación o de ambos, lo cual puede ser impugnado mediante pruebas adecuadas.

160. Algunos regímenes adoptan un criterio dual en el que se combina el breve período en que todas las operaciones son anulables, y los acreedores carecen de excepciones, con un período más largo en el que deben demostrarse ciertos elementos suplementarios. El régimen puede especificar que todas las operaciones de una determinada índole que se realicen, por ejemplo, seis meses antes de la apertura quedarán anuladas, y el representante de la insolvencia sólo deberá demostrar que los fines de la operación corresponden a los enunciados en la legislación y que la operación se realizó durante el período fijado. Además, la otra parte no podrá oponer excepciones. En cambio, en el caso de las operaciones efectuadas, por ejemplo, en el plazo de un año, el representante de la insolvencia deberá demostrar que la operación no se realizó en el curso ordinario de los negocios y que produjo ciertos efectos, por ejemplo, la creación de una preferencia. Para obtener un

fallo en su favor, la otra parte deberá demostrar que puede oponer una excepción pertinente. No obstante, y al igual que en el caso de los criterios de carácter subjetivo, si se depende demasiado de criterios objetivos pueden producirse también resultados negativos. La experiencia en varios Estados ha mostrado que, cuando estos tipos de operaciones son automática o fácilmente objeto de anulación en virtud del régimen de la insolvencia, el representante de ésta puede anular cada operación que se realice dentro del período de sospecha, sin ningún análisis o cálculo separado del posible costo o beneficio de la recuperación para los acreedores en general. Por otra parte, ese enfoque puede dar lugar a la anulación de operaciones comerciales básicamente "justas y legítimas" e imponer la carga y los gastos de las demandas de anulación a los distintos acreedores.

161. En algunos regímenes de la insolvencia también se combinan esos distintos enfoques para regular diferentes tipos de operaciones. Por ejemplo, las operaciones preferentes y sin contravalor suficiente pueden definirse en función de criterios objetivos, mientras que las operaciones encaminadas a frustrar los objetivos de los acreedores y a crearles obstáculos se definen en función de cuestiones como la intencionalidad, tanto del deudor como de la otra parte. En un régimen de la insolvencia que adopta una combinación de esos elementos se prevé, por ejemplo, que las operaciones como las donaciones, la constitución de una garantía real para las deudas existentes y los pagos extraordinarios (es decir, los que no se hayan efectuado con los medios habituales de pago o que se hayan realizado antes de la fecha de vencimiento) podrán anularse si se han efectuado en el plazo de tres meses antes de la apertura del procedimiento. También pueden anularse las operaciones realizadas cuando el deudor sea ya insolvente, las operaciones que sean improcedentes o indebidas frente a un grupo de acreedores y toda operación en que la parte contraria sepa que el deudor es insolvente en el momento de concertarla.

162. Sean cuales fueren los criterios que se sigan, los regímenes de la insolvencia deberían tratar de establecer un equilibrio entre los intereses de los distintos acreedores y los de la masa, que, por lo que respecta a la recuperación de bienes mediante demandas de anulación, coinciden con los intereses colectivos de todos los acreedores. Aunque en su expresión más sencilla ello podría parecer referirse a una decisión acerca de la parte a la cual han de imponerse los costos de impugnar una demanda de anulación, es preciso tener en cuenta otros factores. El principal de ellos es la financiación del costo de las demandas de anulación. Los criterios que prevén la presentación de pruebas sobre varios elementos para que la demanda tenga éxito exigen que el representante de la insolvencia entable un procedimiento judicial respecto de cada una de las operaciones que desee anular, lo cual podría representar un costo considerable para la masa, sin garantía alguna de obtener un beneficio. En los ordenamientos que siguen este enfoque, la falta de fondos es una razón importante para no entablar demandas de anulación. Sin embargo, un enfoque diferente, con arreglo al cual todas las operaciones

que se realicen dentro del plazo definido son automáticamente sospechosas, no exige la utilización de bienes de la masa o de otros fondos. Entre otros factores pertinentes para la fijación de criterios figuran las excepciones que pueden oponer los acreedores sujetos a una demanda de anulación y los deberes impuestos al representante de la insolvencia. Por ejemplo, algunos regímenes evitan la utilización indebida de las disposiciones de anulación imponiendo ciertos deberes al representante de la insolvencia. La reglamentación profesional puede ser también pertinente, así como la facultad del tribunal para imponer el pago de las costas al representante de la insolvencia cuando la demanda de anulación presentada se considere injustificada o haya ocasionado gastos innecesarios.

163. Sea cual fuere el enfoque que se adopte, es muy conveniente que un régimen de la insolvencia proporcione seguridad jurídica a todas las partes mediante el establecimiento de criterios claramente definidos en lo tocante a la anulación, incluidos los elementos acerca de los cuales el representante de la insolvencia tendrá que presentar pruebas y las excepciones que puedan oponer los acreedores.

d) Curso ordinario de los negocios

164. El concepto de "curso ordinario de los negocios" se utiliza en muchos regímenes de la insolvencia para definir los criterios de anulación, de modo que los pagos extraordinarios, como se ha señalado más arriba, puedan ser objeto de anulación. Este concepto es de mayor trascendencia para los regímenes de la insolvencia, ya que también puede utilizarse, por ejemplo, para hacer una distinción entre el ejercicio de las facultades de uso y disposición de bienes durante el procedimiento de insolvencia "en el curso ordinario de los negocios" y en otras circunstancias. De esta distinción puede depender, por ejemplo, la persona o entidad que podrá ejercer tales facultades y las salvaguardias requeridas (véanse los párrs. 75 y 76 *supra*).

165. Los Estados definen el "curso ordinario de los negocios" poniendo de relieve, en mayor o menor grado, distintos elementos. No obstante, en la mayoría de los ordenamientos la finalidad de la definición es determinar lo que constituye una gestión ordinaria de los negocios y permitir a una empresa hacer pagos ordinarios y suscribir contratos ordinarios sin que esas operaciones puedan estar sujetas a una posible anulación. Entre esos pagos ordinarios pueden figurar los de los alquileres, los de servicios esenciales como la electricidad y el teléfono, e incluso los suministros comerciales.

166. Para definir lo que constituye el "curso ordinario de los negocios" con respecto a un deudor determinado, algunos regímenes adoptan la pauta de la conducta anterior del deudor y de las partes con que trata, centrándose en diversos elementos de su relación, como el método, la cantidad y la periodicidad de los suministros y de los pagos. En esos regímenes se considera que toda operación que se aparte de anteriores contratos o costumbres o de lo que pueda interpretarse como práctica habitual entre las

partes (por ejemplo, un pago efectuado por medios anómalos) se excluirá del concepto de "curso ordinario de los negocios". Otro enfoque consiste en tener en cuenta la intención de las partes y en determinar si el acreedor conocía o debería haber conocido la situación financiera del deudor, o si éste había pretendido dar preferencia a un acreedor respecto de otros.

167. Otro enfoque consiste en aplicar a los términos de la operación y a las circunstancias en que se concertó criterios basados en las prácticas industriales habituales, o incluso en las prácticas comerciales generales. Otros regímenes consideran que un pago es extraordinario si su importe es superior a un determinado porcentaje del valor de los bienes del deudor.

168. Es importante que, al definirse el concepto de "curso ordinario de los negocios", se prevea cierta flexibilidad, para no obstaculizar indebidamente la evolución de las prácticas comerciales, con el requisito absoluto de que haya certeza en las disposiciones.

e) Excepciones

169. Si un régimen de la insolvencia prevé la posibilidad de que cada una de las otras partes pueda oponer excepciones a la anulación, existe el riesgo de que esas excepciones resten eficacia a las disposiciones de anulación. Las excepciones con elementos controvertibles, como la de si la operación se llevó a cabo en el curso ordinario de los negocios o de que la otra parte actuó de buena fe o las relacionadas con el conocimiento efectivo o supuesto de la otra parte, pueden crear incertidumbre para todas las partes y requerirán una resolución judicial. Este riesgo de incertidumbre ha aumentado en algunos países al adoptar los tribunales una interpretación de esas excepciones en sentido lato a favor de la parte contraria. Los representantes de la insolvencia pueden mostrarse reacios a utilizar las disposiciones de anulación como instrumento eficaz en una insolvencia, ya sea por los gastos que generan las acciones de esta índole o porque los procedimientos son ineficientes e imprevisibles. Ante esas posibles dificultades, es evidente que los regímenes de la insolvencia deberían adoptar criterios de anulación claros y previsibles y prever excepciones que permitan a todas las partes evaluar los posibles riesgos y evitar controversias. Por ejemplo, cabría adoptar criterios objetivos que, en vez de determinar la intención de las partes, se basaran en los efectos o resultados de las operaciones. Cuando se previeran elementos como el "curso ordinario de los negocios", deberían estar claramente definidos y circunscritos en un régimen de la insolvencia.

3. Tipos de operaciones sujetas a anulación

170. Aunque las definiciones difieren, en casi todos los ordenamientos jurídicos existen tres amplias categorías comunes de operaciones anulables, que en la presente *Guía Legislativa* han servido de base para el análisis. Se trata de las operaciones encaminadas a impedir que los acreedores cobren sus créditos o a obstaculizar o retrasar esos pagos, las operaciones sin contravalor

suficiente y las operaciones con ciertos acreedores que pueden considerarse preferentes. Algunas operaciones pueden corresponder a más de una de estas categorías, en función de las circunstancias concretas de cada operación. Por ejemplo, las operaciones que parezcan de carácter preferente pueden entrar más bien en la categoría de las operaciones fraudulentas encaminadas a impedir, obstaculizar o demorar el cobro por parte de los acreedores cuando el propósito de la operación sea poner los bienes fuera del alcance de un acreedor potencial o real[42] o perjudicar de algún otro modo los intereses de ese acreedor y la operación se produzca en un momento en que el deudor no esté en condiciones de pagar las deudas que vayan venciendo, o cuando se deje al deudor sin suficientes bienes para mantener en funcionamiento su negocio. De manera análoga, una operación sin contravalor adecuado puede ser también de carácter preferente, pero sólo si se concierta con un acreedor (no lo será si se concierta con un tercero). Toda operación con la que se pretenda impedir, obstaculizar o retrasar el pago de los créditos entrará en la primera categoría de operaciones. En tales casos, el representante de la insolvencia podrá elegir el tipo de operaciones anulables al que corresponde una determinada operación, aprovechando la diversidad de requisitos exigidos para cada tipo de operación en lo relativo a las pruebas y a los períodos de sospecha.

171. A fin de dar a las disposiciones de anulación la máxima claridad y certeza y de evitar duplicaciones innecesarias, es conveniente que, al determinar las categorías de operaciones anulables, en el régimen de la insolvencia se especifiquen las características particulares de las operaciones (incluidos sus efectos) que sean indispensables para entrar en una determinada categoría de operaciones anulables, en vez de clasificarlas en categorías más amplias, como las denominadas “fraudulentas” o “preferentes”.

a) Operaciones encaminadas a impedir, obstaculizar o demorar el pago a los acreedores

172. Las operaciones encaminadas a impedir, obstaculizar o demorar el pago a los acreedores comportan que el deudor transmite bienes a un tercero con la intención de ponerlos fuera del alcance de los acreedores. El efecto de esas operaciones suele ser perjudicial para todos los acreedores no garantizados. Por lo general, estas operaciones no pueden anularse automáticamente basándose en el criterio objetivo del plazo establecido durante el cual se produzca la operación, dado que es necesario probar la intención del deudor. Esa intención raras veces puede demostrarse con pruebas directas;

---

[42] Un acreedor potencial puede ser una parte que no era un acreedor cuando se realizó la operación anulable, pero que estaba a punto de serlo mediante, por ejemplo, la negociación de un acuerdo de préstamo con el deudor. Éste puede haber cedido bienes para evitar que pasaran a estar sujetos a ese acuerdo.

normalmente se demuestra determinando la existencia de circunstancias comunes en esos tipos de operaciones. Aunque difieren de un ordenamiento jurídico a otro, existen varios indicadores comunes:

a) La relación entre las partes en la operación, cuando ésta se haya realizado con una persona allegada directamente o por conducto de un tercero;

b) El hecho de que por la operación no se haya percibido ningún contravalor o de que se haya percibido un contravalor insuficiente;

c) La situación financiera del deudor antes y después de efectuarse la operación, particularmente cuando el deudor ya sea insolvente en el momento de la operación o cuando pase a serlo a raíz de la misma;

d) La existencia de un modelo o serie de operaciones en que se hayan transmitido algunos de los bienes del deudor o prácticamente todos ellos después de que el deudor empezara a experimentar dificultades financieras o de que los acreedores lo amenazaran con tomar medidas;

e) La cronología general de los acontecimientos y de las operaciones investigadas cuando, por ejemplo, la transmisión se haya realizado poco después de haberse contraído una deuda sustancial;

f) El hecho de que el deudor oculte la operación, especialmente cuando ésta no se haya efectuado en el curso ordinario de los negocios, o cuando las partes sean ficticias; o

g) El hecho de que el deudor se dé a la fuga.

173. En algunos regímenes se especifican también las circunstancias o los tipos de operaciones en que cabe presumir que hay intencionalidad o mala fe, por ejemplo, en el caso de operaciones con personas allegadas que se concierten durante un período especificado previo a la apertura del procedimiento (este supuesto se analiza más a fondo en los párrs. 182 a 184 *infra*). En otros regímenes puede bastar, para anular la operación, que el deudor pueda y, por lo tanto, deba haber sabido que la operación causaría e incluso tenía la intención de causar un perjuicio a los acreedores y que el beneficiario pueda y, por lo tanto, deba haberse percatado de que la acción del deudor podría producir ese resultado. Algunos regímenes disponen asimismo que ciertos actos de disposición, como los traspasos de terrenos, no podrán ser anulados en esta categoría de operaciones si se han efectuado de buena fe, si se ha dado una contraprestación justa y si el beneficiario no ha tenido conocimiento ni ha sido consciente de la intención de defraudar a los acreedores.

b) Operaciones sin contravalor adecuado

i) Criterios

174. Un deudor que necesite dinero en efectivo puede vender bienes a un precio notablemente inferior a su valor real a fin de lograr un rápido resultado, sin que ello suponga en ningún momento la intención de impedir o demorar el pago a los acreedores. No obstante, el resultado puede ser una notable disminución de los bienes disponibles para los acreedores en la insolvencia. Por esta razón, muchos regímenes de la insolvencia adoptan como criterio el intercambio de valor realizado en una operación. Las operaciones serían en general anulables cuando el valor percibido por el deudor como consecuencia de una operación con un tercero fuera nominal o nulo, como en el caso de una donación, o muy inferior a su verdadero valor o al precio de mercado, siempre y cuando la operación se produjera durante el período de sospecha. Otros regímenes exigen, además, que se determine que la operación ha tenido un efecto catastrófico para el deudor, por ejemplo, dejándolo con muy escaso capital, que el deudor era insolvente en el momento de la operación o que haya pasado a serlo como consecuencia de la operación. Entre estas operaciones infravaloradas figuran las realizadas con los acreedores o con terceros.

175. Una importante cuestión que hay que regular respecto de estos tipos de operaciones es lo que constituye un "infravalor" suficiente a efectos de anulación y el modo en que puede determinarse. En muchos Estados, corresponde a los tribunales determinar ese valor mediante criterios como el valor razonable o el valor de mercado en el momento de la operación sobre la base de pruebas periciales adecuadas. Cuando los importes que se han de tener en cuenta en una operación sean inciertos, el representante de la insolvencia puede ayudar al tribunal proporcionándole un cálculo estimado de esos importes, que la otra parte en la operación podrá impugnar presentando otras pruebas. También podría facultarse al tribunal para determinar el modo en que debería hacerse la valoración, y no tener que determinar el valor mismo. Dadas las dificultades para demostrar que la contraprestación de una operación es una suma infravalorada, en algunos ordenamientos puede resultar más fácil anular una operación por su efecto preferente si fue concertada en un momento en que el deudor no estaba en condiciones de pagar sus deudas vencidas. Además, en algunas legislaciones se presume que, cuando la contraprestación es insuficiente o nula, la operación entra en la categoría de las destinadas a impedir, obstaculizar o demorar el cobro de los créditos por los acreedores.

ii) Excepciones

176. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que esos tipos de operaciones no serán anuladas si se cumplen ciertas condiciones, por ejemplo, si el beneficiario ha actuado de buena fe, si la operación tenía por objeto

mantener la empresa del deudor en marcha y que había motivos razonables para creer que la operación beneficiaría al negocio ordinario del deudor.

c) Operaciones preferentes

i) Criterios

177. Toda operación preferente puede estar sujeta a anulación si: a) la operación se ha realizado durante el período de sospecha especificado; b) si la operación ha comportado una transferencia en beneficio de un acreedor en concepto de una deuda preexistente; y c) si a raíz de la operación el acreedor ha recibido, de los bienes del deudor, un porcentaje de su crédito superior al que perciben, de sus respectivos créditos, otros acreedores de la misma clase o categoría (en otras palabras, si se le ha dado preferencia). Muchos regímenes de la insolvencia requieren también que, cuando se realice la operación, el deudor sea insolvente o esté al borde de la insolvencia, y otros exigen además que el deudor haya tenido la intención de dar una preferencia. Las razones que justifican la inclusión de estas categorías de operaciones entre las anulables por el régimen de la insolvencia es que, si una operación de esta índole se concierta muy poco antes de abrirse el procedimiento, es probable que exista ya una situación de insolvencia. En tal caso, al pagar a un acreedor de una categoría más de lo que tendrían derecho a cobrar los demás acreedores de esa misma categoría, la operación habría incumplido el objetivo fundamental del trato equitativo de los acreedores que se hallan en situaciones similares.

178. Como ejemplos de operaciones preferentes cabe citar el pago o la compensación de deudas aún no vencidas; la realización de actos que el deudor no tenga obligación de realizar; la constitución de garantías sobre las deudas existentes no garantizadas; los métodos inhabituales de pago, como, por ejemplo, en forma no pecuniaria, de las deudas vencidas; el pago de una deuda considerable, habida cuenta del valor de los bienes del deudor; y, en algunas circunstancias, el pago de deudas a causa de intensas presiones de un acreedor, como la amenaza de presentar una demanda judicial o de embargo, si esas presiones no obedecen a motivos realistas. Una compensación que no sea en sí anulable puede ser considerada perjudicial si se ofrece poco antes de presentarse la solicitud de apertura del procedimiento y si altera de tal modo el equilibrio de la deuda entre las partes que equivale a un trato preferente, o si es consecuencia de una cesión de créditos entre acreedores destinada a crear un derecho de compensación frente al deudor. Una compensación podrá ser también anulable si se efectúa en circunstancias irregulares, como, por ejemplo, en ausencia de todo contrato previo entre las partes en ella.

ii) Excepciones

179. Una de las excepciones oponibles a una alegación de que una operación es preferente puede consistir en demostrar que, si bien la operación contiene elementos de preferencia, es de hecho compatible con la práctica comercial

normal y, en particular, con el curso ordinario de los negocios entre las partes en ella. Por ejemplo, un pago efectuado tras la recepción de bienes que se suministran y pagan con regularidad puede no ser preferente, aun cuando se haya efectuado poco tiempo antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia. Con este enfoque se alentará a los proveedores de bienes y servicios a seguir haciendo negocios con un deudor que, aun teniendo dificultades financieras, puede seguir siendo viable. Otras excepciones oponibles en virtud de los regímenes de la insolvencia pueden consistir en alegar que la otra parte otorgó crédito al deudor después de la operación y que ese crédito no ha sido pagado (la excepción se limita al importe del nuevo crédito); que la otra parte aportó un nuevo valor sin recibir una garantía real por ello; que la otra parte puede demostrar que no era consciente de que se estaba otorgando una preferencia; que la otra parte ignoraba o no podía haber sabido que, en el momento de la operación, el deudor era insolvente; o que el valor de los bienes del deudor era superior al de sus obligaciones en el momento de la operación. Algunas de estas últimas excepciones, sobre todo las que suponen una intencionalidad de las partes en la operación, tienen la desventaja de que son difíciles de demostrar y pueden dar lugar a que el procedimiento de anulación sea complejo, imprevisible y largo.

d) Garantías reales

180. Aun cuando las garantías reales que sean eficaces y ejecutables con arreglo a la legislación que permita su concesión deberían en general considerarse también válidas en el régimen de la insolvencia, pueden ser anulables en procedimientos de insolvencia por las mismas razones por las que se puede impugnar y anular cualquier otra operación. La finalidad de este criterio es impedir que un deudor que no pueda pagar sus deudas grave sus bienes, a menos que la garantía real constituida sea una contraprestación por los nuevos fondos anticipados. De otro modo, los bienes gravados no estarán a disposición de los acreedores en general y se impondrán restricciones a la utilización de esos bienes por parte del deudor. Una operación de concesión de una garantía real podría anularse si se considera que está encaminada a impedir, demorar u obstaculizar el pago a los acreedores o si se considera que es una operación preferente o infravalorada. En muchos casos será una operación preferente por intervenir en ella un acreedor existente. Los ejemplos de operaciones preferentes podrían incluir la constitución de un bien en garantía poco antes de la apertura de un procedimiento, que aunque sea por lo demás válida, podría ser conceptuada como operación que ha favorecido indebidamente a uno de los acreedores a expensas de los demás; el otorgamiento de una garantía real para cubrir una deuda anterior o a causa de alguna prestación anterior (lo cual está permitido en algunos ordenamientos jurídicos, pero no en otros); y los pagos a un acreedor garantizado si se le paga la totalidad de la deuda aunque carezca de una garantía suficiente durante el período de sospecha. Cuando la garantía real se otorgue a un nuevo acreedor, la operación podrá no ser preferente en el sentido dado a esta

categoría de operaciones, pero podrá entrar en otra categoría. Existen ejemplos de leyes con disposiciones que regulan específicamente la anulación de tales operaciones, especialmente en el contexto de las garantías reales que favorecen a los directivos de una empresa (que podrían estar reguladas también por disposiciones relativas a las operaciones con personas allegadas), a las que se aplican distintos criterios respecto de la aportación de valor y del período de sospecha.

181. Las disposiciones sobre anulación pueden ser también aplicables a las garantías reales que no se hayan hecho valer frente a terceros con arreglo al régimen pertinente de las operaciones garantizadas y, en algunos regímenes, a toda garantía real que se haya hecho valer poco tiempo antes de la apertura de un procedimiento, así como también a las transferencias realizadas en beneficio de un acreedor garantizado con el producto de un bien gravado, cuando la operación de constitución de la garantía real sea dudosa.

e) Operaciones con personas allegadas

182. Como ya se ha señalado, uno de los criterios pertinentes para anular ciertas operaciones es la relación entre el deudor y la otra parte. Cuando esos tipos de operaciones anulables se realicen con personas allegadas (a veces denominadas personas vinculadas a la empresa o iniciadas), los regímenes de la insolvencia suelen prever reglas más estrictas, en particular en lo relativo a la duración de los períodos de sospecha y al tratamiento de cualquier reclamación de una persona allegada (véase el capítulo V, párr. 48), así como presunciones o la inversión de la carga de la prueba (véanse los párrs. 199 a 201 *infra*) para facilitar los procedimientos de anulación y dispensar del requisito de que el deudor fuera insolvente en el momento de la operación o de que hubiera pasado a serlo a raíz de esa operación. Un régimen más estricto puede justificarse por el hecho probable de que las partes allegadas resultarán las más favorecidas y porque suelen ser las primeras en tener conocimiento de si el deudor atraviesa efectivamente dificultades financieras.

183. Las personas allegadas suelen tener, según las definiciones, distintos niveles de vinculación con el deudor. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se hace referencia a las personas que pertenezcan de algún modo al entorno familiar o empresarial del deudor. En general, el enfoque legislativo es de carácter prescriptivo, pero no siempre. Las personas que tengan vínculos empresariales de algún tipo con el deudor pueden definirse con criterios estrictos, limitándolas a los directivos o administradores de la empresa del deudor, o con un criterio más amplio, abarcando no sólo a las personas que tuvieran el control efectivo del deudor, sino también a todos los empleados del deudor y los garantes de las deudas de cualquier persona que tenga un vínculo empresarial con el deudor. Del mismo modo, el entorno familiar puede incluir a los parientes naturales o políticos e incluso, en algunas leyes, a las personas que vivan en el mismo hogar que el deudor, así como a los fideicomisarios de algún fideicomiso del que sea beneficiario el deudor u otra persona vinculada a éste. También suelen considerarse personas

allegadas los parientes de las personas comercialmente asociadas al deudor. Como elemento importante en muchos ordenamientos, el concepto de personas allegadas abarca también a aquéllas que hayan tenido anteriormente una determinada relación con el deudor o que vayan a tenerla en el futuro.

184. Cuando el deudor sea una persona física, puede haber otras leyes (como la legislación relativa a los bienes matrimoniales) que sean pertinentes y que afecten al régimen de la insolvencia, concretamente a las disposiciones que regulan las operaciones anulables, complementándolas o limitándolas. Es conveniente armonizar esas leyes con el régimen de la insolvencia y que se enuncie claramente en éste el modo en que sus disposiciones puedan verse afectadas por dichas leyes.

4. Operaciones no sujetas a acciones de anulación

185. Puede ser conveniente que el régimen de la insolvencia excluya expresamente ciertas operaciones de las disposiciones de anulación. Las operaciones indispensables para el funcionamiento de los mercados financieros, como la compensación de clausura de valores por saldos netos y los contratos de derivados (véanse los párrs. 208 a 215 *infra*), son un ejemplo de operaciones que deberían estar exentas de la aplicación de las disposiciones de anulación. Otro ejemplo de operaciones no anulables pueden ser las que se efectúen durante la ejecución del plan de reorganización, cuando fracase la ejecución del plan y el procedimiento pase a ser una liquidación.

5. Efecto de la anulación: operaciones nulas o anulables

86. Cuando una operación corresponda a alguna de estas categorías de operaciones anulables, el régimen de la insolvencia la anula automáticamente o la declara anulable, según el criterio adoptado respecto de cada categoría de operaciones. Por ejemplo, si la norma aplicable se refiere únicamente a las operaciones celebradas durante cierto plazo, sin introducir ningún criterio subjetivo de valoración, la ley especifica a veces que las operaciones pertinentes serán nulas. No obstante, aunque se adopte ese criterio, el representante de la insolvencia puede tener que entablar un procedimiento para recuperar los bienes que estén en poder de la otra parte, o un valor equivalente, si dicha parte no restituye los bienes o no paga su valor.

187. En los regímenes en que la operación sea anulable, el representante de la insolvencia deberá decidir si la masa de la insolvencia sacará algún provecho de su anulación, para lo que deberá tener en cuenta ciertos elementos de cada categoría de operación anulable, así como las posibles demoras que entrañe la recuperación de los bienes o de su valor, y las eventuales costas procesales. Esta facultad discrecional del representante de la insolvencia estará normalmente limitada por su obligación de obtener el máximo valor posible de la masa, y, en virtud de ciertos regímenes, el representante podrá incurrir en responsabilidad si no la cumple.

6. Establecimiento del período de sospecha

188. La mayoría de los regímenes de la insolvencia indican específicamente la duración del período de sospecha para cada tipo de operación anulable y establecen la fecha a partir de la cual se calcula retroactivamente el período. Por ejemplo, tantos días o tantos meses antes de cierta fecha o de que se produzca un determinado acontecimiento, como la fecha de presentación de la solicitud de apertura de un procedimiento, la fecha de vigencia de la apertura o aquélla que, por decisión del tribunal, sea la fecha en que el deudor dejó de pagar sus deudas con normalidad ("cesación de pagos"). El acontecimiento o la fecha que especifique la ley dependerá de otras características del régimen de la insolvencia, por ejemplo, de los requisitos para la apertura, e incluso de la posibilidad de que existan demoras entre la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia y la apertura propiamente dicha. Por ejemplo, si suelen transcurrir varios meses entre el momento de la solicitud y la apertura y el período de sospecha empieza a partir de la fecha de vigencia de la apertura, se utilizarán varios meses de ese período para cubrir la demora entre la solicitud y la apertura, con lo cual se restará eficacia a las facultades de anulación. Sin embargo, si el procedimiento se inicia automáticamente cuando se presenta una solicitud, no se producirá tal demora. A fin de regular las situaciones en que pueda producirse una demora, el régimen de la insolvencia puede disponer que el período de sospecha se aplique retroactivamente a partir de la fecha en que se presente la solicitud y que las operaciones realizadas entre la solicitud y la apertura se regulen en virtud de otras disposiciones, como, por ejemplo, determinando si dichas operaciones son fraudulentas; si se han llevado a cabo en el curso ordinario de los negocios, o, en caso de que se haya nombrado un representante provisional de la insolvencia, si se trata de operaciones no autorizadas (véanse los párrs. 70 a 73 *supra*). Cuando la apertura se produzca poco después de la solicitud, cabría aplicar el período de sospecha retroactivamente a partir de la fecha de vigencia de la apertura.

189. En algunos regímenes de la insolvencia se establece un único período de sospecha para todas las categorías de operaciones anulables, mientras que otros regímenes prevén plazos diferentes en función del tipo de operación. Como se ha señalado anteriormente, hay regímenes que prevén dos tipos de plazos: un período de sospecha breve durante el cual se anulan automáticamente ciertos tipos de operaciones (sin la posibilidad de oponer excepciones), y un período más largo durante el cual deben probarse elementos suplementarios. Como algunas operaciones suponen una conducta dolosa, muchos regímenes de la insolvencia no imponen ningún plazo que limite la posibilidad de anular esos tipos de operaciones. En cambio, en otros regímenes se fija un período sumamente largo (de uno a diez años) en que el período de sospecha se calcula en general a partir de la fecha de apertura del procedimiento consiguiente. A excepción de las operaciones realizadas con propósito doloso, es sumamente conveniente que la duración de los períodos de sospecha sea razonablemente breve a fin de garantizar la seguridad en el

comercio y de reducir las repercusiones negativas que las disposiciones de anulación tendrán en la oferta de crédito y en su costo.

190. Cuando una operación considerada preferente o sin contravalor adecuado se haya concertado con algún acreedor no catalogable como persona "allegada", es conveniente que el período de sospecha sea relativamente breve, tal vez de unos cuantos meses (por ejemplo entre tres y seis meses). Con todo, cuando se trata de una persona allegada, se pueden establecer normas más estrictas y los períodos de sospecha serán más largos (por ejemplo, dos años, en vez de los tres a seis meses aplicables a las mismas operaciones en que no haya intervenido una persona allegada). En el caso de operaciones cuya finalidad sea impedir, demorar u obstaculizar el cobro de los respectivos créditos de los acreedores, el período de sospecha podrá ser más largo, por ejemplo, uno a dos años.

191. Una cuestión conexa es la de determinar si el período de sospecha previsto por el régimen de la insolvencia podrá ser prorrogado por el tribunal si el caso lo aconseja, haciéndolo extensivo a operaciones que se hayan efectuado, en circunstancias dudosas, fuera del período de sospecha prescrito y que hayan hecho disminuir la masa de la insolvencia. Si la adopción de un enfoque discrecional puede dar cierto grado de flexibilidad respecto de las operaciones anulables, también puede ocasionar demoras en el procedimiento y no dará a los acreedores una indicación previsible o transparente sobre los tipos de operaciones que puedan ser anulables. Si cabe la posibilidad de revocar o anular las operaciones efectuadas en algún momento anterior a la apertura del procedimiento de insolvencia y a reserva de lo que decida el tribunal, probablemente se restará seguridad a las operaciones financieras y comerciales. Por estas razones, es conveniente que sólo pueda prorrogarse el período de sospecha en el caso de las operaciones encaminadas a impedir, obstaculizar o demorar el pago a los acreedores, en que la certeza comercial es un factor menos preocupante.

7. Sustanciación de los procedimientos de anulación

a) Partes que pueden iniciar un procedimiento

192. En general, la anulación de una determinada operación requiere que se presente una solicitud al tribunal para que la declare nula, y la cuestión de la parte que puede incoar un procedimiento se regula de diversas maneras según los regímenes. Reconociendo la función primordial que desempeña el representante de la insolvencia en la administración de la masa, muchos regímenes lo facultan para entablar acciones de anulación de operaciones concretas, aunque algunos de ellos exigen que los acreedores, o una mayoría de ellos, le den su consentimiento para que inicie un procedimiento. Hay también regímenes que permiten a los acreedores (y, en algunos casos, al comité de acreedores) solicitar la apertura de procedimientos de anulación, aunque algunos regímenes sólo confieren el derecho a iniciarlos a los acreedores titulares de créditos anteriores a la operación impugnada. Algunos

de los regímenes que permiten a los acreedores solicitar la apertura de tales procedimientos exigen el consentimiento previo del representante de la insolvencia. Si se considera conveniente incluir esa autorización en un régimen de la insolvencia, el requisito del consentimiento garantiza que el representante de la insolvencia esté informado de lo que propongan los acreedores y le brinda la oportunidad de denegar su autorización, evitando con ello toda repercusión negativa de los procedimientos de anulación en la administración de la masa.

193. Cuando se requiera el consentimiento del representante de la insolvencia y éste no acceda a darlo, algunos regímenes permiten a un acreedor solicitar al tribunal la aprobación del procedimiento de anulación. En toda audiencia subsiguiente, el representante tiene derecho a exponer ante el tribunal los motivos por los que desaprueba la apertura de un procedimiento. En esa audiencia, el tribunal puede autorizar la apertura del procedimiento o decidir examinar el fondo del caso. Este criterio puede contribuir a reducir la probabilidad de que las diversas partes concierten un acuerdo. En algunos regímenes que permiten la apertura de un procedimiento de anulación a instancia de los acreedores, se exige a éstos que paguen las costas de ese procedimiento o se prevé la imposición de sanciones a los acreedores para evitar todo posible abuso del procedimiento de anulación.

194. Cuando el representante de la insolvencia tenga en exclusiva la facultad para iniciar un procedimiento de anulación y, sobre la base de las consideraciones examinadas más arriba (es decir, por razones que no sean negligencia, mala fe u omisión[43]), decida no iniciar un procedimiento con respecto a ciertas operaciones, los regímenes de la insolvencia adoptan diversos enfoques para sustanciar y costear ese procedimiento. La forma en que pueda costearse el procedimiento reviste especial importancia cuando la masa de la insolvencia no dispone de bienes suficientes para ello (la cuestión de la financiación se examina más adelante). En cuanto a la sustanciación del procedimiento, algunos regímenes permiten al acreedor o al comité de acreedores pedir al representante de la insolvencia que entable un procedimiento de anulación cuando resulte beneficioso para la masa de la insolvencia, o autorizan al propio acreedor o al comité a entablar un procedimiento para anular esas operaciones cuando estén de acuerdo otros acreedores.

195. Cuando se permite a los acreedores iniciar un procedimiento de anulación en las mismas condiciones que el representante de la insolvencia, o porque éste se niega a entablarlo, los regímenes de la insolvencia siguen diferentes criterios respecto de los bienes o del valor recuperados. El criterio más común es considerar que los bienes o el valor recuperados por el

---

[43] Véase el cap. III, párrs. 49 a 52, relativo a los derechos y obligaciones del representante de la insolvencia.

acreedor forman parte de la masa de la insolvencia, pues se estima que la principal justificación de los procedimientos de anulación es restituir valor o bienes a la masa en beneficio de todos los acreedores, y no solamente de algunos de ellos. Otros regímenes disponen que lo que se recupere después del procedimiento puede utilizarse ante todo para satisfacer la reclamación del acreedor que haya iniciado el procedimiento, o que puede modificarse la prelación que tenga el crédito del acreedor o acreedores que entablen la acción.

b) Financiación de los procedimientos de anulación

196. En varios Estados, la limitación más importante de la eficacia de las disposiciones de anulación ha sido la falta de fondos para impugnar operaciones potencialmente anulables. La cuestión de la financiación se ha regulado de distintos modos. Algunos Estados facilitan fondos públicos al representante de la insolvencia para que pueda iniciar procedimientos de anulación, mientras que otros exigen que estas actuaciones se financien con fondos de la masa de la insolvencia. Este último enfoque puede resultar adecuado cuando se disponga de fondos suficientes, pero en algunas circunstancias impedirá la recuperación de los bienes que hayan sido enajenados con miras a dejar a la masa sin recursos suficientes para financiar esa recuperación mediante un procedimiento de anulación. Algunos regímenes de la insolvencia permiten al representante de la insolvencia ceder a un tercero la facultad para entablar procedimientos a fin de obtener algún contravalor, o solicitar a un prestamista que anticipe fondos para iniciar el procedimiento de anulación. Hay notables diferencias entre los Estados, en cuanto a la disponibilidad de fondos públicos para financiar procedimientos de anulación, que pueden justificar la utilización de algunos de esos mecanismos alternativos. Cuando la masa de la insolvencia no disponga de fondos para financiar procedimientos de anulación, esas otras posibilidades pueden ofrecer, en determinadas situaciones, medios eficaces para lograr la restitución de bienes a la masa de la insolvencia, evitar abusos, investigar toda conducta desleal y promover una buena gobernanza.

c) Plazos para iniciar procedimientos de anulación

197. Algunos regímenes de la insolvencia establecen plazos concretos para iniciar procedimientos de anulación, mientras que otros regímenes no fijan ninguno. Los regímenes que especifican plazos prevén, por ejemplo, que el procedimiento se abrirá en un determinado plazo después de la fecha de vigencia de la apertura del procedimiento de insolvencia (por ejemplo, 3 ó 12 meses) o, a más tardar, antes de que concluya un determinado período (por ejemplo, de seis meses) después de que el representante de la insolvencia haya podido conocer, evaluar y presentar las reclamaciones. Si un régimen de la insolvencia debe fijar plazos concretos, en vez de hacer aplicables los previstos en las disposiciones legales distintas de ese régimen, sería conveniente combinar distintos plazos, como, por ejemplo, un período

específico después de la apertura y otro a partir del momento en que el representante de la insolvencia descubra la operación. Este enfoque ofrece suficiente flexibilidad para regular las operaciones que se oculten al representante de la insolvencia y que no se descubran hasta después de la expiración del plazo especificado. Sea cual fuere el enfoque que se adopte, es conveniente que el plazo sea relativamente breve, como en los ejemplos señalados más arriba, a fin de evitar la incertidumbre y de agilizar el procedimiento de insolvencia.

d) Cumplimiento de los criterios de anulación

198. Los regímenes de la insolvencia siguen diversos criterios para establecer los elementos que deberán probarse para que pueda anularse una determinada operación. El criterio adoptado dependerá de la importancia relativa que se dé, por una parte, a la necesidad de anular operaciones improcedentes o económicamente perjudiciales para la masa de la insolvencia y, por otra, a la protección de operaciones comerciales que, fuera del contexto de la insolvencia, no se consideren ilícitas o perjudiciales. Sea cual sea el enfoque adoptado por el régimen de la insolvencia para determinar los criterios de anulación, es muy conveniente que la ley especifique con precisión qué elementos de esos criterios habrá que probar y cuál de las partes deberá hacerlo, a fin de aclarar los requisitos que deberá cumplir el representante de la insolvencia para solicitar la anulación de determinada operación y los que deberá cumplir la otra parte para defender la operación impugnada y evitar su anulación.

199. En algunos regímenes se exige que sea el deudor el que demuestre que la operación no correspondía a ninguna de las categorías de operaciones anulables y que, por ejemplo, se llevó a cabo en el curso ordinario de los negocios. En otros regímenes, corresponde al representante de la insolvencia o a cualquier otra persona que pueda impugnar la operación, como por ejemplo un acreedor, demostrar que la operación impugnada cumple los requisitos para ser anulada. Cuando entre estos requisitos figure la intencionalidad, será a veces muy difícil demostrarla y, la mayoría de las veces, la parte que tenga la carga de la prueba perderá el caso. A fin de evitar esta situación, algunos regímenes permiten que se invierta la carga de la prueba y se haga recaer en la otra parte cuando, por ejemplo, el representante de la insolvencia tenga dificultad para demostrar que el deudor actuó con la intención de defraudar a los acreedores, sin poder recurrir más que a indicios externos, hechos objetivos u otras pruebas indirectas de esa intención. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, el hecho de que el deudor no pueda explicar en forma satisfactoria la finalidad comercial de determinada operación por la que se haya reducido el valor de la masa puede ser un indicio de que se cumple el requisito de intención de fraude.

200. Otro criterio consiste en considerar o presumir que ha habido intencionalidad o mala fe cuando se realicen ciertos tipos de operaciones durante el período de sospecha y sea la otra parte quien tenga que probar que

no fue así. Entre estos tipos de operaciones pueden figurar, por ejemplo, las operaciones con personas allegadas, el pago de deudas no vencidas, y el pago de operaciones gratuitas u onerosas. Otro enfoque consiste en disponer que cuando se realice determinado tipo de operación durante el período de sospecha y esta operación tenga determinado efecto, como el de otorgar una preferencia, existirá una presunción rebatible sobre la intención de conceder preferencia. A menos que la otra parte pueda rebatir la presunción, la operación será anulada y el representante de la insolvencia podrá recuperar los bienes que hayan sido objeto de ella u obtener el derecho a percibir el valor de dichos bienes.

201. Cuando para anular una operación sea necesario que la otra parte haya tenido conocimiento de la insolvencia del deudor, algunos regímenes de la insolvencia incluyen la presunción de que la otra parte tenía conocimiento de la delicada situación financiera del deudor si la operación concertada con esa persona tenía ciertas características. Éstas pueden comprender que el pago se refiriera a una deuda no vencida o se hiciera en forma inusual, o que la operación se llevase a cabo durante un breve período previo a la solicitud de apertura o antes de la apertura del procedimiento de insolvencia.

8. Responsabilidad de la otra parte en las operaciones anuladas

202. Cuando se anula una operación, se plantea la cuestión del efecto que tiene dicha anulación para la otra parte. En la mayoría de los regímenes de la insolvencia, el resultado de la anulación de una operación consistirá en que se restablezca la situación anterior, por lo que la otra parte deberá devolver los bienes obtenidos o pagar en efectivo a la masa de la insolvencia el valor de la operación. Algunos regímenes de la insolvencia prevén la posibilidad de que el tribunal reconozca al representante de la insolvencia el valor de los bienes afectados. Algunos regímenes de la insolvencia disponen, asimismo, que la parte que haya devuelto bienes o haya pagado su valor equivalente a la masa puede presentar una reclamación como acreedor no garantizado por un importe equivalente al valor de los bienes devueltos, en el caso de una operación preferente, o por el importe de la contraprestación abonada en el caso de una operación infravalorada. Cuando la parte no devuelva los bienes ni pague su valor a la masa, se deberá recurrir a disposiciones legales ajenas al régimen de la insolvencia. Algunos regímenes, sin embargo, prevén que en el marco de la insolvencia no se admitirá, además de la demanda de anulación, ninguna reclamación de la otra parte (en concepto de las cantidades adeudadas además de las afectadas por la operación anulable).

9. Conversión de una reorganización en un procedimiento de liquidación

203. Cuando un procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación, convendrá tal vez tener presente la forma en que el cambio de procedimiento repercutirá en el ejercicio de los poderes de anulación respecto de los pagos

efectuados durante el procedimiento de reorganización y respecto del período de sospecha establecido.

Recomendaciones 87 a 99

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones en materia de anulación tienen por objeto:

a) reconstituir la integridad de la masa y garantizar el trato equitativo de los acreedores;

b) dar seguridad jurídica a todo tercero interesado definiendo reglas claras para supuestos en los que una operación efectuada antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, en la que haya intervenido el deudor o que haya afectado a sus bienes, pueda ser considerada perjudicial y sea por tanto anulable;

c) hacer posible la apertura de un procedimiento para anular toda operación de esa índole; y

d) facilitar la recuperación de dinero o de bienes en poder de personas que hayan participado en alguna operación anulada.

Contenido de las disposiciones legislativas

Operaciones anulables[44] *(párrs. 170 a 179)*

87. El régimen de la insolvencia debería establecer disposiciones con efecto retroactivo, concebidas para revocar toda operación realizada por el deudor o de la que hayan sido objeto bienes de la masa y que haya disminuido el valor de ésta o violado el principio del trato equitativo de los acreedores. El régimen de la insolvencia debería especificar que serán anulables los siguientes tipos de operaciones:

a) Toda operación cuya finalidad sea impedir, demorar u obstaculizar el cobro de los respectivos créditos de los acreedores, cuando la operación pueda dejar ciertos bienes fuera del alcance de acreedores ya existentes o potenciales o perjudicar de algún otro modo los intereses de los acreedores;

b) Toda operación por la que el deudor transmita un derecho real sobre sus bienes o contraiga una obligación y tal transmisión o compromiso constituyan una donación y que se haya realizado o contraído por un contravalor nominal inferior o insuficiente siendo el deudor ya insolvente o cuando, a raíz de tal operación, el deudor haya pasado a ser insolvente (operaciones infravaloradas); y

[44] En la presente sección, el término “operación” se entenderá referido en general a una amplia variedad de actos jurídicos mediante los cuales cabe disponer de bienes o contraer obligaciones mediante transmisión, un pago, la constitución de una garantía real o de otro tipo, un préstamo o algún acto de renuncia [o una acción encaminada a dar eficacia a las garantías reales frente a terceros], y puede consistir en una combinación de operaciones.

Recomendaciones 87 a 99 *(continuación)*

c) toda operación en que intervengan los acreedores por la que alguno de ellos obtenga una proporción de los bienes del deudor superior a su cuota de la masa prorrateada o perciba beneficios de dicha proporción y que se realice siendo ya el deudor insolvente (operaciones preferentes).

Garantías reales (párr. 180)

88. El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando una garantía real sea eficaz o ejecutable en virtud de una regla de derecho distinta del régimen de la insolvencia podrá quedar sujeta a las disposiciones de anulación del régimen por los mismos motivos que otras operaciones.

Determinación del período de sospecha (párrs. 188 a 191)

89. El régimen de la insolvencia debería especificar que las operaciones descritas en los incisos a) a c) de la recomendación 87 serán anulables si se han realizado durante cierto período (el período de sospecha) calculado retroactivamente a partir de una fecha especificada, que podrá ser la de la solicitud de un procedimiento de insolvencia o de la apertura de dicho procedimiento. El régimen de la insolvencia podrá fijar distintos períodos de sospecha en función de los tipos de operaciones de que se trate.

Operaciones con personas allegadas (párrs. 182 a 184)

90. El régimen de la insolvencia podrá especificar que el período de sospecha en relación con las operaciones impugnables concertadas con personas allegadas es más largo que en el caso de las operaciones con personas no allegadas.

91. El régimen de la insolvencia debería especificar las categorías de personas cuyos vínculos con el deudor se considerarán suficientes para tratarlos como personas allegadas[45].

Operaciones no anulables (párr.185)

92. El régimen de la insolvencia debería especificar las operaciones no anulables, incluidos los contratos financieros.

Sustanciación de los procedimientos de anulación (párrs. 192 a 195)

93. El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia tendrá la principal responsabilidad para iniciar procedimientos de anulación[46]. El régimen de la insolvencia también podrá permitir a cualquier acreedor iniciar procedimientos de anulación, siempre y cuando esté de acuerdo el representante de la insolvencia y, si éste no estuviera de acuerdo, el acreedor podrá solicitar autorización judicial para incoar tales procedimientos.

---

[45] En el glosario se define el concepto de "persona allegada" (véase Introducción, párr. 12 *jj)*).

[46] También pueden plantearse problemas para anular operaciones en procedimientos iniciados a instancia de una persona que no sea el representante de la insolvencia, cuando éste invoque la posibilidad de anular una operación como excepción frente a la ejecución.

Recomendaciones 87 a 99 (*continuación*)

Financiación de los procedimientos de anulación (párr. 196)

94. El régimen de la insolvencia debería especificar que las costas de los procedimientos de anulación se abonarán como gastos de administración de la masa.

95. El régimen de la insolvencia podrá prever otras formas de regular la sustanciación y financiación de los procedimientos de anulación.

Plazos para la apertura de procedimientos de anulación (párr. 197)

96. El régimen de la insolvencia o el derecho procesal aplicable deberían especificar el plazo en el que podrá abrirse un procedimiento de anulación. Este período debería empezar a contar a partir de la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia. Con respecto a las operaciones mencionadas en la recomendación 87, es decir, las que se hayan ocultado y sean difíciles de descubrir para el representante de la insolvencia, el régimen de la insolvencia podrá prever que el período empezará a correr a partir del momento en que dichas operaciones sean descubiertas.

Elementos para la anulación y excepciones oponibles (párrs. 198 a 201)

97. El régimen de la insolvencia debería especificar los elementos que habrán de probarse a fin de anular una determinada operación, la parte que deberá probar dichos elementos y las posibles excepciones que podrán oponerse a tal anulación. Como excepción cabrá alegar, entre otras cosas, que la operación se llevó a cabo en el curso ordinario de los negocios antes de la apertura del procedimiento de insolvencia El régimen podrá también establecer presunciones y permitir la inversión de la carga de la prueba para facilitar los procedimientos de anulación.

Responsabilidad de las otras partes en operaciones anuladas (párr. 202)

98. El régimen de la insolvencia debería especificar que la otra parte en una operación que haya sido anulada estará obligada a restituir a la masa de la insolvencia los bienes obtenidos o, si lo ordena el tribunal, a pagar en efectivo a la masa el valor correspondiente a la operación. El régimen de la insolvencia debería indicar si la otra parte en una operación anulada tendrá un crédito ordinario no garantizado.

99. El régimen de la insolvencia podrá especificar que cuando la otra parte incumpla la orden judicial de anulación de la operación, además de la anulación en sí y de cualquier otra medida judicial, la otra parte podrá ver denegada cualquier reclamación que presente.

G. Derechos de compensación

204. El reconocimiento de los derechos de compensación respecto de las obligaciones recíprocas nacidas de operaciones o actividades realizadas por el deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia es importante no sólo para la previsibilidad comercial y la disponibilidad de crédito financiero, sino también para evitar estrategias de recurso abusivo al procedimiento de

insolvencia. Por ello, es sumamente conveniente que un régimen de la insolvencia ampare tales derechos de compensación.

205. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, los derechos de compensación no se ven afectados por la paralización subsiguiente a la apertura de un procedimiento de insolvencia y podrán ser ejercidos tras la apertura de dicho procedimiento, independientemente de que las obligaciones recíprocas hayan nacido de un único contrato o de varios contratos y sin importar si tales obligaciones vencieron antes o hayan de vencer después de la apertura de un procedimiento de insolvencia. En algunos ordenamientos se hace la siguiente distinción: se permite la compensación de las obligaciones que hayan vencido antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, pero se limita o no se permite la compensación de las obligaciones que venzan después de la apertura del procedimiento.

206. En otro enfoque se preservan los derechos de compensación independientemente de que las obligaciones recíprocas hayan vencido antes o después de la apertura del procedimiento de insolvencia, pero se paraliza el ejercicio de esos derechos en la misma medida que tal paralización sea aplicable al ejercicio de los derechos de los acreedores garantizados. En los sistemas que adoptan este enfoque, el acreedor es equiparado a un acreedor garantizado en lo que respecta a sus propios derechos de compensación válidos pero que aún no ha ejercido, y tales derechos están amparados de una manera similar a la protección otorgada a las garantías reales[47].

207. En casi todos los regímenes de la insolvencia figuran disposiciones que facultan al representante de la insolvencia para procurar evitar los efectos de ciertos actos realizados por los acreedores antes de la apertura del procedimiento con miras a incrementar sus derechos de compensación (como la adquisición de créditos con descuento para así acumular derechos de compensación). La naturaleza y el alcance de esas disposiciones varían.

Recomendación 100

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones en materia de compensación tienen por objeto:

a) Ofrecer seguridad jurídica con respecto a las consecuencias que tendrá la apertura de un procedimiento de insolvencia para el ejercicio de los derechos de compensación;

b) Especificar los tipos de obligaciones que podrán ser objeto de compensación una vez iniciado un procedimiento de insolvencia; y

c) Especificar los efectos que tendrán para el ejercicio de los derechos de compensación otras disposiciones del régimen de la insolvencia (por ejemplo, las que rigen la anulación y la paralización).

---

[47] Véanse los párrs. 59 a 69 *supra*.

Recomendación 100 *(continuación)*

Contenido de las disposiciones legislativas

100. El régimen de la insolvencia debería amparar todo derecho general de compensación en virtud de toda normativa legal distinta del régimen de la insolvencia que haya nacido antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, a reserva de lo que prevean las disposiciones sobre la anulación.

H. Contratos financieros y compensación global por saldos netos

208. Los contratos financieros han pasado a ser un componente importante de los mercados de capital internacionales. Entre otras ventajas, esos contratos aumentan la oferta de crédito y constituyen una importante cobertura frente al riesgo inherente a las fluctuaciones de los tipos de cambio, de los tipos de interés y de otras variables del mercado financiero. A causa de la forma en que se estructuran y documentan esas operaciones, es imprescindible regular debidamente las consecuencias que tendrá el incumplimiento por una de las partes de las obligaciones que le imponga un contrato financiero, particularmente por razones de insolvencia.

209. Los contratos financieros incluyen, entre otros, los contratos sobre valores mobiliarios, los contratos relativos a productos básicos, así como las operaciones a plazo y las denominadas opciones, las permutas financieras, los acuerdos de recompra de valores, los acuerdos marco de compensación por saldos netos y otros contratos similares. A menudo los deudores celebran varios contratos con una misma entidad financiera en el curso de una única operación, por lo que aumentará la oferta de crédito si los derechos nacidos de tales contratos son plenamente ejecutables a tenor de sus cláusulas, permitiendo así a la entidad financiera otorgar crédito de vez en cuando, en función de su riesgo neto a la luz del valor de todos los contratos "en curso".

210. Al decretarse la apertura de un procedimiento de insolvencia, las partes intentarán cerrar sus posiciones abiertas y "compensar en forma global por saldos netos" todas las obligaciones nacidas de sus contratos financieros con el deudor. La "compensación de clausura" consta de dos etapas: en primer lugar, se dan por extinguidos todos los contratos en curso a raíz de la apertura del procedimiento de insolvencia (etapa de clausura); en segundo lugar, se procede a la compensación globalizada de todas las obligaciones nacidas de las operaciones clausuradas (etapa de compensación global por saldos netos).

211. Permitir que se proceda a una "compensación de clausura por saldos netos" a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia es un factor importante para atenuar los riesgos sistémicos que podrían amenazar la estabilidad de los mercados financieros. El valor o el riesgo inherente a un contrato financiero puede variar notablemente de un día a otro (y a veces en

cuestión de horas) según las condiciones de los mercados financieros. Por consiguiente, el valor de esos contratos puede ser sumamente volátil. Las partes suelen atenuar o protegerse de los riesgos inherentes a esos contratos celebrando uno o varios contratos de "contrapartida o compensación" o de "cobertura de riesgos" con terceros, cuyo valor fluctúa en función inversa al valor del contrato celebrado con el deudor[48].

212. Independientemente de que el deudor cumpla o no el contrato celebrado con la otra parte, ésta deberá cumplir el contrato de cobertura de riesgos que concierte con terceros. Si el deudor se declara insolvente y no puede cumplir su contrato con la otra parte, ésta se verá expuesta a los riesgos de la inestabilidad del mercado financiero, puesto que sus posiciones de cobertura ya no estarán respaldadas por su contrato con el deudor. En esas circunstancias, la otra parte suele intentar proteger esos contratos de cobertura, celebrando uno o varios contratos nuevos que limiten su riesgo frente a toda nueva fluctuación del mercado. Sin embargo, la otra parte no podrá cubrirse de este modo en tanto no determine con certeza que no deberá seguir cumpliendo su contrato con el deudor. La otra parte contará, para ello, con poder "clausurar" el contrato celebrado con el deudor, lo que le permitirá protegerse sin demora tras la apertura del procedimiento de insolvencia.

213. Si después de la apertura del procedimiento de insolvencia no puede procederse sin demora a clausurar, a compensar simplemente ni a compensar globalmente por saldos netos, del modo descrito más arriba, las obligaciones nacidas de los contratos incumplidos, el incumplimiento contractual del deudor (o su decisión de cumplir sólo los contratos que le reporten beneficios dejando incumplidos los que no le sean rentables) podría dar lugar a que la otra parte no pudiera cumplir sus contratos financieros conexos, celebrados con otros participantes en el mercado financiero. Si alguno de los participantes importantes en el mercado resultara insolvente, podría producirse un incumplimiento en cadena de una serie de operaciones de respaldo mutuo que pondría en dificultades financieras a otros participantes en el mercado y, en el peor de los casos, conduciría al colapso financiero de otras partes, e incluso de instituciones financieras reguladas. A menudo se denomina a este efecto dominó "riesgo sistémico", y se cita como un importante motivo de política financiera que justifica que se permita a los participantes clausurar y compensar sus obligaciones simplemente, o globalmente por saldos netos, de un modo que normalmente no permitiría un régimen de la insolvencia.

214. Los aspectos relativos al carácter definitivo o firme de los pagos y liquidaciones de los contratos financieros que se tramitan por conducto de sistemas centralizados de liquidación y pagos también pueden ocasionar

---

[48] En la presente sección, el término "contrato" puede referirse a uno o varios contratos.

riesgos sistémicos. Estos sistemas dependen, para su funcionamiento, de acuerdos de compensación global por saldos netos tanto bilaterales como multilaterales. A fin de evitar riesgos sistémicos, al abrirse un procedimiento de insolvencia contra uno de los participantes en esos sistemas deberá reconocerse y ampararse la compensación global por saldos netos de los contratos financieros gestionados a través de tales sistemas, así como el carácter firme o definitivo de toda compensación o liquidación efectuada en ese marco.

215. En muchos Estados, el propio régimen general de la insolvencia permitirá que todo contrato financiero se ejecute de conformidad con sus propias disposiciones al abrirse un procedimiento de insolvencia, aplicando las cláusulas de extinción de contratos en caso de insolvencia (véanse los párrs. 114 a 119 y las recomendaciones 70 y 71 *supra*) y autorizando la compensación de obligaciones, tanto si la acción por incumplimiento se basa en una cláusula de extinción automática del contrato como si es anterior a la apertura del procedimiento. Los países cuyo régimen de la insolvencia limite el efecto de las cláusulas de extinción automática o paralice o restrinja el ejercicio de los derechos de compensación o de otros recursos por parte de los acreedores deberán prever alguna excepción expresa que declare plenamente ejecutables esas cláusulas y derechos respecto de los contratos financieros. También es conveniente que esas excepciones se hagan extensivas a las disposiciones de impugnación y anulación que de otro modo sean aplicables a los contratos financieros, así como a las restricciones que limiten la posibilidad de que un bien constituido en garantía pueda destinarse al cumplimiento de las obligaciones financieras contractuales que queden una vez ejercidos los derechos de compensación. Las excepciones relativas a los contratos financieros deberían enunciarse de manera suficientemente amplia para proteger los intereses importantes de las partes que negocian esos contratos y prevenir los riesgos sistémicos.

Recomendaciones 101 a 107

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones sobre compensación global por saldos netos y derechos de compensación en el contexto de las operaciones en los mercados financieros tienen por objeto reducir la posibilidad de que se produzcan riesgos sistémicos que puedan poner en peligro la estabilidad de esos mercados, proporcionando seguridad jurídica con respecto a los derechos de las partes en un contrato financiero cuando una de ellas incumpla sus obligaciones por motivos de insolvencia. No se pretende que estas recomendaciones sean aplicables a operaciones que no sean contratos financieros, que seguirán estando sujetos a la normativa legal que rige la compensación financiera y la compensación global por saldos netos.

Recomendaciones 101 a 107 *(continuación)*

Contenido de las disposiciones legislativas

101. El régimen de la insolvencia debería reconocer todo derecho de extinción estipulado en los contratos financieros que permita actuar sin demora, tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, para proceder a la resolución de tales contratos y a la compensación simple y a la compensación global por saldos netos de las obligaciones pendientes con arreglo a esos contratos. El régimen de la insolvencia debería exceptuar los contratos financieros de las disposiciones por las que se paralice la extinción de contratos o por las que se limite la posibilidad de aplicar las cláusulas de extinción automática a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia[49].

102. Una vez que la otra parte haya denunciado los contratos financieros del deudor, el régimen de la insolvencia debería permitir que esa otra parte compensara globalmente por saldos netos o ejerciera todo otro derecho de compensación respecto de las obligaciones nacidas de los contratos extinguidos, para determinar así su posición neta de riesgo frente al deudor. Esa denuncia y esa compensación financiera, encaminadas a determinar el riesgo neto, deberían permitirse con independencia de si la extinción de los contratos se produce antes o después de la apertura del procedimiento de insolvencia. Si el régimen de la insolvencia restringe o paraliza el ejercicio de los derechos de compensación a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia, los derechos de compensación y la compensación global por saldos netos de los contratos financieros deben quedar exentos de esas limitaciones.

103. Una vez rescindidos los contratos financieros del deudor, el régimen de la insolvencia debería permitir que la parte hiciera efectivas sus garantías reales, destinando su producto al cumplimiento de las obligaciones dimanantes de dichos contratos. Los contratos deberían quedar exentos de toda paralización impuesta por el régimen de la insolvencia a la ejecución de una garantía real.

104. El régimen de la insolvencia debería especificar que no estarán sujetas a anulación las transferencias usuales previas a la apertura del procedimiento de insolvencia que sean conformes a la práctica imperante en el mercado, como la constitución de un margen de cobertura respecto de los contratos financieros[50] y las transferencias para liquidar las obligaciones nacidas de un contrato financiero[51].

---

[49] Ello permitirá que los participantes en el mercado puedan otorgar crédito en función de sus "posiciones netas" y evitará además que el deudor opte por cumplir sólo unos contratos, dejando otros incumplidos, lo cual reviste una particular importancia para los contratos financieros, habida cuenta del riesgo sistémico.

[50] El denominado margen de cobertura consiste en consignar fondos en efectivo o valores bursátiles adicionales como garantía para las operaciones en curso según una fórmula contractual calculada en función de las fluctuaciones del valor de mercado del contrato y de la garantía real otorgada. Por ejemplo, en una permuta financiera, se tendría que constituir un margen del 105% para mantener el valor del contrato en caso de

Recomendaciones 101 a 107 *(continuación)*

105. El régimen de la insolvencia debería reconocer y amparar el carácter definitivo y firme de las compensaciones globales por saldos netos, de las liquidaciones y de otros pagos de contratos financieros efectuados a través de sistemas de pago y liquidación, en caso de insolvencia de un participante en el sistema.

106. Las recomendaciones 101 a 105 deberían ser aplicables a toda operación que se considere constituye un "contrato financiero", independientemente de que una de las partes sea o no una institución financiera[52].

107. Los contratos financieros deben definirse en términos amplios que engloben los diversos tipos de contratos financieros existentes y permitan dar cabida a todo nuevo tipo de contrato de esa índole.

---

extinción. Si la posición de resguardo cae al 100%, tal vez habría que constituir cierto margen adicional.

[51] En algunas circunstancias, un pago de liquidación podría ser considerado preferente. En el ejemplo de la permuta financiera, los pagos de liquidación deben realizarse mensualmente o al extinguirse el contrato sobre la base del valor que tenga el contrato en el mercado. Tales pagos no constituyen transferencias de valor por valor, sino el pago de una obligación vencida de deudas acumuladas. En los países cuya legislación prevé el mismo período de sospecha para todas las operaciones anteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia, ese pago también podría ser objeto de impugnación.

[52] Incluso si en un contrato financiero no interviene una institución financiera, el impacto de la insolvencia de una parte en el contrato podría entrañar un riesgo sistémico.

III. Participantes

A. El deudor[1]

1. Introducción

1. El régimen de la insolvencia sigue diversos criterios en cuanto a la función que desempeña el deudor en el procedimiento de insolvencia, y suele establecer una distinción según que el procedimiento sea de liquidación o de reorganización. Cuando deba mantenerse la empresa en funcionamiento (ya sea para su reorganización, o en caso de liquidación, para su venta como negocio en marcha), suele ser más necesario que el deudor intervenga de alguna forma en su gestión. El deudor deberá asimismo ayudar al representante de la insolvencia en el desempeño de las funciones que le correspondan y facilitar información sobre el negocio al tribunal o a ese representante. Además de obligaciones, el deudor tendrá algunos derechos en relación con el procedimiento, tales como el derecho a ser oído durante el procedimiento, a tener acceso a información y a conservar ciertos efectos personales. A fin de asegurar la buena marcha del procedimiento y de que todas las partes sepan a qué atenerse, es conveniente que el régimen de la insolvencia defina claramente el alcance de los derechos y obligaciones del deudor.

2. Continuidad de los negocios del deudor y función del deudor

a) Liquidación

2. Una vez iniciado el procedimiento de liquidación, la conservación de la masa requerirá la adopción de medidas de alcance muy general para protegerla no sólo contra las acciones de los acreedores, sino también contra las del propio deudor. Por esta razón, muchos regímenes de la insolvencia privan al deudor de todo derecho a controlar los bienes y a administrar y explotar el negocio en caso de liquidación, y nombran un representante de la

---

[1] Dado que el régimen de la insolvencia será aplicable a diversos tipos de negocios, ya sean comerciantes individuales, sociedades colectivas o alguna modalidad de sociedad de responsabilidad limitada, el supuesto de un funcionamiento ininterrumpido del negocio del deudor suscita cuestiones respecto de la función que cabe encomendar al personal gerente o a los propietarios de la empresa deudora en las circunstancias del caso. La *Guía Legislativa* se refiere, para mayor sencillez, únicamente al "deudor" en supuestos en los que habría sido más procedente hablar del personal directivo o de los propietarios de la empresa deudora.

insolvencia para que asuma las funciones de las que se haya desposeído al deudor. Además de la facultad para utilizar los bienes y disponer de ellos, el representante puede también tener derecho a presentar y defender acciones judiciales en nombre de la masa y a cobrar todo pago destinado al deudor. Tras la apertura de un procedimiento de liquidación, toda operación realizada con los bienes de la masa, incluida la transmisión de esos bienes, que no haya sido autorizada por el representante de la insolvencia, por el tribunal o por los acreedores (según lo que disponga el régimen de la insolvencia) será nula (o, en algunos regímenes, sujeta a anulación), y todo bien que se haya transmitido (o su valor) será recuperable en beneficio de la masa (véase el capítulo II párrs. 70 a 73).

3. En los casos en que se determine que el medio más eficaz para liquidar la masa consista en venderla como negocio en marcha, algunos regímenes disponen que el representante de la insolvencia deberá supervisar y controlar globalmente el negocio, pero dejando margen al deudor para que pueda incrementar el valor de la masa y facilitar la venta de los bienes. En esos regímenes se permite pues mantener al deudor en funciones y asesorar al representante de la insolvencia. Esta posibilidad se justifica por el conocimiento detallado que tiene el deudor de su negocio y del mercado o ramo comercial pertinente y por la relación continua que mantiene con los acreedores, proveedores y clientes.

b) Reorganización

4. En casos de reorganización, no existe ningún criterio generalmente aceptado acerca de si se debe privar o no al deudor del control de la empresa y, en casos en que se le prive en parte de ese control, acerca de qué funciones podrá desempeñar y el modo en que éstas se compaginarán con las de otros participantes. Esa continuidad en ciertas funciones puede depender en gran medida de que el deudor actúe de buena fe durante el procedimiento de reorganización; de no obrar así, esa continuidad será de dudosa utilidad. También podrá depender de la existencia de un sistema de gestión fuerte e independiente que permita hacer frente a la incompetencia o a cualquier conducta encaminada a satisfacer intereses personales. A veces las ventajas de mantener al deudor en funciones podrán también depender de que el procedimiento se haya iniciado a petición del deudor o a instancia de acreedores. En este último caso cabe que el deudor se muestre poco cooperativo o incluso hostil hasta el punto de que resulte inútil dejar que siga participando en la gestión de la empresa. La decisión sobre el criterio óptimo podrá depender de una serie de factores, incluso de los usos empresariales del país; el papel de los bancos; la existencia de sistemas eficaces de gestión empresarial; la eficacia de las entidades encargadas de la insolvencia; el grado de supervisión que los tribunales ejerzan o requieran; la eficacia del sistema judicial y la facilidad de acceso a los tribunales; y el grado en que los incentivos para iniciar procedimientos de insolvencia sean considerados de importancia decisiva para la concepción del régimen de la insolvencia.

i) Ventajas e inconvenientes de que el deudor siga en funciones

5. El mantenimiento del deudor en funciones puede suponer varias ventajas. En muchos casos, el deudor dispondrá de un conocimiento directo y personal de su negocio y del ramo al que pertenezca. Este conocimiento puede ser particularmente importante en el caso de comerciantes individuales o de sociedades formadas por pocos socios en que tal vez proceda, en aras de la continuidad comercial, que el deudor siga desempeñando alguna función en la adopción de decisiones de alcance temporal limitado y en relación con el curso ordinario de los negocios. Puede también ayudar al representante de la insolvencia a desempeñar sus funciones con un conocimiento más cabal y directo del negocio del deudor. Por razones análogas, el deudor suele estar en buenas condiciones para proponer un plan de reorganización. En tales circunstancias, tal vez no convenga desplazar totalmente al deudor, aunque haya tenido cierta parte de responsabilidad en las dificultades financieras del negocio, pues eso no sólo restaría incentivos a la actividad empresarial de los deudores y les haría más reacios a correr riesgos en general y a solicitar en fecha temprana un procedimiento de reorganización, sino que además menoscabaría las posibilidades de éxito de ésta.

6. La conveniencia de que el deudor siga ejerciendo ciertas funciones ha de ser sopesada teniendo en cuenta algunas posibles desventajas. Los acreedores pueden haber perdido confianza en el deudor a raíz de las dificultades financieras de la empresa (y de la eventual responsabilidad del deudor al respecto), por lo que habrá que restablecer esa confianza para que la reorganización pueda dar resultado. Permitir que el deudor siga dirigiendo el negocio sin someterlo a un control adecuado no sólo agravará esa pérdida de confianza, sino que puede suscitar un mayor antagonismo de parte de los acreedores. Un factor que podrá influir en la opinión de los acreedores sobre esta opción es la eficacia de cualesquiera sistemas de gestión empresarial aplicables y la manera en que el deudor los ponga en práctica. De no existir un sistema de gestión eficaz, los acreedores preferirán que se nombre un representante de la insolvencia que pase a ejercer las funciones del deudor o que disponga de amplios poderes de supervisión de éste.

7. Si el sistema se considera excesivamente favorable al deudor, los acreedores se mostrarán indiferentes hacia el procedimiento y no estarán dispuestos a participar en él, por lo que pueden surgir problemas a la hora de supervisar la gestión de la empresa, cuando el régimen de la insolvencia confiera esa función a los acreedores. También se podría fomentar un enfoque contencioso del procedimiento, lo que ocasionaría, a su vez, mayores demoras y costas procesales. El deudor puede tener un plan de gestión que no se ajuste a los objetivos del régimen de la insolvencia, concretamente al de obtener máximos ingresos en beneficio de los acreedores. Tal vez el objetivo primordial del deudor sea, por ejemplo, mantener el control del negocio, y no obtener el máximo valor que permita a los acreedores cobrar sus créditos. Además, el éxito de la reorganización puede depender no sólo de algún cambio en la gestión que el deudor no esté dispuesto a aceptar, sino de que el

deudor tenga los conocimientos prácticos y teóricos necesarios para utilizar el régimen de la insolvencia de modo que le ayude a resolver sus dificultades financieras. Un factor conexo que habrá de tenerse en cuenta es si el procedimiento ha sido iniciado a petición del propio deudor o a instancia de los acreedores (ya que en este último supuesto el deudor adoptaría una actitud hostil frente a sus acreedores).

8. Varios regímenes de la insolvencia hacen una distinción, respecto de la función del deudor, entre el período que transcurre desde la apertura del procedimiento de insolvencia hasta la aprobación de un plan de reorganización, por una parte, y el período posterior a la aprobación de dicho plan, por otra. Esos regímenes han previsto, en relación con el primer período, ciertas reglas que definen específicamente las facultades del deudor para dirigir y controlar la marcha diaria del negocio y que prevén el nombramiento de un representante independiente de la insolvencia. Una vez aprobado el plan, dejarán de aplicarse las limitaciones del control y de la gestión del negocio por parte del deudor y éste pasará a ser responsable de la ejecución del plan aprobado.

9. Los regímenes de la insolvencia adoptan distintos criterios para compaginar esas consideraciones conflictivas que se dan en los procedimientos de reorganización: desde privar al deudor del control de la empresa, sustituyéndolo por un representante de la insolvencia, hasta permitir que el deudor siga controlando su negocio con un mínimo de supervisión. En otros criterios intermedios, el representante de la insolvencia ejerce cierto grado de supervisión y, al mismo tiempo, los directivos de la empresa siguen en funciones. La elección de alguna de estas diversas opciones repercutirá en la estructura del régimen de la insolvencia y especialmente en el equilibrio que debe mantenerse entre los diversos participantes y en el modo en que se mantendrá y contrarrestará ese equilibrio, entre las funciones asignadas que haya previsto el tribunal o los acreedores. Al abordar el papel que desempeñará el deudor deberá tenerse en cuenta el hecho de que, cuando éste sea una persona jurídica, los directivos de la empresa en el momento del comienzo de la insolvencia no tendrán necesariamente que permanecer en sus cargos durante todo el período del procedimiento.

ii) Criterios en cuanto al papel que seguirá desempeñando el deudor

a. Sustitución total del deudor

10. En este criterio se aplica el mismo procedimiento que en la liquidación, privando al deudor de todo control sobre el negocio y nombrando un representante de la insolvencia para que asuma todas las funciones del deudor en la gestión de la empresa. Ahora bien, como ya se ha señalado, la sustitución total del deudor puede perturbar los negocios y mermar la capacidad de la empresa para salir adelante en un momento crítico para su supervivencia.

b. Supervisión del deudor por el representante de la insolvencia

11. En ciertos criterios intermedios se prevén diversos grados de control por parte del deudor y del representante de la insolvencia. Lo más usual es que este representante ejerza cierto grado de supervisión del deudor, como, por ejemplo, cuando el representante supervisa ampliamente sus actividades y aprueba las operaciones importantes, mientras que el deudor sigue dirigiendo la marcha diaria del negocio y adoptando toda decisión necesaria al respecto. Tal vez deba respaldarse este criterio mediante normas relativamente precisas que delimiten claramente las responsabilidades del representante de la insolvencia y del deudor, y que enuncien sin ambigüedades el modo en que se desarrollará el procedimiento de reorganización. Por ejemplo, algunos regímenes de la insolvencia especifican que ciertas operaciones, como todo nuevo endeudamiento, la enajenación o pignoración de bienes y la creación de algún derecho de usufructo o utilización sobre bienes de la masa, sólo podrán hacerse sin el consentimiento previo del representante de la insolvencia o del tribunal competente si se efectúan en el curso ordinario de los negocios. En caso contrario, el deudor deberá recabar dicho consentimiento. La supervisión y control de la corriente de efectivo de la empresa deudora puede ser un medio suplementario para controlar al deudor y sus operaciones.

12. Para el caso en que el deudor infrinja alguna de estas restricciones y celebre contratos sin antes solicitar el consentimiento requerido, el régimen de la insolvencia tendrá que regular la validez de esas operaciones y prever la imposición de sanciones al deudor por esa conducta. En un régimen de la insolvencia se dispone, por ejemplo, que en tales circunstancias el tribunal podrá poner término definitivamente al procedimiento de insolvencia. Ahora bien, la idoneidad de esta solución depende no sólo de si el procedimiento se abrió a instancia del deudor o de los acreedores (el deudor no debería poder impedir un procedimiento iniciado a petición de los acreedores incumpliendo las disposiciones del régimen de la insolvencia o desacatando resoluciones judiciales), sino también de que sea la vía óptima para proteger los intereses de todas las partes, así como de que el régimen de la insolvencia prevea otros mecanismos para regular ese tipo de conducta del deudor (que incluyan la posibilidad de transformar el procedimiento de reorganización en liquidación).

13. Los regímenes de la insolvencia que enumeran las operaciones que requieran el consentimiento previo suelen delimitar con cierta claridad la responsabilidad del deudor y la del representante de la insolvencia o el tribunal. En algunos de ellos se faculta asimismo a ese representante para asumir un mayor control de la masa de la insolvencia y de la gestión de la marcha diaria del negocio si lo juzga necesario para salvaguardar los intereses de la masa, como, por ejemplo, cuando existan pruebas de una actuación financiera irresponsable por parte del deudor o de mala gestión o malversación de fondos. En un caso así, tal vez convenga permitir que el foro competente desplace al deudor, para lo que podrá obrar de oficio o a instancia

del representante de la insolvencia, y tal vez a petición de los acreedores o del comité de acreedores.

14. Tal vez se encomiende a los acreedores la función de supervisar las actividades de gestión del deudor y de cerciorarse de que las lleva a cabo en forma eficaz. Si se confiere esa función a los acreedores, tal vez convenga prever ciertas salvaguardias para evitar que traten de hacer fracasar el procedimiento de reorganización o de imponer sus criterios cuando no les corresponda. Para ello, cabría exigir, por ejemplo, el voto favorable de una determinada mayoría de los acreedores para sustituir al deudor o para incrementar la función supervisora del representante de la insolvencia.

15. Un planteamiento distinto para delimitar las facultades del deudor y del representante de la insolvencia consiste en que el régimen de la insolvencia no especifique qué operaciones podrá realizar el deudor, sino que permita al tribunal o a dicho representante determinar los actos jurídicos autorizados y los actos del deudor que requerirán aprobación. Al tiempo que permite cierto grado de flexibilidad, este planteamiento tal vez resulte disuasorio para los deudores que prevean la posibilidad de iniciar un procedimiento de insolvencia, ya que no estarán seguros sobre el modo en que la apertura del procedimiento repercutirá en la gestión y el control del negocio.

c. Pleno control por parte del deudor

16. Otro posible criterio para abordar esta cuestión es permitir que el deudor conserve el pleno control del funcionamiento del negocio, y que el tribunal se abstenga, por lo tanto, de nombrar un representante independiente al abrirse el procedimiento (situación conocida a veces como la del "deudor en posesión del negocio"). Cuando el régimen de la insolvencia prevea la posibilidad de que el deudor conserve el control de su empresa, es conveniente que especifique las atribuciones y funciones propias de un representante de la insolvencia que podrá ejercer el deudor que permanezca en posesión de su empresa. En algunas circunstancias este enfoque aumenta las probabilidades de éxito de la reorganización, al reconocer el amplio conocimiento que tiene el deudor de su negocio, siempre y cuando se pueda confiar en que seguirá llevando el negocio con honradez y se ganará la confianza y la cooperación de los acreedores.

17. No obstante, este criterio puede entrañar desventajas, por ejemplo, cuando se utilice en situaciones en que sea claramente improbable que la reorganización prospere, o cuando sirva únicamente para demorar lo inevitable, con el resultado de que se seguirán dispersando los bienes; y cuando exista el riesgo de que el deudor actúe de modo irresponsable o incluso doloso durante el período en que retenga el control de la empresa, comprometiendo el éxito de la reorganización y defraudando la confianza depositada en él por los acreedores. Cabría mitigar algunas de estas dificultades adoptando ciertas salvaguardias, como la de obligar al deudor a informar con regularidad al tribunal sobre la marcha de la reorganización;

permitir al tribunal que, en ciertos casos, nombre un representante de la insolvencia que supervise la gestión del deudor; asignar a los acreedores una importante función de supervisión o control del deudor, o disponer que la reorganización pueda pasar a ser un procedimiento de liquidación.

18. Cabe señalar que cuando se adopta este criterio, el personal que dirige la empresa deudora en el momento de abrirse el procedimiento no suele ser el mismo que se encargará de ejecutar el plan aprobado; además, algunos de los factores señalados más arriba no tendrán el mismo peso que tendrían en circunstancias en que el personal directivo de la empresa deudora permaneciera en funciones durante todo el procedimiento. No obstante, y dada la complejidad del planteamiento del deudor en posesión del negocio, es preciso examinarlo con detenimiento antes de adoptarlo, no sólo porque su éxito depende de que haya un sólido régimen de gestión empresarial y una fuerte capacidad institucional, sino también porque incide en la concepción de otras disposiciones del régimen de la insolvencia (por ejemplo, en las relativas a la elaboración del plan de reorganización, al ejercicio de los poderes de anulación, al régimen de los contratos y a la obtención de financiación tras la apertura del procedimiento de insolvencia) que en la presente *Guía Legislativa* no se abordan en forma detallada.

3. Derechos del deudor

19. A fin de proteger lo que en algunos Estados se consideran derechos fundamentales del deudor y de velar por que el deudor sea tratado con equidad e imparcialidad y, tal vez lo más importante, para reforzar su confianza en el procedimiento de insolvencia, es conveniente definir claramente la función del deudor en el procedimiento y los derechos de que gozará durante éste. En muchos Estados, los derechos del deudor como persona física en un procedimiento de insolvencia pueden verse afectados por obligaciones con arreglo a pactos o convenios internacionales o regionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[2] y el Convenio Europeo de Derechos Humanos[3].

Derecho del deudor a ser oído, a tener acceso a información y a conservar efectos personales

20. Por las razones indicadas más arriba, es conveniente que el deudor goce del derecho a ser oído durante el procedimiento de insolvencia y a participar en general en el proceso decisorio inherente a tal procedimiento, particularmente si es de reorganización. El deudor debería poder tener acceso a la información relativa a la marcha del procedimiento en todos los casos, pero sobre todo cuando el régimen de la insolvencia disponga (ya sea en una

---

[2] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, Nº 14668.

[3] Ibíd., vol. 213, Nº 2889.

liquidación o en una reorganización) que el deudor sea privado en cierta medida de la gestión o del control de la empresa. Este acceso a la información puede revestir particular importancia en una reorganización si el régimen de la insolvencia dispone que el deudor sea privado en cierta medida de sus poderes antes de la aprobación del plan, pero que se haga cargo de la ejecución del plan una vez aprobado. También puede convenir que, cuando el deudor no desempeñe papel alguno en la formulación del plan, se le dé la oportunidad de expresar su opinión acerca de éste antes de que se presente a los acreedores para su aprobación. Como ya se ha señalado (cap. II, párrs. 18 a 21), si el deudor es una persona física, se excluyen generalmente de la masa algunos de sus bienes a fin de que pueda preservar ciertos derechos personales, así como los de su familia, por lo que es conveniente que el régimen de la insolvencia enuncie claramente su derecho a conservar los bienes excluidos.

21. No obstante, pueden darse casos en que el ejercicio de esos derechos o su cumplimiento estén sujetos a trámites y ocasionen gastos que obstaculicen el procedimiento sin reportar al deudor ningún beneficio directo. Puede suceder, por ejemplo, que cuando el deudor ya no se encuentre en el territorio del foro ante el que se esté siguiendo el procedimiento y no responda o se niegue a responder a todo requerimiento razonable que se le haga para ponerse en contacto con el tribunal o con el representante de la insolvencia, el requisito absoluto de que el deudor sea oído en juicio llegue a ser un grave obstáculo para el procedimiento e incluso impida su sustanciación. De manera análoga, cuando el deudor ya no esté en funciones y no pueda ser oído como tal, o cuando los accionistas y los propietarios de la empresa no participen en ninguna distribución de la masa durante el procedimiento, la obligación absoluta de oír al deudor puede resultar totalmente inútil. Por estas razones, si bien es conveniente que deba hacerse todo lo razonable para dar al deudor la oportunidad de ser oído, el régimen de la insolvencia debería ofrecer, en casos excepcionales, cierto margen de flexibilidad para impedir que la obligación de hacer valer ese derecho afecte negativamente a la realización del procedimiento.

4. Obligaciones del deudor

22. Como ya se ha señalado con respecto a los derechos del deudor, es conveniente que el régimen de la insolvencia defina también claramente sus obligaciones en un procedimiento de insolvencia, precisando, en lo posible, el contenido de ellas y frente a quién estará obligado el deudor. Las obligaciones deberían nacer con la apertura del procedimiento y ser exigibles hasta que éste concluya. Será preciso ajustarlas a las funciones que deba desempeñar el deudor, tanto en una liquidación como en una reorganización, sobre todo en lo relativo a la gestión y al control de la empresa en este último caso. Por ejemplo, cuando el deudor mantenga el control del negocio durante una reorganización, no tendrá la obligación de entregar los bienes que formen parte de la masa.

a) Cooperación y prestación de asistencia

23. A fin de asegurar la buena marcha del procedimiento, algunos regímenes de la insolvencia que prevén cierto grado de sustitución o control del deudor imponen a éste una obligación general de cooperar con el representante de la insolvencia y de prestarle asistencia en el cumplimiento de su cometido, y otros regímenes lo obligan a abstenerse de todo acto que pudiera obstaculizar la sustanciación del procedimiento. Un elemento esencial de la obligación de cooperación del deudor será permitir al representante de la insolvencia asumir el control efectivo de la masa transfiriéndole el control de los bienes y de los registros y libros de contabilidad de la empresa. Cuando los bienes del deudor no se encuentren en el territorio del Estado del foro, tal vez el deudor no pueda transferir el control de esos bienes; en tal caso, la obligación debería consistir en facilitar al representante de la insolvencia la recuperación de los bienes que se encuentren en el extranjero y en colaborar con él al respecto (véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, anexo III). El deudor también podrá tener que ayudar al representante a preparar la lista de acreedores y de sus respectivos créditos, así como una lista de sus propios deudores (véase el párr. 49 *infra*).

b) Suministro de información

24. Para facilitar una evaluación independiente completa de las actividades empresariales del deudor, incluidas sus necesidades inmediatas de liquidez y la conveniencia de obtener financiación tras la apertura del procedimiento, las perspectivas de supervivencia a largo plazo de la empresa deudora y la cuestión de si su personal directivo es competente para seguir al frente de la empresa, se requerirá información sobre el deudor, sus bienes y obligaciones y su situación financiera y comercial en general. Para que esa evaluación sea posible, en uno u otro tipo de procedimiento, pero particularmente en caso de reorganización o cuando en una liquidación se vaya a vender la empresa como negocio en marcha, será conveniente que el deudor siga obligado a facilitar información detallada respecto del negocio y de su situación financiera durante un período considerable que vaya más allá del período próximo a la apertura del procedimiento. Esa información detallada puede incluir la relativa al activo y pasivo de la empresa, sus ingresos y desembolsos, sus listas de clientes, sus previsiones de pérdidas y ganancias; detalles sobre su corriente de efectivo; la comercialización de sus productos; las tendencias del ramo industrial pertinente; toda información relativa a las presuntas causas de la crisis financiera del deudor; la revelación de toda operación realizada anteriormente en la que el deudor haya intervenido o haya utilizado sus bienes, incluidas las operaciones que puedan ser impugnadas y anuladas conforme a las disposiciones del régimen de la insolvencia; e información sobre todo contrato pendiente y toda operación efectuada con personas allegadas, así como sobre todo procedimiento que se esté siguiendo ante un tribunal judicial, arbitral o administrativo contra el

deudor o en el que éste sea parte interesada. Varios regímenes de la insolvencia exigen también que el deudor facilite información sobre sus acreedores y, como se ha señalado más arriba, que prepare, a menudo en colaboración con el representante de la insolvencia, una lista de sus acreedores que permita verificar los créditos que presenten, así como una lista de sus deudores. Puede también requerirse al deudor que actualice de tiempo en tiempo la lista de créditos a medida que éstos se verifiquen y se admitan o rechacen.

25. Aun cuando tal vez no sea necesario que en el régimen de la insolvencia se especifique exhaustivamente la información que deberá proporcionar el deudor, el criterio de enumerar el tipo de datos requeridos puede ser útil para servir de orientación y, posiblemente, para evitar que surjan controversias. En algunos regímenes se han preparado, a este respecto, formularios normalizados en los que se indica la información requerida. Corresponderá al deudor llenar esos formularios (y podrá ser objeto de sanciones si facilita información falsa o que induzca a error) o a un administrador o persona independiente.

26. A fin de que la información que se facilite pueda servir para los fines indicados más arriba, hará falta que esté actualizada y que sea completa, exacta y fiable, y sería conveniente exigir que fuera presentada lo antes posible tras la apertura del procedimiento, a reserva de dar al deudor el tiempo necesario para reunir los datos pertinentes. Si el deudor puede cumplir esta obligación, los acreedores podrán confiar más en la capacidad del deudor para seguir dirigiendo la empresa.

27. El procedimiento previsto para recabar la información señalada puede ser de fundamental importancia para que ésta resulte útil. Si, por ejemplo, los directivos de la empresa deudora son responsables de la actual situación financiera del deudor, pueden no estar dispuestos a revelar información completa y veraz, ni información que demuestre que la situación de insolvencia es imputable a su gestión (aunque muchas leyes penales dispongan que las pruebas autoincriminatorias no podrán ser utilizadas en subsiguientes procesos penales para así alentar a que se facilite información veraz). En consecuencia, además de la obligación del deudor de informar, puede ser conveniente que el régimen de la insolvencia otorgue al representante de la insolvencia y a los acreedores, o al comité de acreedores, el correspondiente derecho a exigir y recibir información del deudor, previendo las sanciones oportunas cuando no se proporcione la información solicitada. La obligación del deudor podrá complementarse con medidas adicionales que incluyan el nombramiento de una persona independiente para que examine los asuntos financieros del deudor o la exigencia de que el propio deudor (si es una persona física), o uno o más miembros del órgano rector de la empresa deudora, asistan o envíen representantes a una junta de acreedores para responder a las preguntas, excepto cuando ello no sea posible por razones geográficas.

c) Confidencialidad

28. La información que deberá facilitar el deudor, o que se refiera a éste, será con frecuencia información comercial de carácter delicado o confidencial o estará sujeta a obligaciones contraídas con terceros (como, por ejemplo, secretos comerciales, listas de clientes y proveedores, datos de investigación y desarrollo, secretos profesionales o información de fuente privilegiada o de carácter confidencial) y puede ser propiedad del deudor o de un tercero, pero estar bajo el control del primero. Es conveniente que el régimen de la insolvencia prevea alguna salvaguardia para proteger esos tipos de información, a fin de evitar todo abuso por parte de los acreedores o de algún tercero que trate de aprovechar esos datos en una situación de insolvencia. A fin de tener en cuenta a la vez la obligación del deudor de proteger dicha información y la de informar al representante de la insolvencia, al tribunal o a los acreedores, tal vez debería hacerse extensiva también la obligación de respetar el carácter confidencial de la información y de protegerla a toda persona que mantenga algún vínculo con el deudor, al representante de la insolvencia, a los acreedores en general, al comité de acreedores y a terceros.

d) Obligaciones accesorias

29. Algunos regímenes de la insolvencia imponen al deudor otras obligaciones además de la de cooperar y prestar asistencia. Éstas pueden incluir el deber (tanto del deudor que sea una persona física como del personal directivo de una empresa deudora, o sea, de una persona jurídica) de no abandonar su lugar de residencia habitual sin autorización del tribunal o del representante de la insolvencia, de notificar al tribunal o al representante de la insolvencia si se propone abandonar ese lugar o se ve forzado a hacerlo, o de dar a conocer toda su correspondencia comercial al representante de la insolvencia o al tribunal, así como otras restricciones de la libertad personal del deudor. Cuando se trate de un deudor que sea una persona jurídica, esas limitaciones también podrían impedir el traslado de su sede, y el régimen de la insolvencia podría exigir el consentimiento del tribunal o del representante de la insolvencia cuando se proponga ese traslado. Tales limitaciones pueden ser decisivas para evitar toda perturbación del procedimiento de insolvencia causada por la práctica común de ciertos deudores de ausentarse del lugar del establecimiento comercial y de ciertos directivos o miembros del consejo de administración de dimitir de sus cargos tras la apertura del procedimiento. De prever el régimen de la insolvencia dichas restricciones, es conveniente que los deberes accesorios sean acordes con la finalidad que persiguen y con el objetivo de la obligación general de cooperar; esos deberes también pueden verse limitados por la aplicación de las convenciones o pactos de derechos humanos pertinentes mencionados más arriba.

30. Algunos regímenes de la insolvencia disponen explícitamente que esas obligaciones serán automáticamente aplicables, mientras que en otros el tribunal podrá preverlas si las considera necesarias para la administración de la masa. En algunos regímenes se hace una distinción entre el deudor según

se trate de una persona física o una persona jurídica; si el deudor es una persona física, sólo el tribunal podrá decidir las restricciones que le sean aplicables, pero si el deudor es una persona jurídica, algunas restricciones, como el deber de dar a conocer la correspondencia comercial, serán automáticamente aplicables.

e) Recurso a los servicios de profesionales o peritos para que asesoren al deudor

31. A fin de que el deudor pueda cumplir sus deberes en relación con el procedimiento en general, algunos regímenes de la insolvencia permiten que el deudor contrate a profesionales como contables, abogados, tasadores y a todo otro perito o profesional que sea necesario, a reserva de que se le autorice a hacerlo. En algunos ordenamientos, esa autorización le podrá ser dada por el representante de la insolvencia, mientras que en otros deberá obtenerla del tribunal o de los acreedores.

f) Incumplimiento de las obligaciones

32. Cuando el deudor incumpla sus obligaciones, tal vez convenga que el régimen de la insolvencia prevea las consecuencias de tal incumplimiento, teniendo en cuenta el carácter de las distintas obligaciones e imponiendo sanciones adecuadas. Si, como ya se ha señalado, el deudor oculta información, puede ser adecuado prever un mecanismo en cuyo marco se obligue al deudor a facilitar la información pertinente, como, por ejemplo, mediante un "interrogatorio público" del deudor por el tribunal o el representante de la insolvencia. Algunos Estados han previsto sanciones penales en relación con los casos más graves de ocultación de información. Podría adoptarse un enfoque similar en caso de incumplimiento de otras obligaciones. En una reorganización, la transformación del procedimiento en una liquidación (véase el cap. IV, párrs. 72 a 75) podría ser una sanción pertinente, siempre que fuera lo más conveniente para los acreedores. Habrá casos en los que, pese al incumplimiento por parte del deudor de su obligación de cooperar o de toda otra obligación, lo más conveniente para los acreedores será continuar el procedimiento de reorganización.

33. El régimen de la insolvencia tal vez deba tener también presentes las consecuencias de todo acto que entrañe el incumplimiento de estas obligaciones y si ese acto debería o no ser inválido. Por ejemplo, los contratos celebrados por el deudor tras la apertura del procedimiento podrían regularse en el contexto de los procedimientos de anulación o equiparándolos a operaciones no autorizadas. También podría determinarse a qué partes habría que imponer las sanciones cuando el deudor fuera una persona jurídica, por ejemplo, a la persona que, en general, controlara al deudor, incluidos los directivos o los miembros del consejo de administración de la empresa.

5. Responsabilidad del deudor

34. Cuando una empresa es solvente, sus propietarios son los principales titulares financieros, y las relaciones con los acreedores se regirán por sus respectivos acuerdos contractuales. Sin embargo, al pasar una empresa a ser insolvente, la responsabilidad cambia y los acreedores se convierten en los verdaderos titulares financieros de la empresa, ya que son ellos los que habrán de soportar el riesgo de toda pérdida que sufra la empresa deudora que mantenga sus actividades comerciales. Pese a este cambio de situación, la conducta y los actos de los propietarios y directivos de una empresa se regirán primordialmente por normas de derecho o de conducta profesional que están al margen del régimen de la insolvencia. No es aconsejable que el régimen de la insolvencia sea utilizado para paliar las deficiencias de la reglamentación legal de la responsabilidad comercial o para vigilar la observancia de las normas de buena gestión empresarial, pese a que en algunos regímenes de la insolvencia se prevea la obligación de iniciar un procedimiento de insolvencia cuando una empresa ya empiece a experimentar dificultades financieras. Si los actos o la conducta anteriores de las personas ligadas al deudor insolvente han causado pérdidas o daños a sus acreedores (por ejemplo, mediante dolo o negligencia), tal vez proceda, según el régimen interno de la responsabilidad aplicable en materia de dolo o de negligencia, que el régimen de la insolvencia prevea el derecho a reclamar a las personas involucradas una indemnización por daños y perjuicios.

Recomendaciones 108 a 114

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones referentes al deudor tienen por objeto:

a) Establecer los derechos y obligaciones del deudor durante el procedimiento de insolvencia;

b) Prever vías de recurso contra el incumplimiento de las obligaciones del deudor; y

c) Regular toda cuestión relativa a la gestión de la empresa deudora en el marco de un procedimiento de insolvencia.

Contenido de las disposiciones legislativas

Derechos

Derecho del deudor a ser oído (párrs. 20 y 21)

Véase la recomendación 137.

Derecho a participar y a solicitar información (párr. 20)

108. El régimen de la insolvencia debería especificar que el deudor tendrá derecho a participar en el procedimiento de insolvencia, y a obtener información sobre éste tanto del representante de la insolvencia como del tribunal.

Recomendaciones 108 a 114 *(continuación)*

Derecho del deudor a conservar bienes para preservar sus derechos personales (párr. 20)

109. De ser el deudor una persona física, el régimen de la insolvencia debería especificar que tendrá derecho a conservar los bienes que el régimen excluya de la masa[4].

Obligaciones del deudor (párrs. 22 a 27, 29 y 30)

110. El régimen de la insolvencia debería especificar claramente cuáles serán las obligaciones del deudor en un procedimiento de insolvencia. Esas obligaciones deberán nacer al abrirse el procedimiento y ser exigibles hasta su clausura. Entre ellas deberían figurar las de:

a) Cooperar con el representante de la insolvencia y ayudarlo a desempeñar sus funciones;

b) Facilitar toda información exacta, fidedigna y completa sobre su situación financiera y el estado de su negocio que pueda solicitarle el tribunal, el representante de la insolvencia, los acreedores o el comité de acreedores, concretamente las listas de[5]:

i) Las operaciones celebradas antes de la apertura del procedimiento en las que haya participado el deudor o de las que hayan sido objeto sus bienes;

ii) Los procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos que se estén siguiendo, incluidos los procedimientos de ejecución en curso;

iii) Los bienes, obligaciones, ingresos y desembolsos;

iv) Los deudores y sus obligaciones; y

v) Los acreedores y sus respectivos créditos, preparadas en colaboración con el representante de la insolvencia, y revisadas y enmendadas por el deudor a medida que se vayan verificando los créditos y se vaya decidiendo si son o no admisibles;

c) Cooperar con el representante de la insolvencia para que éste pueda asumir eficazmente el control de la masa y para que, mediante esta cooperación, le resulte más fácil recuperar los bienes de la masa, o su control, dondequiera que se encuentren[6], así como los registros de la empresa; y

d) De ser el deudor una persona física, notificar al tribunal si tiene intención de abandonar su lugar de residencia o si se ve forzado a ello, y, de ser el deudor una persona jurídica, obtener el consentimiento del tribunal o del representante de la insolvencia para el traslado de su sede.

---

[4] Véase el cap. II, párrs. 17 a 21, y recomendación 38.

[5] Siempre que se conceda al deudor el tiempo necesario para reunir la información pertinente.

[6] Véase la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (anexo III).

Recomendaciones 108 a 114 *(continuación)*

Confidencialidad (párrs. 28, 52 y 115)

111. El régimen de la insolvencia debería prever salvaguardias para proteger la información facilitada por el deudor[7], o relativa a éste, si se trata de información comercial delicada o de carácter confidencial.

Función del deudor en el mantenimiento de la empresa (párrs. 2 a 18)

112. El régimen de la insolvencia debería especificar la función que desempeñará el deudor cuando se mantenga en marcha la empresa durante un procedimiento de insolvencia. Cabe prever, entre otras posibilidades, que:

a) El deudor mantenga el pleno control de la empresa (deudor en posesión), previéndose diversas salvaguardias adecuadas, como el mantenimiento de diversos grados de control sobre el deudor, y la posibilidad de relevarlo de sus funciones en determinados supuestos[8];

b) Se prive parcialmente al deudor de sus funciones, pero permitiéndole seguir llevando los negocios ordinarios bajo la supervisión de un representante de la insolvencia, en cuyo caso el régimen de la insolvencia deberá delimitar claramente las funciones respectivas del deudor y de ese representante; o

c) Se destituya al deudor de su cargo al frente de la empresa y se nombre un representante de la insolvencia.

113. Cuando se trate de un deudor que permanezca en posesión de su empresa, el régimen de la insolvencia debería especificar las funciones del representante de la insolvencia que pueden ser desempeñadas por ese deudor.

Sanciones en caso de incumplimiento de las obligaciones del deudor (párrs. 32 y 33)

114. El régimen de la insolvencia debería permitir la imposición de sanciones a todo deudor que incumpla las obligaciones prescritas por el propio régimen.

B. El representante de la insolvencia

1. Introducción

35. En el régimen de la insolvencia se designa a la persona encargada de administrar el procedimiento de insolvencia por diversos nombres, por

---

[7] La información facilitada por el deudor puede incluir información que esté bajo su control, o que sea propiedad del deudor o de un tercero, y datos sobre el deudor proporcionados por los acreedores, las instituciones financieras y otras partes.

[8] Cabe señalar que la eficacia de esta opción depende de la existencia de una sólida estructura judicial del país y de que se prevean y apliquen salvaguardias para destituir al deudor en determinados supuestos. Por un análisis más detallado, véanse los párrs. 16 a 18 *supra*).

ejemplo, el de administrador, síndico, liquidador, supervisor, contador público, administrador oficial o judicial o comisario. En la presente *Guía*, por "representante de la insolvencia" se entiende la persona que desempeña la serie de funciones que pueden ejercerse en sentido lato, sin distinguir entre esas diversas funciones en distintos tipos de procedimiento. El representante de la insolvencia puede ser una sola persona o, en algunos ordenamientos, una sociedad u otra entidad jurídica autónoma. Independientemente del modo en que sea nombrado, el representante de la insolvencia desempeña una función preponderante, pues debe aplicar de manera eficaz y eficiente el régimen de la insolvencia, ejerciendo ciertas facultades en relación con los actos y bienes del deudor, y tiene la obligación de proteger esos bienes y su respectivo valor, así como los intereses de los acreedores y los empleados, y de velar por una aplicación eficaz e imparcial del régimen. Por consiguiente, es indispensable que el representante de la insolvencia esté debidamente cualificado y posea los conocimientos, la experiencia y las cualidades personales necesarias para garantizar la sustanciación eficaz y eficiente del procedimiento y para fomentar la confianza en el régimen de la insolvencia.

2. Cualificaciones

36. Las cualificaciones que deberá poseer una persona para poder ser designada representante de la insolvencia varían en función de las atribuciones que el régimen de la insolvencia confiera al representante (y, concretamente, de si el procedimiento es de liquidación o de reorganización), así como del grado de supervisión que ejerza el tribunal sobre el representante de la insolvencia (y sobre el procedimiento en general). Esas cualificaciones también pueden depender del procedimiento previsto para su nombramiento (véanse los párrs. 44 a 47 *infra*). Si el régimen de la insolvencia prevé el nombramiento como representante de la insolvencia de un funcionario público, las cualificaciones que se analizan a continuación no serán de interés para su nombramiento (aunque tal vez sí lo sean para el empleo de esa persona en el organismo pertinente de la administración pública).

37. Al definir las cualificaciones que deberá tener un representante de la insolvencia, conviene, por una parte, no exigir requisitos demasiado estrictos porque eso podría dar lugar al nombramiento de personas altamente cualificadas, descartando así el grupo de profesionales considerados aptos para ser nombrados e incrementando los costos del procedimiento y, por otra parte, no imponer requisitos tan poco estrictos que no garanticen la calidad requerida del servicio. Cuando no se encuentren profesionales debidamente cualificados, la función que desempeñe el tribunal en el nombramiento y la supervisión del representante de la insolvencia será un factor importante para lograr el equilibrio necesario.

a) Representante provisional de la insolvencia

38. De nombrar el tribunal un representante provisional de la insolvencia antes de la apertura del procedimiento, normalmente deberá definir sus facultades y funciones. Cuando éstas coincidan con las de un representante nombrado una vez abierto el procedimiento, el mismo grado de responsabilidad y de competencia profesional de éste será aplicable al representante provisional, quien debería percibir también idéntica remuneración.

b) Conocimientos y experiencia

39. La complejidad de muchos procedimientos de insolvencia hace sumamente deseable que el representante esté debidamente cualificado y cuente con conocimientos jurídicos (no sólo en materia de insolvencia, sino también sobre toda cuestión pertinente de derecho comercial o mercantil, financiero y de sociedades), y que posea suficiente experiencia en asuntos comerciales y financieros, así como de contabilidad. El representante de la insolvencia deberá demostrar su competencia para desempeñar las funciones que se le encomienden en diversos casos y circunstancias que posiblemente serán contenciosos, tanto en procedimientos de reorganización como de liquidación, en los que los plazos podrán estar fijados por el régimen de la insolvencia, en que deberán sopesarse los requisitos comerciales teniendo en cuenta consideraciones jurídicas, y en que habrá que velar por los intereses de otras personas, como los de los acreedores, y tal vez por el interés público. Si en algún caso se requiere algún conocimiento más especializado, siempre será posible contratar a expertos adecuados. Algunos regímenes de la insolvencia exigen que la persona a quien se nombre representante de la insolvencia posea los conocimientos especializados y aptitudes que se requieran para un determinado caso, como el conocimiento de los negocios del deudor, de sus bienes y del tipo de mercado en el que realiza operaciones.

c) Vías para garantizar la idoneidad profesional

40. Se adoptan diversos criterios para garantizar la idoneidad profesional de un representante de la insolvencia, como requerir ciertas pruebas o diplomas de competencia profesional; exigir una licencia otorgada por algún organismo gubernamental o colegio profesional; organizar cursos especializados y exámenes con obtención de certificado y exigir cierto grado de experiencia (expresada por lo general en años) en determinados campos, como, por ejemplo, finanzas, comercio, contabilidad y derecho, así como experiencia en la sustanciación de procedimientos de insolvencia. También cabría exigir la asistencia a cursos de formación profesional para cerciorarse de que los candidatos estén familiarizados con las novedades y la evolución de las ramas pertinentes del derecho y con las nuevas prácticas. Los sistemas que prevén la obtención de una licencia o de un diploma profesional, o la pertenencia a algún colegio o asociación profesional, suelen prever asimismo algún régimen disciplinario y cierta supervisión, y el representante de la insolvencia

puede estar sujeto a un régimen reglamentario impuesto por el tribunal, por alguna autoridad de regulación de la actividad empresarial o un colegio profesional, o por algún otro órgano, en virtud de leyes distintas del régimen de la insolvencia. Algunos de esos sistemas son relativamente complejos, por lo que no procede examinarlos en detalle en la presente *Guía Legislativa*.

d) Cualidades personales

41. Además de poseer los conocimientos y la experiencia requerida, tal vez sea también conveniente exigir que el representante de la insolvencia posea ciertas cualidades personales, como integridad, imparcialidad, independencia y buenas aptitudes y capacidad de gestión. La integridad entrañará la exigencia de que el representante goce de buena reputación, carezca de antecedentes penales y no haya cometido actos ilícitos de carácter financiero; en algunos ordenamientos también se exige que no haya sido insolvente ni se le haya destituido de ningún cargo en la administración pública. Generalmente, si se da alguno de estos supuestos, el candidato propuesto quedará descalificado y no podrá ser nombrado.

e) Conflictos de intereses

42. Un elemento esencial de esas cualidades personales es que el representante de la insolvencia pueda demostrar su independencia respecto de todo interés personal en el asunto, ya sea de carácter económico, familiar o de otra índole. A esos efectos, es conveniente que el régimen de la insolvencia imponga la obligación de dar a conocer todo conflicto de intereses actual o potencial que tenga la persona propuesta como representante de la insolvencia en el momento de la apertura del procedimiento o que tenga el representante ya designado y que pueda influir continuamente durante todo el procedimiento. El régimen de la insolvencia debería especificar a quién deberán comunicarse tales conflictos de intereses. Esto puede variar según lo que prevea el procedimiento de selección y nombramiento del representante de la insolvencia. Las circunstancias que constituyan un conflicto de intereses y las consecuencias de que se revele tal conflicto en el momento de la apertura del procedimiento, o que sea descubierto posteriormente, varían de un régimen a otro.

43. Puede surgir un conflicto de intereses, por ejemplo, de varias relaciones que se hayan mantenido o que sigan manteniéndose con el deudor. Para determinar la existencia de tal conflicto de intereses será suficiente que haya un derecho de propiedad anterior del deudor o que haya existido o siga existiendo una relación comercial con el deudor (que incluye el hecho de ser parte en una operación con el deudor que sea objeto de investigación en el procedimiento de insolvencia o de ser acreedor o deudor del deudor); a tal efecto, bastará también con que el candidato haya mantenido alguna relación con un acreedor del deudor o con alguna empresa competidora de éste, o que haya sido contratado anteriormente como representante o empleado del deudor, o como su auditor. En algunos Estados ese conflicto de intereses

constituirá un impedimento para que la persona pueda ser nombrada representante de la insolvencia, o será un motivo de descalificación de la persona designada, que ya no podrá seguir en funciones. En otros, la persona podrá no obstante ser nombrada, siempre y cuando al descubrirse el conflicto de intereses se ponga de manifiesto su integridad y siempre que los datos revelados permitan comprobar la imparcialidad o la independencia de dicha persona. Para aumentar la transparencia, previsibilidad e integridad de un procedimiento de insolvencia, es conveniente que el régimen indique el grado de relación o asociación que pudiera dar lugar a tal conflicto de intereses, así como los tipos de relaciones que tenga una persona que la descalifiquen para el cargo de representante de la insolvencia. Suele dejarse en manos del tribunal la determinación de si, en el caso de que se trate, existe o no un conflicto de intereses o de si hay o no indicios de que la persona propuesta como representante de la insolvencia no cumple el requisito de total independencia.

3. Selección y nombramiento del representante de la insolvencia

44. Los regímenes de la insolvencia prevén diversos métodos para la selección y nombramiento de un representante de la insolvencia. La primera medida supone determinar el grupo de posibles candidatos al nombramiento. El representante de la insolvencia puede ser elegido entre los miembros de diversas actividades profesionales, como, por ejemplo, entre los integrantes de la comunidad empresarial, los empleados de algún organismo público especializado o los componentes de grupos privados cualificados (con frecuencia abogados, contadores u otros profesionales). Conforme a algunos ordenamientos, será nombrado automáticamente un funcionario público determinado, (conocido por diversos nombres: “síndico de la quiebra”, “administrador judicial”, “liquidador”) para administrar todos los casos de insolvencia o sólo ciertos tipos de casos. En muchos Estados, el representante de la insolvencia ha de ser una persona física, pero en algunos cabe designar una persona jurídica, a reserva de que el personal de esta entidad que haya de asumir las funciones de representante cumpla ciertos requisitos de competencia profesional y que la propia persona jurídica esté sujeta a algún tipo de reglamentación.

a) Selección y nombramiento por el tribunal

45. La segunda medida es determinar el procedimiento para nombrar al representante de la insolvencia entre el grupo de personas que reúnan los requisitos previstos. Son muchos los ordenamientos en los que el tribunal se encarga de seleccionar, nombrar y supervisar a ese representante. El tribunal podrá seleccionar discrecionalmente a una persona que figure en una lista de profesionales debidamente cualificados. El tribunal podrá hacer la selección mediante una lista o sistema rotativo o por algún otro medio, incluso por recomendación de los acreedores o del propio deudor. Pese a que el sistema de lista constituye un método equitativo e imparcial para el nombramiento del

representante, tiene el inconveniente de que no asegura el nombramiento de la persona más cualificada para administrar un caso concreto. Por supuesto, esto puede depender del modo en que se elabore la lista y de los requisitos que deban cumplir los profesionales de la insolvencia para figurar en ella, y el inconveniente tal vez no sea un problema importante cuando los bienes de la masa de la insolvencia no sean suficientes para sufragar los gastos de la administración.

b) Autoridad independiente encargada del nombramiento

46. En algunos ordenamientos, una institución u órgano separado se encarga de la reglamentación general de todos los representantes de la insolvencia y de elegir, a instancia del foro competente, a un representante para cada caso de insolvencia. Este método puede tener la ventaja de encomendar el nombramiento a una autoridad independiente que deba seleccionar a personas con la pericia y los conocimientos especializados y la competencia requeridos para las circunstancias del caso, como, por ejemplo, en función del tipo de negocios de actividades del deudor, el tipo de bienes que formen la masa, las condiciones del mercado en que la empresa deudora realice o haya realizado sus operaciones, de toda pericia profesional que se requiera para entender los negocios del deudor, o de toda otra circunstancia especial. Evidentemente, la utilización de una autoridad independiente para proceder al nombramiento dependerá de la existencia de un órgano o de una institución que cuente con los recursos y la infraestructura necesarios para desempeñar las funciones requeridas; de no existir tal órgano o institución habrá que establecerlo.

c) Función de los acreedores

47. Otro método consiste en permitir que los acreedores intervengan en el nombramiento, recomendando e incluso eligiendo a la persona que se nombrará representante de la insolvencia, siempre y cuando esté cualificada para ejercer esa función en un caso concreto. Tanto este método como el de recurrir a una autoridad independiente pueden servir para evitar dudas acerca de la imparcialidad de la persona designada y para aligerar la carga de supervisión que recae sobre el tribunal. Conforme a otro criterio, se permite, en procedimientos de reorganización abiertos a instancia del deudor, que éste nombre al representante de la insolvencia. Este criterio permite organizar, antes de la apertura del procedimiento, conversaciones entre el deudor y ciertos interesados, como los acreedores garantizados, a fin de que el futuro representante se familiarice con el negocio, y ofrece al deudor la posibilidad de elegir al representante que juzgue más apto para llevar a cabo la reorganización. No obstante, pueden surgir preocupaciones en cuanto a la independencia de un representante de la insolvencia en esas circunstancias. Esas preocupaciones pueden abordarse permitiendo, en las circunstancias apropiadas, que los acreedores sustituyan a un representante de la insolvencia designado por el deudor.

4. Supervisión del representante de la insolvencia

48. Además de las cualificaciones y cualidades personales que se exigen a toda persona para ser nombrada representante de la insolvencia, el régimen de la insolvencia puede prever, según sus características y según las funciones que asigne a cada parte, que se supervise el modo en que el representante desempeña sus funciones (y que éste demuestre que posee las cualidades indicadas más arriba). Los regímenes de la insolvencia siguen diversos criterios para definir, por ejemplo, la relación entre el representante de la insolvencia y el tribunal y, en particular, para delimitar sus respectivas facultades, así como para determinar la función que los acreedores podrían desempeñar en la supervisión de ciertas decisiones de ese representante y respecto de otras cuestiones, como su remuneración e incluso su destitución. Dado que normalmente la persona que dispone de más información sobre la situación del deudor es el representante, también suele estar en mejores condiciones para adoptar decisiones con conocimiento de causa sobre el curso que debe seguir el procedimiento de insolvencia. Sin embargo, eso no significa que el representante de la insolvencia pueda hacer las veces del tribunal. Por ejemplo, el representante de la insolvencia puede tener que notificar previamente sus decisiones al tribunal o a los acreedores y puede tener también que informar periódicamente o sobre ciertas actividades al tribunal o a los acreedores; en general el tribunal deberá dirimir las controversias que surjan durante el procedimiento y muchas veces se requerirá su aprobación en diversas etapas del procedimiento. Incluso en los Estados en que el tribunal desempeña un papel más restringido en el procedimiento de insolvencia se limitan las atribuciones que normalmente se confieren al representante de la insolvencia.

5. Deberes y funciones del representante de la insolvencia

49. El régimen de la insolvencia especifica a menudo cuáles son los deberes y las funciones que ha de desempeñar el representante de la insolvencia durante el procedimiento y es importante que le otorgue asimismo las facultades requeridas para cumplir esos deberes y funciones de manera eficaz y eficiente. Los deberes y funciones con respecto a la administración del procedimiento y a la preservación y protección de la masa serán en general los que figuran a continuación (aunque no se pretende que la enumeración sea exhaustiva y en algunos casos las distintas funciones se superpondrán o pueden no ser pertinentes a causa de la estructura del régimen de la insolvencia), y algunos tal vez sean más pertinentes para los procedimientos de liquidación que para los de reorganización:

a) Asumir el control inmediato de los bienes que formen parte de la masa de la insolvencia y de los registros y documentación comerciales del deudor;

b) Actuar como representante de la masa de la insolvencia;

c) Obtener financiación tras la apertura del procedimiento de insolvencia;

d) Ejercitar derechos en beneficio de la masa de la insolvencia en todo procedimiento judicial, arbitral o administrativo que se esté siguiendo;

e) Obtener información acerca del deudor, de sus bienes, de sus deudas y obligaciones y de toda operación anterior (especialmente de las que se hayan efectuado durante el período de sospecha), interrogando al deudor y a todo tercero que haya tenido tratos con él;

f) Adoptar todas las medidas necesarias para proteger y preservar los bienes de la masa y la empresa del deudor, impidiendo en particular toda enajenación no autorizada de esos bienes, y ejercer los poderes de impugnación que le hayan sido atribuidos;

g) Inscribir los derechos de la masa de la insolvencia (siempre que esa inscripción sea necesaria para confirmar esos derechos frente a todo adquirente que actúe de buena fe);

h) Nombrar y remunerar a los contables, abogados y peritos que pueda necesitar para el cumplimiento de su cometido;

i) Examinar los contratos que no se hayan cumplido en su totalidad a fin de decidir si conviene proseguir su ejecución o rechazarlos;

j) Ocuparse de los empleados y de sus derechos salariales o de otra índole, particularmente en materia de jubilación;

k) En caso de liquidación, vender los bienes de la masa de la insolvencia;

l) Verificar la admisibilidad de los créditos comunicados, reconocerlos y mantener una lista actualizada de los créditos verificados y reconocidos;

m) Proporcionar periódicamente al tribunal y a los acreedores información sobre los pormenores de la sustanciación del procedimiento. La información deberá incluir, por ejemplo, una descripción detallada de los bienes vendidos durante el período pertinente, el precio obtenido, los gastos de venta y todo pormenor que el tribunal solicite o que el comité de acreedores pueda razonablemente pedir; presentar recibos y justificantes de los desembolsos, e indicar los bienes que sigan bajo administración;

n) Asistir a las juntas de acreedores;

o) Encargarse de la continuación del funcionamiento y de la gestión de la empresa, tanto si es objeto de reorganización como si, en caso de liquidación, vaya a procederse a su venta como negocio en marcha;

p) En una reorganización, preparar o ayudar a preparar un plan de reorganización o un informe en el que exponga los motivos por los que no sea

posible reorganizar la empresa (siempre y cuando esta función corresponda al representante de la insolvencia);

q) Supervisar la aprobación del plan de reorganización y, cuando proceda, la ejecución de éste;

r) Distribuir el producto de la venta de la masa de la insolvencia en una liquidación y liquidar la masa sin demora, con eficiencia y sirviendo los mejores intereses de las diversas partes afectadas por el caso;

s) Presentar al tribunal o, en su caso, a los acreedores un informe final en el que rinda cuentas de su administración de la masa de la insolvencia;

t) Ocuparse de cualesquiera otros asuntos que los acreedores o el tribunal remitan al representante de la insolvencia.

50. Además de esos deberes y funciones concretos, el régimen de la insolvencia suele imponer ciertas obligaciones generales al representante de la insolvencia, como la de obtener el máximo valor posible de la masa de la insolvencia y proteger los bienes que forman parte de ella y la de vender éstos al mejor precio que pueda razonablemente obtenerse.

51. Cuando se entable un procedimiento de reorganización en que se mantenga al deudor en posesión del negocio y no se nombre ningún representante de la insolvencia, el propio deudor desempeñará muchas de las funciones enumeradas más arriba, con diversos grados de supervisión por parte del tribunal o de los acreedores.

6. Confidencialidad

52. Ya se ha señalado la necesidad de imponer al deudor el deber de confidencialidad. Tal vez convenga imponer el mismo deber al representante de la insolvencia, dado que una gran parte de la información que obtenga sobre el negocio del deudor puede ser información comercial delicada, de carácter confidencial o sujeta a obligaciones respecto de terceros (secretos comerciales, datos de investigación o de futuro desarrollo de la empresa, o información sobre su clientela), por lo que no debe darse a conocer a terceros que puedan sacar provecho indebido de ella. Cuando la información deba ser comunicada a los acreedores, éstos deberán tener la misma obligación que el representante de la insolvencia de respetar su carácter confidencial. La observancia de la confidencialidad puede ser particularmente importante cuando el representante de la insolvencia esté facultado para exigir la revelación de datos o de documentos en el curso de un interrogatorio del deudor. Parte de esa información puede provenir de terceros y ser objeto de disposiciones que amparen su carácter secreto o confidencial, como las aplicables a ciertas operaciones de los bancos. Es conveniente que sólo se permita al representante de la insolvencia utilizar esa información para los fines del procedimiento que permitió el interrogatorio, salvo decisión en contrario del tribunal. Esta cuestión puede ser igualmente pertinente en el

caso de la información que se facilite o se obtenga en el curso de toda actuación penal contra el deudor. Ese deber de respetar el carácter confidencial debería imponerse análogamente a los agentes y empleados del representante de la insolvencia (véase el párr. 66 *infra*) y a toda otra parte, según decida el tribunal (incluidos los acreedores, véase el párr. 115 *infra*).

7. Remuneración del representante de la insolvencia

a) Determinación de su cuantía

53. El representante de la insolvencia, además de tener el derecho de que se le reembolse todo gasto justificado que efectúe en el curso de su administración de la masa, tendrá derecho a una remuneración por sus servicios. Esa remuneración deberá estar en consonancia con las cualificaciones profesionales del representante y con las tareas que se le encomienden, y deberá recompensar los posibles riesgos a fin de atraer a candidatos debidamente cualificados. Se adoptan varios métodos para calcular esa remuneración. Podrá fijarse su cuantía en función de alguna tarifa o escala de remuneración establecida por algún organismo público o asociación profesional; se podrá encomendar su cálculo, según el caso, a la junta general de acreedores, al tribunal competente o a algún otro órgano o tribunal administrativo; se podrá calcular sobre la base del tiempo que el representante haya dedicado a la administración de la masa (y las diversas categorías de personas que intervengan en la administración, desde el personal de oficina hasta el propio titular del cargo); o podrá basarse en un porcentaje del valor de los bienes de la masa que se vendan y/o se distribuyan (conforme a un cálculo efectuado al final del procedimiento, cuando los bienes estén ya vendidos y se conozca su valor de venta). Cabría prever, al respecto, un porcentaje fijo con cierto margen para su incremento o reducción, según las circunstancias del caso. Para cada uno de estos casos, el régimen de la insolvencia prevé en general un estudio más a fondo, ya sea a petición de una parte interesada o del propio representante de la insolvencia, según el método de cálculo. Este enfoque será importante para garantizar la transparencia. Sin embargo, al mismo tiempo, será importante evitar que la parte facultada para tomar una decisión definitiva al respecto pueda influenciar el curso del procedimiento.

i) Cálculo de la remuneración en función del tiempo

54. Una ventaja de un método de cálculo basado en el tiempo dedicado a la tarea encomendada es que al comienzo de un procedimiento habrá gran incertidumbre en cuanto a la complejidad de la administración del caso y al volumen de recursos que requerirá. Una desventaja del cálculo efectuado en función del tiempo es que, si bien inducirá al representante a efectuar una administración muy concienzuda, en algunos casos este método puede constituir también un incentivo para prolongar al máximo la administración

sin que ello se traduzca necesariamente en una recuperación proporcional del valor patrimonial de la masa.

ii) Cálculo basado en el cobro de una comisión o porcentaje

55. Una ventaja del sistema basado en el cobro de una comisión consiste, desde el punto de vista de los acreedores, en que se distribuirá entre ellos al menos una parte, tal vez importante, del valor que se recupere de los bienes de la masa. Ahora bien, desde el punto de vista del representante de la insolvencia, este método de cálculo resultará incierto, ya que la intensidad de la labor de administración no es necesariamente proporcional al valor de los bienes disponibles en la masa para su distribución. Además, ese método puede inducir a buscar el "máximo beneficio al mínimo costo", desincentivando toda tarea que no reporte un beneficio directo a los acreedores, como la obligación de informar tanto al tribunal como a los acreedores, y la de ayudar a las autoridades a investigar el negocio del deudor para determinar si en su gestión ha habido algún comportamiento indebido. Con ese método de cálculo también podrían fijarse, en casos muy importantes, remuneraciones muy altas con cargo a la masa de la insolvencia, lo cual podría disuadir al deudor y a los acreedores de solicitar la apertura de un procedimiento.

iii) Intervención de los acreedores

56. En algunos Estados, es posible que los acreedores (o el comité de acreedores) tengan que intervenir en la determinación o aprobación de la remuneración del representante, que habrá de hacerse en función de ciertos factores, como la complejidad del caso, la naturaleza y el grado de responsabilidad y la eficacia con que cumpla su cometido, y en función también del valor y del tipo de bienes que integren la masa. Con esa intervención de los acreedores se obviarían algunas de las dificultades anteriormente examinadas, ya que los acreedores conocerían mejor los problemas planteados y podrían participar directamente en la determinación y aprobación de la remuneración del representante. Cabría revisar periódicamente esa remuneración durante el curso del procedimiento, abordándose o resolviéndose todo problema cuando surgiera, tal vez mediante arbitraje o por alguna otra vía prevista para la solución de las controversias entre el representante de la insolvencia y los acreedores. Debería velarse por evitar toda situación en que el derecho de determinación final permitiera a una de las partes influenciar indebidamente la sustanciación del procedimiento.

57. Es muy conveniente que el régimen de la insolvencia prevea un mecanismo para determinar la remuneración del representante que sea lo bastante claro y transparente, a fin de evitar controversias y de que las costas del procedimiento puedan ser hasta cierto punto previsibles. Cualquiera que sea el método utilizado para dicho cálculo, es también conveniente reconocer la importancia de dar prelación al pago de la remuneración del representante.

b) Medios para efectuar el pago

58. El pago de la remuneración del representante de la insolvencia suele suscitar quejas de los acreedores ordinarios o no garantizados, ya que se acostumbra a recurrir a los bienes no gravados para financiar esa remuneración, de resultas de lo cual pueden agotarse los fondos para distribuir entre los acreedores de esa categoría. Aunque sería injusto llegar a la conclusión de que los gastos de administración son excesivos por el mero hecho de que superen el valor de los bienes no gravados disponible para sufragarlos, el hecho de que se destine la mayor parte, si no la totalidad, de los bienes disponibles al pago de los gastos de administración y de que los acreedores no garantizados consideren desproporcionado e injusto el total de esos gastos, en comparación con el valor de los bienes recuperados, hace patente la necesidad de estudiar detenidamente esta cuestión. Cabe adoptar diversos enfoques para el pago del representante de la insolvencia. Por ejemplo, si la masa contiene bienes no gravados, se le podrá remunerar con cargo a dichos bienes; cabe también imponer una cierta tasa sobre el valor de los bienes para sufragar su administración o venta, siempre que la administración o venta reporte algún beneficio a los acreedores; cabe asimismo imponer una tasa a los acreedores que presenten una solicitud de apertura de un procedimiento, que permita sufragar los costos iniciales del procedimiento y las funciones básicas de administración; o se podrán utilizar los bienes gravados para sufragar una parte proporcional o predeterminada de la remuneración. Otro criterio consistiría en pagar al representante de la insolvencia utilizando los recursos de un fondo que el Estado haya creado a tales efectos. Este criterio podría ser especialmente adecuado en los casos en que los bienes del deudor fueran insuficientes para pagar los gastos de la administración de la masa (véase el cap. I, párrs. 72 a 75)[9].

c) Cálculo revisado de la remuneración

59. Según cuál sea el método para determinar la remuneración del representante de la insolvencia, tal vez convenga prever alguna vía de recurso, por si los acreedores o el propio representante se muestran disconformes. De fijarse la remuneración en una junta de acreedores, el tribunal estará normalmente facultado para reconsiderar su cuantía a instancia del representante de la insolvencia o de un determinado porcentaje o número de acreedores, como, por ejemplo, a petición de un grupo de acreedores cuyos créditos representen un 10% del capital social emitido, o al menos un 10%, o

[9] Ese fondo podrá financiarse por varios medios, como, por ejemplo, mediante pagos de los directivos de la empresa deudora que se vaya a liquidar; un incremento de la tasa pagadera por toda solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia; la obligación de depositar el producto de la liquidación en una cuenta común, destinando a tal fondo los intereses que devengue dicha cuenta, o la imposición de algún tipo de derecho en la presentación de la declaración anual de ganancias de la empresa.

quizás un 25%, de la suma total adeudada. Cuando la remuneración sea fijada por el propio tribunal, se adoptan diversos métodos; algunos regímenes de la insolvencia permiten que el representante de la insolvencia pueda recurrir contra esa decisión, mientras que otros no lo autorizan. Algunos regímenes también disponen que el deudor no podrá pedir que se reconsidere la cuantía determinada. Cuando el representante tenga que ser miembro de un colegio o asociación profesional o tener una licencia, es posible que el colegio profesional o la autoridad encargada de otorgar la licencia también estén facultados para reconsiderar los honorarios que cobran sus miembros y que hayan previsto una vía oficiosa para solucionar toda controversia al respecto.

8. Responsabilidad del representante de la insolvencia

60. La norma de diligencia a que debe atenerse todo representante de la insolvencia y su responsabilidad personal son factores importantes para la buena marcha del procedimiento. Para determinar el grado de diligencia, cuidado y competencia con que deberá obrar el representante en el cumplimiento de su cometido y en el ejercicio de sus funciones, deberán tenerse en cuenta las difíciles circunstancias en las que deba desempeñar su papel, y esas dificultades habrán de compensarse con un nivel adecuado de remuneración que, además, dé un incentivo a personas cualificadas como candidatos potenciales al cargo de representante. También se ha de procurar que esa norma garantice un ejercicio eficiente del cometido del representante de la insolvencia, pero sin exponerle a demandas abusivas contra su gestión que encarecerían sus servicios. Un régimen de la insolvencia también deberá tomar en consideración el hecho de que la responsabilidad del representante se regirá a menudo por disposiciones legales ajenas al régimen o, cuando el representante sea miembro de algún colegio o asociación profesional, por las normas pertinentes de diligencia profesional de esa asociación.

61. Con arreglo a muchos ordenamientos jurídicos, el representante de la insolvencia será civilmente responsable por los daños causados por actos ilícitos o por abuso de derecho, aunque se podrán aplicar diversos criterios al determinar la norma de diligencia requerida. En cierta medida, la norma adoptada dependerá del criterio aplicado para nombrar al representante y del tipo de nombramiento (por ejemplo, según se trate de un miembro de una profesión liberal o de un funcionario público). Un criterio puede consistir en que se exija al representante que se atenga a una norma de diligencia no más severa que la exigible al deudor en el curso ordinario de la gestión de un negocio solvente, es decir, que obre con la diligencia propia de un comerciante prudente. Sin embargo, en algunos Estados tal vez se exija una norma de diligencia más severa por el hecho de que el representante no esté administrando sus propios bienes, sino los bienes de un tercero. Otra formulación posible es disponer que el representante deberá obrar de buena fe y con fines lícitos. Otro enfoque puede ser que el representante cumpla la norma de diligencia requerida para determinar si ha habido negligencia.

62. Una manera de regular la cuestión de la responsabilidad por daños puede consistir en exigir al representante de la insolvencia que deposite una caución o contrate un seguro para cubrir toda pérdida de la masa que le sea imputable o todo posible daño pagadero como consecuencia del incumplimiento de su deber profesional. En varios regímenes se le exige a la vez que deposite una caución y que contrate un seguro, cuando la caución se refiera a un tipo de daños distintos de los que cubre el seguro, mientras que en otros se requiere únicamente un seguro. En algunos casos, la cuantía de la caución guarda relación con el valor contable de los bienes de la masa de la insolvencia. En otros, el importe de la caución y del seguro se fijan conforme a lo previsto en el reglamento de la asociación profesional o de la entidad normativa de la que dependa el representante, o incluso según lo dispuesto en el régimen de la insolvencia. Otra distinción entre esos dos métodos puede referirse al procedimiento previsto para entablar una acción por daños y a si dicha acción se tramitará por vías diferentes según se impugne una caución o un seguro. Sin embargo, no en todos los Estados será posible depositar una caución o contratar un seguro personal, por lo que deberán hallarse otras soluciones. Al tratar de regular esta cuestión, puede ser conveniente establecer un término medio entre el control del costo del servicio prestado por el representante de la insolvencia y la distribución de los riesgos del procedimiento de insolvencia entre los participantes, sin hacerlos recaer exclusivamente sobre el representante por el hecho de que esté cubierto por algún seguro personal al respecto.

63. Otra cuestión relativa a la responsabilidad es si el representante de la insolvencia es personalmente responsable por las obligaciones que haya contraído en el curso ordinario del procedimiento de insolvencia, especialmente en una reorganización (por ejemplo, las obligaciones relacionadas con el mantenimiento en marcha de la empresa). La ventaja de adoptar el criterio de responsabilidad personal del representante es que ofrece seguridad jurídica a los proveedores del deudor y puede frenar el endeudamiento. Sin embargo, ese mismo criterio podría constituir un factor disuasorio si el riesgo de la responsabilidad personal superara con creces la remuneración que el representante pudiese percibir. Para paliar el problema, cabría prever que los efectos de esa responsabilidad se limitaran a los bienes de la masa de la insolvencia, sin que los bienes personales del representante de la insolvencia resultasen afectados.

64. Otra cuestión relativa a la responsabilidad es la de la responsabilidad imputable al representante de la insolvencia por todo acto indebido del deudor, la cual puede depender del grado de control del representante sobre las actividades del deudor. Conforme a algunos regímenes, el representante puede ser responsable de todo acto indebido del deudor mientras éste haya actuado bajo el control de aquél, pero no es conveniente que el representante sea responsable, por ejemplo, por actos del deudor que hayan causado daños al medio ambiente, si se han producido antes de su nombramiento.

65. De iniciarse una acción contra el representante de la insolvencia como tal, convendrá prever el tribunal que será competente para conocer del caso. Para evitar confusión e incertidumbre, puede ser conveniente atribuir esa competencia al mismo tribunal que nombró al representante de la insolvencia (si en el régimen de la insolvencia pertinente el tribunal desempeña alguna función en esos nombramientos).

9. Agentes y empleados del representante de la insolvencia

66. En algunos regímenes de la insolvencia se requiere autorización judicial para que el representante pueda contratar a contadores, abogados, tasadores y otros peritos que necesite para cumplir su cometido. En otros, esa autorización no es necesaria. Es conveniente que el régimen de la insolvencia establezca ciertos criterios para la contratación de esos profesionales, en lo que atañe a su experiencia, conocimientos y reputación, y que prevea el requisito de que sus servicios redunden en beneficio de la masa. Las obligaciones del representante de la insolvencia de revelar todo eventual conflicto de intereses o toda circunstancia que pueda suscitar dudas sobre su independencia, así como el deber de mantener la confidencialidad de la información, son también aplicables a los profesionales que el representante contrate o proponga contratar.

a) Responsabilidad por actos u omisiones

67. Cuando la masa sufra pérdidas como consecuencia de cualesquiera actos de los agentes o empleados del representante de la insolvencia, tal vez sea necesario regular la responsabilidad del representante por esos actos. En algunos regímenes de la insolvencia el representante no incurre en responsabilidad personal por tales actos, a menos que no haya supervisado debidamente el cumplimiento de sus obligaciones.

b) Remuneración

68. La remuneración de los profesionales empleados por el representante de la insolvencia puede ser regulada de diversos modos. En algunos ordenamientos se exige que se presente al tribunal una propuesta sobre la cuantía de la remuneración y que el tribunal la apruebe, mientras que en otros corresponde aprobarla a los acreedores. En algunos se les remunera periódicamente durante el procedimiento; en otros, han de esperar hasta que concluya éste. En lo que respecta a la forma de pago de la remuneración, algunos regímenes de la insolvencia prevén que el representante pagará a ese personal y que será reembolsado con cargo a la masa, mientras que conforme a otros regímenes ese personal gozará de un crédito administrativo directo frente a la masa.

10. Revisión de la administración del representante de la insolvencia

69. En todo régimen de la insolvencia deben enunciarse expresamente los motivos por los que un acreedor podrá impugnar las decisiones del representante o la forma en que se administra el procedimiento de insolvencia, así como las decisiones susceptibles de impugnación. Los motivos previstos en los regímenes vigentes para que un acreedor entable una acción pueden dividirse en dos categorías principales.

70. En la primera categoría figuran los regímenes en que se otorgan ciertos derechos a los acreedores cuando se demuestra que el representante de la insolvencia ha cometido algún acto ilícito. Ese acto puede consistir en una falta o delito, como la malversación de fondos, la apropiación indebida de bienes o la obtención de la aprobación de los acreedores por medios improcedentes; en errores de procedimiento, como el hecho de no haber solicitado la aprobación requerida de los acreedores o la junta de acreedores o de no haber realizado algún otro acto exigido por la ley; o en negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones. En algunos regímenes se limita a algunas de esas circunstancias, si no a todas, el derecho de los acreedores a impugnar la actuación del representante de la insolvencia.

71. En la segunda categoría figuran los regímenes que prevén los motivos enumerados en caso de comisión de actos ilícitos y que, además, disponen que los acreedores podrán entablar una acción, por lo común ante los tribunales, respecto de toda decisión, acto u omisión del representante de la insolvencia que un determinado acreedor o los acreedores colectivamente cuestionen o desaprueben. Para que una acción prospere, deberá basarse por lo general en motivos análogos a los ya mencionados más arriba, aunque podrá fundarse también en una prueba de que la decisión, acto u omisión del representante menoscaba los intereses de los acreedores. Para no perturbar injustificadamente la administración de la masa de la insolvencia, el régimen de la insolvencia podrá imponer limitaciones adecuadas que consistan, por ejemplo, en ajustar los requisitos probatorios para que el tribunal dé curso a la apelación de los acreedores o en declarar inapelables ciertos aspectos del procedimiento de administración de la masa.

72. La mayoría de los regímenes de la insolvencia otorgan a los tribunales varias facultades en lo que respecta a revisar decisiones de la administración de la insolvencia que afecten a la masa y para dar efecto a los derechos sustantivos de los acreedores. El tribunal puede ordenar al representante de la insolvencia que adopte o se abstenga de adoptar una medida determinada que sea objeto de la objeción formulada por el acreedor. También puede estar facultado para confirmar, revocar o modificar las decisiones del representante de la insolvencia o para destituir a éste, ya sea a instancia directa del acreedor disconforme o por iniciativa propia. Muchos regímenes disponen que el representante de la insolvencia es personalmente responsable de los daños y perjuicios que haya causado intencionalmente o por negligencia a los

acreedores en el desempeño de sus funciones. Algunos regímenes disponen también que, en tales circunstancias, el tribunal podrá imponer una sanción pecuniaria al representante de la insolvencia.

11. Destitución del representante de la insolvencia

73. Algunos regímenes de la insolvencia permiten destituir al representante en determinadas circunstancias, por ejemplo, cuando haya incumplido algún deber legal impuesto por el régimen de la insolvencia, cuando haya actuado con grave incompetencia o negligencia, cuando no haya revelado algún conflicto de intereses, cuando haya obrado ilícitamente o, por razones menos graves, cuando no posea la competencia o pericia requerida para ejercer las funciones de representante en el procedimiento en curso. Esta última circunstancia puede darse, por ejemplo, cuando un procedimiento de liquidación pase a ser reorganización, en cuyo caso es posible que se requieran conocimientos y aptitudes que el representante de la insolvencia no tenga, o cuando se trate de un procedimiento de reorganización en que el deudor continúe en posesión del negocio, en el que no es necesario nombrar a un representante. Según diversos criterios, se prevé que la destitución podrá hacerse por decisión del tribunal, por iniciativa propia o a instancia de alguna parte interesada, o por decisión adoptada por una mayoría cualificada de los acreedores no garantizados. Con independencia del criterio que se adopte, la destitución constituye una sanción contra el representante de la insolvencia y, por lo tanto, es procedente que éste tenga el derecho a ser oído y a exponer sus argumentos. Cuando el representante esté sujeto a supervisión reglamentaria o de un órgano profesional, se le podrá destituir tras un interrogatorio o una investigación sobre el caso, con lo cual podrá retirársele, además, toda licencia o autorización que se le haya otorgado.

12. Sustitución del representante de la insolvencia

74. En el caso de dimisión o destitución del representante de la insolvencia, o en toda otra situación en que éste ya no pueda ejercer sus funciones, por ejemplo, en caso de fallecimiento o de enfermedad grave, y si no se ha previsto sucesor, podrá evitarse la consiguiente perturbación o demora del procedimiento disponiendo que el tribunal o los acreedores nombren un sucesor. Algunos regímenes de la insolvencia exigen que el tribunal también apruebe la dimisión del representante, mientras que en otros no se prevé tal requisito. Si el régimen de la insolvencia ha previsto alguna vía para la sustitución del representante, tal vez deba prever, además, normas por las que el sucesor pase a sustituir o a suceder a su antecesor en la titularidad o el control (según el caso) de la masa de la insolvencia, así como normas para la entrega al sucesor de los libros y los registros de la empresa y de toda otra información de que se disponga respecto del deudor. Tal vez el régimen de la insolvencia deba regular la cuestión de la validez de los actos realizados en la sustanciación del procedimiento por el representante que haya sido destituido

y de la remuneración por la labor llevada a cabo durante el tiempo en que estuvo en el cargo.

Recomendaciones 115 a 125

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas al representante de la insolvencia tienen por objeto:

a) especificar las cualificaciones requeridas;

b) establecer un mecanismo de selección y nombramiento;

c) especificar sus poderes y funciones; y

d) regular su remuneración, responsabilidad, destitución y sustitución.

Contenido de las disposiciones legislativas

Cualificaciones (párrs. 36 a 41)

115. El régimen de la insolvencia debería especificar las cualificaciones y cualidades requeridas para ser nombrado representante de la insolvencia, entre ellas, integridad, independencia e imparcialidad, así como conocimientos adecuados del derecho mercantil pertinente y experiencia en asuntos comerciales y empresariales. El régimen también debería especificar los motivos por los que un candidato propuesto para tal cargo podrá quedar descalificado.

Conflictos de intereses (párrs. 42 y 43)

116. El régimen de la insolvencia debería exigir la revelación de todo conflicto de intereses, falta de independencia o circunstancias que puedan dar lugar a un conflicto de intereses o una falta de independencia de las siguientes personas:

a) La persona propuesta para ser nombrada representante de la insolvencia o la persona ya nombrada que ejerza dicho cargo, cuando el conflicto de intereses o las circunstancias que puedan dar lugar a un conflicto de esa índole o a una falta de independencia se hagan patentes durante el procedimiento de insolvencia; y

b) Las personas que el representante de la insolvencia o la masa proponga contratar, incluidos los profesionales o cualquier persona contratada por el representante de la insolvencia o por la masa, cuando el conflicto de intereses o las circunstancias que puedan entrañar un conflicto de intereses o una falta de independencia se hagan patentes en el transcurso del procedimiento de insolvencia.

117. El régimen de la insolvencia debería especificar que el cumplimiento de la obligación de revelar todo conflicto de intereses prevista en la recomendación 116 será exigible durante todo el procedimiento de insolvencia. El régimen debería especificar las consecuencias de todo conflicto de intereses o de toda falta de independencia.

Recomendaciones 115 a 125 *(continuación)*

Nombramiento (párrs. 44 a 47)

118. El régimen de la insolvencia debería prever una vía para la selección y el nombramiento del representante. Cabe prever que será nombrado por el tribunal, por una autoridad independiente designada a tal efecto, sobre la base de una recomendación de los acreedores o del comité de acreedores, por el propio deudor, o en virtud del régimen de la insolvencia, cuando éste disponga que el representante sea un funcionario de la administración pública o de algún órgano oficial o administrativo.

Remuneración (párrs. 53 a 59)

119. El régimen de la insolvencia debería establecer un mecanismo para fijar la remuneración del representante de la insolvencia y prever el grado de prelación de que gozará el pago de dicha remuneración.

Deberes y funciones del representante de la insolvencia (párr. 49)

120. El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia tendrá la obligación de salvaguardar y preservar los bienes de la masa. El régimen debería especificar también los deberes y funciones que tendrá el representante con respecto a la administración del procedimiento y a la preservación y protección de la masa, lo que comprende mantener en funcionamiento la empresa del deudor.

Derecho a ser oído (párr. 116)

Véase la recomendación 137.

Confidencialidad (párrs. 28, 52 y 115)

Véase la recomendación 111.

Responsabilidad (párrs. 60 a 65)

121. El régimen de la insolvencia debería especificar las consecuencias de que el representante de la insolvencia incumpla o no cumpla en la debida forma los deberes y funciones que le imponga, así como el nivel de responsabilidad que eventualmente se le exija al respecto.

Destitución y sustitución (párrs. 73 y 74)

122. El régimen de la insolvencia debería establecer los motivos por los que se podrá destituir al representante de la insolvencia y el procedimiento que habrá de seguirse para este fin. Esos motivos podrán incluir:

a) la incompetencia, el incumplimiento o el hecho de no haber obrado con la diligencia debida en el ejercicio de sus facultades y funciones;

b) la incapacidad para cumplir su cometido;

c) la falta de una determinada cualificación o especialización requerida para un caso concreto;

d) el hecho de haber actuado ilegalmente o de haber cometido actos ilícitos;

Recomendaciones 115 a 125 (*continuación*)

e) la existencia de algún conflicto de intereses o una falta de independencia que justifique la destitución; o

f) la modificación de las funciones del representante de la insolvencia[10].

123. El régimen de la insolvencia debería establecer un mecanismo para la destitución del representante de la insolvencia que reflejase el modo en que se hubiera procedido a su nombramiento y que le confiriese el derecho a ser oído.

124. En caso de fallecimiento, renuncia o destitución del representante de la insolvencia, el régimen de la insolvencia debería establecer un mecanismo para nombrar a un sustituto y especificar si ese nombramiento requeriría o no la aprobación del tribunal.

Insuficiencia de los bienes de la masa para sufragar los gastos de un procedimiento de insolvencia (párr. 45 y cap. I, párrs. 72 a 75)

125. En caso de que el régimen de la insolvencia prevea el nombramiento de un representante de la insolvencia para administrar una masa cuyos bienes no sean suficientes para sufragar los gastos de administración, el régimen debería establecer también un mecanismo para el nombramiento y la remuneración de ese representante.

C. Acreedores: participación en el procedimiento de insolvencia

1. Introducción

75. Una vez iniciado el procedimiento de insolvencia, los acreedores tienen considerables derechos sobre la empresa del deudor. Por lo general, muchos regímenes de la insolvencia prevén que esos derechos se salvaguarden mediante el nombramiento de un representante de la insolvencia. Por diferentes razones, muchos regímenes también facilitan la participación directa de los acreedores en el procedimiento. Habida cuenta de que son los más interesados desde el punto de vista económico en los resultados del procedimiento, los acreedores pueden perder la confianza en un procedimiento en que las principales decisiones sean adoptadas, sin consultarlos, por personas que, en su opinión, carecen de experiencia, de conocimientos técnicos sobre el tipo de empresa del deudor o de independencia, según cuál sea la forma de nombramiento del representante de la insolvencia. Con frecuencia, los acreedores están en condiciones de prestar asesoramiento y asistencia con respecto al negocio del deudor y de vigilar la actuación del representante de la insolvencia, lo que pondrá freno a posibles

[10] Por ejemplo, cuando un procedimiento de liquidación pasa a ser de reorganización.

abusos en el procedimiento de insolvencia y a unos gastos excesivos de administración, y también constituirá un medio para procesar y comunicar información. Deberá sopesarse la conveniencia de facilitar un alto grado de participación de los acreedores teniendo en cuenta la necesidad de garantizar que el mecanismo de representación de los acreedores siga siendo eficiente y económico y evite que éstos se ocupen de cuestiones que no repercutan en sus intereses (aunque muchas veces puede ser difícil hacer una distinción clara entre las cuestiones que les afectarán y las que no lo harán).

76. Cuando el régimen de la insolvencia facilite la participación de los acreedores en el procedimiento, esa participación puede adoptar diferentes formas. Algunos regímenes sólo les conceden el derecho a ser oídos y a asistir al procedimiento, mientras que otros disponen también que tendrán derecho a votar sobre determinadas cuestiones, a asesorar al representante de la insolvencia cuando éste lo solicite o sobre cuestiones especificadas previstas en el régimen de la insolvencia y a desempeñar otras funciones y deberes que les asigne el régimen, el tribunal o el representante de la insolvencia.

2. Grado de participación de los acreedores en el proceso de adopción de decisiones

a) Funciones que desempeñarán los acreedores

77. El grado de participación de los acreedores en el proceso decisorio del procedimiento de insolvencia puede variar según las funciones que se determine que deban desempeñar. En general, para definir las funciones de los acreedores deben tenerse en cuenta la concepción general del régimen de la insolvencia y el equilibrio que se desee lograr entre el papel del tribunal, del representante de la insolvencia, del deudor y de los acreedores, especialmente en materia de control y supervisión. En cierta medida, las diferentes funciones asignadas a los acreedores reflejan los diversos usos y tradiciones en materia de procedimientos de insolvencia y, en especial, las diferentes expectativas de los acreedores respecto de su grado de participación en el procedimiento. No obstante, la participación de los acreedores se considera cada vez más importante para el régimen de la insolvencia, especialmente como contrapeso de las funciones conferidas por los regímenes a otros participantes y como medio valioso para salvaguardar los derechos de los acreedores.

78. En algunos regímenes de la insolvencia se da escasa participación a los acreedores. Incumbe al representante de la insolvencia adoptar todas las decisiones fundamentales sobre las cuestiones generales de administración en las que no haya habido ninguna controversia; los acreedores tienen un papel marginal y ejercen muy poca influencia. En este modelo, la escasa participación de los acreedores puede compensarse con la atribución al representante de la insolvencia de obligaciones fundamentales, como la de proteger el valor de la masa, que redunda, en última instancia, en beneficio de

todos los acreedores. Este criterio puede resultar eficaz si se nombra un representante experimentado, ya que ello evita posibles retrasos, así como los gastos que entraña la gestión de la participación de los acreedores; también puede resultar eficaz cuando el régimen de la insolvencia regula en forma muy completa el procedimiento y sus participantes.

79. Con arreglo a otros criterios se permite una mayor participación de los acreedores en el procedimiento. Esa participación puede variar desde la asistencia a una reunión inicial en la que se estudien ciertas cuestiones hasta el ejercicio continuo de una función, lo cual puede exigir que los acreedores desempeñen un papel consultivo o, a un nivel más alto, que aprueben ciertos actos y decisiones del representante de la insolvencia. Por ejemplo, cuando los acreedores desempeñen un papel consultivo de carácter general, el representante de la insolvencia puede remitirles cuestiones sin quedar por ello vinculado por cualquier decisión que adopten o cualquier asesoramiento que presten. Cuando el representante no esté obligado a llevar a efecto la decisión de los acreedores, el régimen de la insolvencia suele disponer que, en el caso de ciertos actos, el representante pueda recabar la aprobación previa del tribunal, o que los acreedores puedan solicitar a éste que dé instrucciones obligatorias al representante (o pedir que sea sustituido cuando incumpla sus obligaciones o actúe de algún otro modo en perjuicio de los acreedores).

80. Con arreglo a otros regímenes, los acreedores están facultados para desempeñar funciones concretas respecto de la sustanciación del procedimiento que podrán comprender la cooperación y coordinación con el representante de la insolvencia. Es posible que este último tenga que consultar esas cuestiones con los acreedores antes de adoptar una decisión, o que los acreedores tengan facultades decisorias. Otra función que pueden ejercer los acreedores es la de supervisar los actos y decisiones del representante. Esos actos y decisiones suelen referirse a la administración del procedimiento y a las cuestiones que afectan a los intereses de los acreedores; pueden incluir la venta de bienes al margen del curso ordinario de los negocios, la verificación de créditos, la aprobación de gastos administrativos, el mantenimiento de la empresa en liquidación, la financiación posterior a la apertura del procedimiento, la remuneración de los profesionales, incluido el representante de la insolvencia, el régimen aplicable a un procedimiento judicial en el que el deudor sea parte en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, el examen y la aprobación de un plan de reorganización, el nombramiento de un comité de representantes de los acreedores, la supervisión de los actos del representante de la insolvencia; la distribución de los bienes y el estudio (y aprobación) del informe final del representante de la insolvencia y de las cuentas de éste.

81. Los acreedores podrán desempeñar ciertas funciones en lo que respecta a la selección y nombramiento del representante, y estar facultados para proponer al tribunal su destitución y sustitución cuando incumpla sus funciones y deberes o actúe con negligencia. Los acreedores también pueden tener la posibilidad de intervenir solicitando o recomendando la adopción de

medidas por el tribunal, como, por ejemplo, que el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación, o que el representante de la insolvencia o los acreedores, en nombre de la masa, inicien un procedimiento de impugnación.

82. Cuando el régimen disponga que los acreedores en general, el comité de acreedores u otro representante de éstos supervisen o aprueben los actos o decisiones del representante de la insolvencia, los acreedores gozarán de un alto grado de protección. Sin embargo, cuando el ejercicio de esa función de supervisión o aprobación añada etapas al proceso de administración de la masa, puede suceder que el proceso resulte más oneroso y que se menoscabe su eficacia. Es casi imposible evitar que se produzca algún desacuerdo entre el representante de la insolvencia y alguno de los acreedores, sobre todo porque el representante tendrá que actuar en beneficio de todos los acreedores, pero siempre habrá casos en que deberá adoptar decisiones que un determinado acreedor rechace o desapruebe. Sin embargo, en circunstancias normales, ese tipo de insatisfacción no será motivo para que el tribunal acceda a sustituir al representante de la insolvencia o a autorizar al acreedor a entablar una acción contra aquél. Por esas razones, será necesario que en el régimen de la insolvencia se trate de compaginar la medida en que resulta necesaria la supervisión o aprobación por parte de los acreedores (incluso una definición de los actos y decisiones sujetos a aprobación y el procedimiento para obtenerla) con el grado de independencia de dicho representante y con la conveniencia de que el procedimiento de insolvencia se sustancie de forma rápida y económica. El modo de combinar estos dos factores a veces concurrentes varía de un régimen a otro.

83. Independientemente de las funciones que deban desempeñar los acreedores, es conveniente que el régimen de la insolvencia establezca con claridad si éstos tienen la obligación de cumplir cada uno de los cometidos que se determinen, o si algunos de ellos son discrecionales, y que especifique la interacción que habrá entre las funciones respectivas de los acreedores y del representante. En particular, tal vez convenga regular las controversias entre éste y los acreedores. Cuando la controversia se refiera a un asunto relacionado con las funciones que debe desempeñar la junta de acreedores, muchos regímenes otorgan precedencia a las decisiones que adoptan éstos. Cuando en el régimen de la insolvencia se faculte a los acreedores para impugnar los actos o decisiones del representante de la insolvencia, deberán especificarse también las vías de recurso de que dispondrán los acreedores cuando el representante desapruebe o rechace la impugnación, así como los requisitos procesales y probatorios aplicables.

b) Participación en la liquidación y la reorganización

84. Algunos regímenes de la insolvencia distinguen entre liquidación y reorganización al determinar el nivel de participación de los acreedores. En la liquidación, si bien en general tal vez no sea importante que los acreedores intervengan en el procedimiento ni participen en la adopción de decisiones,

pueden, no obstante, constituir una fuente valiosa de conocimientos especializados y de información sobre la empresa del deudor, particularmente cuando ésta haya de venderse como negocio en marcha. También puede ser conveniente que los acreedores reciban informes sobre la marcha de la liquidación para garantizar su confianza en el procedimiento, así como su transparencia. No obstante, en la reorganización la exigencia de una contribución de los acreedores es útil y necesaria, ya que, en general, es a éstos a los que se pedirá que aprueben el plan de reorganización propuesto.

c) Estímulo de la participación del acreedor

85. Una cuestión importante que tal vez haya que tomar en consideración cuando un régimen de la insolvencia permita que los acreedores desempeñen un papel activo en el procedimiento es cómo superar la apatía de éstos y motivarlos para participar en él. Incluso cuando el régimen de la insolvencia facilita la participación activa de los acreedores, no es raro que éstos consideren que tal participación no les beneficiará, especialmente porque no les parezca probable que vayan a obtener un rendimiento notable y porque teman que su participación entrañará aún más gastos y más tiempo. Este problema frecuente puede paliarse, en cierta medida, si el régimen tiene en cuenta los intereses de todas las partes (véanse, por ejemplo, los párrs. 2 a 18 *supra*) y si adopta medidas concretas, por ejemplo, en relación con la selección de los miembros del comité de acreedores y con las funciones que éste desempeñará (o que cumplirán los acreedores en general cuando no haya comité), o con la utilización de medios electrónicos para facilitar la comunicación y las votaciones, de ser necesarias. Otro factor que preocupa a los acreedores es la responsabilidad en que podrían incurrir por el hecho de participar en el procedimiento, especialmente como miembros del comité de acreedores. Este problema podría obviarse eximiendo a los acreedores de responsabilidad, excepto en casos claramente definidos, como los de conducta fraudulenta o dolosa.

d) Obligación de informar y notificar

86. Para que los acreedores puedan desempeñar funciones específicas, será indispensable que se les facilite, ya sea directamente o por conducto de un comité de acreedores u otra forma de representación de éstos, información pertinente, actual y precisa sobre la empresa y los asuntos financieros del deudor, y que se les notifique toda otra cuestión que afecte a sus intereses y respecto de la cual deban adoptar una decisión o dar una opinión. Esa notificación puede hacerse por conducto de un comité de acreedores u otro representante. Las cuestiones relativas a la confidencialidad, ya señaladas en relación con el deudor y con el representante de la insolvencia, serán también pertinentes para los acreedores o el comité de acreedores si llega a sus manos información confidencial o delicada (véase el párr. 115 *infra*).

e) Acreedores garantizados

87. Es conveniente que el régimen de la insolvencia establezca cómo pueden o deben participar los acreedores garantizados en las reuniones o juntas de acreedores o en un comité de acreedores. Por regla general, los acreedores garantizados no están representados en el comité de acreedores si sus créditos están plenamente garantizados o si están respaldados por bienes de valor superior. En esos casos, sus intereses podrán diferir notablemente de los de los acreedores no garantizados, y el hecho de que los acreedores garantizados puedan participar y, eventualmente, alterar el resultado de las decisiones que adopten los acreedores puede resultar perjudicial para los intereses generales de los acreedores. Reconociendo esa disparidad de intereses, algunos regímenes exigen que los acreedores garantizados entreguen su garantía real para poder participar en el procedimiento y votar acerca de los asuntos que requieran una votación de los acreedores. Sin embargo, si el valor de la garantía obtenida es inferior al del crédito garantizado, será más probable que sus intereses coincidan con los de los acreedores no garantizados, por lo que puede ser adecuado permitir que este tipo de acreedores participe en el comité o en la votación por parte de los acreedores, al menos en la medida en que sus créditos no estén suficientemente amparados por una garantía. En una reorganización, los acreedores garantizados tendrán un interés directo cuando sus derechos puedan verse modificados por un plan de reorganización, o cuando sus respectivos bienes gravados puedan ser cruciales para el éxito de la ejecución del plan (véase el cap. IV, párrs. 34 a 39).

3. Mecanismos destinados a facilitar la participación

88. En lo que respecta a los mecanismos de participación, algunos regímenes de la insolvencia prevén la convocatoria de una junta general de acreedores en momentos clave del procedimiento. Otros regímenes permiten la creación de un comité (en el que los acreedores pueden estar representados junto con los titulares de capital social y a veces también con otras partes interesadas), integrado por un número limitado de acreedores (fijado a veces por el régimen de la insolvencia), con objeto de facilitar la participación en la administración de la masa. El criterio de la junta de acreedores podrá ser de mayor utilidad cuando los acreedores no sean muy numerosos o cuando éstos se encuentren en la misma región geográfica. El criterio del comité de acreedores podrá ser más conveniente cuando exista un gran número de acreedores o cuando éstos se encuentren en diferentes regiones o incluso en distintos países. El mecanismo utilizado para la participación podrá depender también de la cuestión inmediata que tengan ante sí los acreedores. Muchos regímenes incluyen ambos criterios en el caso de asuntos importantes -como la aprobación de un plan de reorganización- que hayan de examinar las juntas de acreedores (véase el párr. 96 *infra*). Si se designa un comité, éste deberá estar facultado para actuar con independencia del representante de la

insolvencia, a fin de garantizar una representación justa e imparcial de los intereses de los acreedores.

89. Una alternativa a la creación de un comité de acreedores es el nombramiento (por parte de los acreedores o del tribunal a instancia de éstos) de una sola persona (a quien en algunos regímenes se denomina interventor o inspector) para que represente a determinados acreedores o grupos de acreedores (por ejemplo, a aquéllos cuyos créditos representen al menos un 10% de la deuda) en el procedimiento de insolvencia. Con la adopción de este criterio en un país se ha pretendido lograr una participación más ordenada y pronta de los acreedores y evitar las demoras y controversias que se habían producido en casos anteriores. El representante desempeña un papel análogo al del comité de acreedores, actuando en nombre de todos los acreedores que representa, en lo que respecta a desempeñar funciones tales como supervisar la manera en que el representante de la insolvencia o el deudor administran la masa, solicitar diligencias, entablar acciones contra el deudor, solicitar información sobre cuestiones que afecten a los intereses de los acreedores o convocar juntas de acreedores. Algunos regímenes obligan a los acreedores a pagar los honorarios de su representante a fin de no imponer cargas excesivas a la masa de la insolvencia, mientras que otros prevén que el representante será remunerado con cargo a la masa.

90. Para optar por uno u otro de estos enfoques deberán ponderarse diversos factores, como el tiempo, el costo, la eficiencia, la transparencia y los criterios democráticos. El enfoque que prevé el nombramiento de un representante, por ejemplo, tal vez sea más eficiente y económico y promueva un procedimiento más ordenado y con menos controversias que la creación de un comité de acreedores. Sin embargo, este último enfoque tal vez sea un medio más transparente y democrático de representación de los intereses de los acreedores. Otro factor que cabrá tener en cuenta es la existencia de profesionales de la insolvencia debidamente capacitados y de una infraestructura institucional eficaz para secundar la administración y sustanciación del procedimiento de insolvencia. En algunos casos, la escasez de profesionales o una capacidad institucional deficiente podrá paliarse atribuyendo a los acreedores un mayor papel en el procedimiento. Cuando las condiciones previstas en el régimen de la insolvencia respalden la existencia del comité de acreedores, éste podría ser el mecanismo más eficaz para facilitar la participación de los acreedores.

4. Juntas de acreedores

91. Muchos regímenes de la insolvencia disponen que las funciones atribuidas a los acreedores sean desempeñadas en juntas de acreedores. Como ya se ha indicado anteriormente (véase el cap. I, párrs. 64 a 66 y 69 a 71), todo régimen de la insolvencia debe exigir que se notifique a los acreedores la apertura de un procedimiento de insolvencia (ya sea mediante una comunicación personal, un anuncio en la prensa o cualquier otro medio) y que en esa notificación conste información sobre varios asuntos, incluso detalles

de toda reunión inicial de acreedores que deba convocar el tribunal o el representante de la insolvencia en un plazo preestablecido, tras la apertura del procedimiento (los plazos que prevén los regímenes de la insolvencia van de cinco días a un mes a contar de la fecha efectiva de la apertura del procedimiento). Según varios regímenes de la insolvencia, esa junta inicial será la única reunión de todos los acreedores que se llevará a cabo. Cuando el régimen de la insolvencia prevea la convocatoria de tal reunión, es conveniente que también especifique los asuntos que deberán tratarse y resolverse en ella.

92. Los regímenes de la insolvencia que prevén la celebración de otras juntas de acreedores regulan de diversos modos su convocatoria. Algunos regímenes facultan al tribunal o al representante de la insolvencia para convocar esas otras juntas con objetivos concretos; otros disponen, en cambio, que tanto los acreedores como el representante de la insolvencia, y en algunos casos excepcionales el deudor, podrán convocar juntas especiales, según sea necesario. Cuando un régimen de la insolvencia permite a los acreedores convocar una junta, impone a veces restricciones, determinando el momento en que podrán convocarla o fijando los requisitos que habrán de cumplirse para poder hacerlo. Estos requisitos pueden incluir, por ejemplo, que haya transcurrido un determinado período tras la adopción de cierta medida en el procedimiento, o que el representante de la insolvencia haya realizado algún acto o adoptado una decisión concreta, o se haya abstenido de actuar. Algunos regímenes también prevén que sólo podrán convocar una junta los acreedores cuyos créditos representen un determinado porcentaje del valor o del número total de los créditos por cobrar (por ejemplo, un 10% del valor de los créditos, un 25% o más del número de créditos, o al menos el 25% de los créditos no garantizados). Otro criterio consiste en otorgar a cualquier parte interesada el derecho a solicitar al tribunal que convoque una junta de acreedores. Sea cual fuere el criterio que se adopte, es importante lograr un equilibrio entre facilitar la participación de los acreedores y la protección de sus intereses y garantizar una realización eficiente y efectiva del procedimiento sin excesiva demora.

93. Es conveniente que todos los acreedores tengan derecho a expresar su punto de vista sobre las cuestiones que se examinen en una junta de acreedores. Cuando se requiera una votación, es conveniente que el régimen de la insolvencia establezca las condiciones para poder votar y los mecanismos para ejercer tal derecho, especificando, en especial, si los acreedores deben asistir personalmente a la junta para poder votar, o si lo pueden hacer a través de mandatarios o por otros medios, como el correo electrónico o la Internet. Si entre los acreedores de un deudor figuran ciertas categorías de acreedores, como los titulares de obligaciones cotizadas en bolsa, tal vez convenga prever normas especiales para facilitar su participación en el procedimiento, en especial, cuando los acreedores de la categoría de que se trate sean numerosos. Tal vez convenga, por ejemplo, permitir que los representantes debidamente autorizados constituyan un

determinado porcentaje a los efectos de cumplir los requisitos de participación de un cierto número de acreedores en una junta general de acreedores. Las mismas consideraciones se aplicarían también a los requisitos para el voto; la imposición de requisitos de participación y de votación en persona podría complicar sobremanera el procedimiento de insolvencia si en el pasivo del deudor figuran valores cotizados en bolsa.

94. También puede ser conveniente que el régimen de la insolvencia permita a los acreedores establecer las normas que rijan la celebración efectiva de sus juntas. Esas normas podrían regir cuestiones como los requisitos para poder asistir a las juntas y participar en ellas, la habilitación para votar; la mayoría requerida para que haya quórum; el nombramiento del presidente y el desarrollo de las actuaciones de la junta en general. Las normas que rijan estas cuestiones serán también pertinentes en relación con el comité de acreedores y la celebración de sus reuniones.

5. Cuestiones que requieren el voto de los acreedores

95. El régimen de la insolvencia deberá indicar las cuestiones que requieran el voto de los acreedores y establecer los requisitos de votación aplicables en cada caso.

96. Cuando las medidas que se hayan de adoptar durante el procedimiento puedan entrañar consecuencias importantes para el conjunto de los acreedores, es conveniente que todos ellos tengan derecho a que se les notifiquen esas medidas y a votar sobre ellas. Las medidas pueden comprender la elección del representante de la insolvencia, en los casos en que el régimen atribuya a los acreedores esa función, la aprobación de un plan de reorganización, la aprobación de la financiación posterior a la apertura del procedimiento y otras cuestiones importantes como la venta de bienes valiosos al margen del curso ordinario de los negocios.

97. El procedimiento de votación puede regularse de diversos modos, según la naturaleza de la cuestión que deba decidirse. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que el voto se emita en persona en una junta de acreedores, en tanto que otros establecen que cuando haya un gran número de acreedores, o cuando éstos no sean residentes locales, se pueda votar por correo o por poder. Cuando exista un gran número de acreedores no será fácil cumplir los requisitos exigidos para votar en persona, en especial cuando haya muchos acreedores que sean, por ejemplo, titulares de obligaciones cotizadas en bolsa o acreedores extranjeros. Será cada vez más conveniente permitir que la votación se realice a través de medios electrónicos de comunicación, incluidos el correo electrónico y la Internet, siempre y cuando se adopten medidas adecuadas de protección.

98. Se utilizan diversos criterios para regular los tipos de votaciones cuyos resultados serán vinculantes para los acreedores. Algunos regímenes hacen una distinción entre los diferentes tipos de decisiones que cabe adoptar. Con arreglo a ciertos regímenes, para la adopción de decisiones de mayor

importancia, como la aprobación de un plan de reorganización, puede exigirse, a la vez, el voto favorable de acreedores cuyos créditos representen una proporción determinada del valor total de los créditos, y de un cierto número de acreedores. Algunas veces se exige contar con una mayoría basada en un porcentaje del valor de los créditos para casi todas las decisiones, y con una mayoría basada no sólo en dicho valor, sino también en un porcentaje de acreedores, para decisiones como la elección o destitución del representante de la insolvencia o la contratación de determinados profesionales por parte de éste. En otros países se considera suficiente una mayoría simple para cuestiones como la elección o destitución del representante de la insolvencia. En algunos regímenes también se determinan los asuntos que requieren el apoyo, a la vez, de los acreedores garantizados y el de los no garantizados; en esos países, los acreedores garantizados sólo podrán votar cuando se trate de cuestiones concretas, como la elección del representante de la insolvencia, y de asuntos que afecten a su garantía.

6. Comité de acreedores

99. Como ya se ha señalado, el establecimiento de un comité de acreedores o la elección o nombramiento de un representante de los acreedores tiene por objeto facilitar la participación activa de los acreedores en el procedimiento de la insolvencia, ya sea de liquidación o de reorganización. Es posible que no se necesite un comité de acreedores u otra forma de representación de éstos en todos los casos de insolvencia, pero tal representación puede ser conveniente, por ejemplo, cuando haya un gran número de acreedores, cuando éstos tengan intereses muy dispares o cuando lo aconsejen o requieran otras características del caso (por ejemplo, para limitar los gastos y ganar tiempo). Algunos regímenes de la insolvencia prevén que los acreedores decidan sobre la oportunidad de nombrar un comité o un representante, mientras que otros regímenes disponen que el comité sea nombrado por el tribunal o el representante. Sea cual sea el método de nombramiento, el comité de acreedores debería poder actuar con independencia respecto del representante de la insolvencia a fin de representar justa e imparcialmente los intereses de los acreedores. Tal vez convenga que el régimen de la insolvencia permita a los acreedores establecer normas para regular los asuntos mencionados más arriba (véase el párr. 94) con respecto a la celebración de las reuniones del comité.

100. Si se establece un comité de acreedores, será necesario estudiar en qué medida la masa de la insolvencia sufragará los gastos del comité. Algunos regímenes de la insolvencia permiten que los acreedores establezcan comités oficiosos no reconocidos formalmente por el tribunal ni por el representante de la insolvencia, y cuyos costos no sean sufragados con cargo a la masa, sino pagados por los propios acreedores; otros regímenes disponen, en cambio, que los gastos del comité de acreedores se cubran con fondos de la masa. La cuestión de quién deberá sufragar esos gastos está estrechamente vinculada a las funciones del comité, a la medida en que las funciones que, conforme al

régimen de la insolvencia, deban desempeñar los acreedores puedan ser ejercidas por un comité, o a cuyo desempeño contribuya la creación de un comité, y otros factores que determinen si deberá formarse un comité en un procedimiento concreto. Cuando los costos corran a cargo de la masa de la insolvencia, es conveniente que el tribunal tenga la potestad de limitar los gastos excesivos.

a) Acreedores que podrán formar parte del comité de acreedores

101. Todo régimen de la insolvencia que prevea el establecimiento de un comité de acreedores deberá determinar qué acreedores tendrán derecho a formar parte de él. Esta cuestión se regula de diferentes maneras y, en gran medida, depende del papel que los acreedores desempeñen en el procedimiento. Son factores pertinentes al respecto la condición del crédito y la índole del crédito. Algunos regímenes de la insolvencia disponen, por ejemplo, que sólo podrán ser nombrados miembros del comité los acreedores cuyos créditos hayan sido reconocidos (por el tribunal o por el representante de la insolvencia, según lo que establezca el procedimiento de reconocimiento), mientras que otros regímenes disponen que se constituya un comité provisional, del que todos los acreedores puedan formar parte, hasta que se verifiquen y reconozcan todos los créditos. Otros regímenes limitan la participación de los acreedores en el comité en función del lugar en que se encuentren. Sin embargo, a fin de garantizar la igualdad de trato de los acreedores, es conveniente que puedan formar parte del comité los acreedores cuyos créditos sólo se hayan reconocido provisionalmente y los acreedores extranjeros. La elección de cualquiera de esos criterios depende en gran medida de las funciones que desempeñarán los acreedores en el procedimiento.

102. Una segunda cuestión se refiere a los tipos de acreedores que estarán representados en el comité. Aun cuando por lo general en el comité sólo están representados los acreedores con créditos no garantizados, en algunos regímenes se reconoce que puede haber casos en que se justifique crear, además, un comité de acreedores garantizados. Ese criterio se basa en el hecho de que los intereses de los dos tipos de acreedores no siempre coinciden y en la posibilidad de que, al poder participar en el comité e influir en sus decisiones, los acreedores garantizados no siempre favorezcan o satisfagan los intereses de otros acreedores. Sin embargo, también se reconoce que, en determinadas circunstancias, como ya se ha señalado, la participación de los acreedores garantizados será apropiada, bien porque sus intereses se ven afectados, bien por otras razones.

103. En otros regímenes se dispone que las dos clases de acreedores estén representadas en el mismo comité. Una justificación de este criterio es que, cuando el comité de acreedores deba participar en la adopción de decisiones y adoptar decisiones importantes, la exclusión de los acreedores puede afectar negativamente a sus intereses (especialmente, cuando el valor de los bienes constituidos en garantía para este tipo de acreedores sea inferior al valor de

sus respectivos créditos). Otro criterio puede consistir en no especificar en el régimen los acreedores que estarán representados en determinado caso, y permitirles que elijan colectivamente a sus propios representantes entre los acreedores que estén dispuestos a actuar (para tener en cuenta el frecuente problema de la apatía de los acreedores), previendo a la vez la posibilidad de aumentar o reducir el número de miembros del comité, según sea necesario. Cuando los tipos de acreedores que debieran estar representados fueran demasiado distintos para conjugar todos sus intereses en un único comité, por ejemplo, grupos que representen intereses especiales, como los acreedores extracontractuales y los accionistas, el régimen de la insolvencia podría disponer que se constituyeran distintos comités en los que estuvieran representados diferentes intereses. No obstante, es conveniente que sólo se adopte ese criterio en casos especiales para evitar gastos innecesarios e impedir que el mecanismo para la representación de los acreedores se vuelva incontrolable.

104. La participación en el comité de los titulares de acciones y de los acreedores vinculados al deudor puede ser una cuestión controvertida, especialmente cuando el comité pueda afectar, con sus decisiones, a los derechos de los acreedores garantizados, o cuando los titulares de acciones tengan vínculos con la dirección de la empresa del deudor. No obstante, habrá casos en que esas partes no conozcan a los directivos de la empresa ni tengan vínculos directos con ellos, como, por ejemplo, cuando son inversionistas. En esos casos, puede haber razones imperiosas para permitirles que participen en el procedimiento por conducto de su propio comité. Tal vez sea necesario excluir también de un comité a otros acreedores que puedan tener conflictos de intereses (como los competidores del deudor, que tengan un interés personal que pueda afectar a su imparcialidad al ejercer sus funciones en el comité), a fin de garantizar que el comité pueda desempeñar sus funciones con imparcialidad e independencia en nombre de la masa de acreedores.

105. Puede surgir un problema análogo respecto de las partes que adquieran los créditos de los acreedores. Esos compradores pueden estar relacionados con el deudor o pueden ser terceros que no tengan derechos especiales sobre la empresa del deudor. Esas compras hechas por terceros pueden dar lugar a problemas relacionados con el acceso a información delicada o de carácter confidencial que puede tener valor en el mercado secundario (véase el párr. 115 *infra*). Las compras hechas por una persona allegada al deudor plantean la cuestión de si esa persona debe tener derecho a reclamar el valor nominal original del crédito o sólo la cuantía que pagó efectivamente por él (cuando esas sumas no coincidan), especialmente cuando el derecho de voto de un acreedor dependa directamente del valor de los créditos.

106. Para obviar estos posibles problemas, el régimen de la insolvencia podría adoptar el criterio de especificar las partes que no tendrán derecho a participar en un comité de acreedores.

b) Formación del comité de acreedores

107. Cuando el régimen prevé el establecimiento de un comité de acreedores, suele regular también la forma en que deberá constituirse, el alcance y la amplitud de sus obligaciones, su reglamentación y funcionamiento, lo que comprende establecer el quórum necesario y la manera de dirigir sus debates, y el cese y la sustitución de sus miembros. Puede ser conveniente incluir disposiciones para regular algunas de estas cuestiones, especialmente respecto de los deberes, el cese y la sustitución de los miembros, no sólo para evitar controversias y garantizar la confidencialidad, sino también para establecer procedimientos transparentes y previsibles. El comité puede adoptar reglas de procedimiento que regulen otras cuestiones, por ejemplo, las normas sobre el procedimiento a seguir en las reuniones, la elección del presidente y la solución de controversias.

108. Se adoptan diversos métodos para nombrar a los miembros del comité, lo que depende en gran medida de las funciones que se atribuyan al comité de que se trate. En muchos casos los nombran los acreedores, por lo general en la primera reunión de la junta de acreedores, o una vez que el representante de la insolvencia haya facilitado información preliminar sobre el deudor. La designación del comité por los propios acreedores puede aumentar la confianza y la participación de éstos en el procedimiento de insolvencia. Algunos ordenamientos jurídicos permiten que el tribunal designe los miembros del comité de acreedores, ya sea por iniciativa propia o a instancia de los acreedores o del representante de la insolvencia. Este criterio puede presentar varios inconvenientes, entre ellos, la posible falta de imparcialidad, así como la falta de equidad y de transparencia; los acreedores tal vez no tengan confianza en un régimen que no fomente su participación ni les permita desempeñar un papel en la elección de sus propios representantes; además, es posible que no contribuya a resolver el problema generalizado de la apatía de los acreedores. En cambio, ese criterio puede simplificar el procedimiento de constitución de comités de acreedores y reducir las posibilidades de controversias entre ellos que pueden ocasionar demoras y gastos. La elección de uno de estos diferentes criterios puede depender del grado de supervisión del procedimiento que ejerza el tribunal y de su grado de intervención en los asuntos cotidianos, y también de si los acreedores deben asumir un papel activo en el ejercicio de funciones que no se limiten al asesoramiento del representante de la insolvencia.

109. Para facilitar la administración del comité, algunos regímenes de la insolvencia regulan el número de miembros que deberá tener, que generalmente será impar a fin de evitar empates y de garantizar una mayoría en las votaciones, y que, en algunos casos, sólo será de tres o cinco personas. Cuando el comité esté formado únicamente por acreedores no garantizados, algunos regímenes sólo permiten que participen en él los acreedores no garantizados con los créditos de mayor cuantía. Estos acreedores pueden determinarse de diversos modos, incluso remitiéndose a la lista de acreedores que deberá preparar el deudor. Sin embargo, puede ser conveniente la

supervisión de la labor del comité para cerciorarse de que cumpla su función de representar equitativamente a todos los acreedores cuando el régimen de la insolvencia exija al comité desempeñar una función importante; la organización de esa tarea de supervisión puede estar a cargo del representante de la insolvencia o del tribunal.

c) Derechos y funciones del comité de acreedores

110. Por lo general, el comité de acreedores desempeñará sus funciones en nombre de los acreedores y, por lo tanto, esas funciones estarán directamente vinculadas a las funciones generales otorgadas a los acreedores, como ya se ha indicado. Sin embargo, los derechos del comité de acreedores y las funciones que tiene que ejercer no deberían menoscabar los derechos de los acreedores en su conjunto a seguir participando en el procedimiento de insolvencia o a intervenir en él de alguna otra forma. En lo que respecta al proceso decisorio, el comité de acreedores suele desempeñar una función de asesoramiento, formulando recomendaciones a los acreedores en general sobre las decisiones que habrán de adoptarse respecto de cuestiones clave, pero normalmente no estará facultado para adoptar decisiones importantes en nombre de los acreedores. El comité de acreedores también puede tener que encargarse de la recepción de notificaciones, en nombre de los acreedores a los que represente, sobre determinadas cuestiones que revistan interés para dichos acreedores. Por ejemplo, cuando el régimen de la insolvencia disponga que deberá consultarse a los acreedores acerca de toda propuesta de venta de bienes al margen del curso ordinario de los negocios, la notificación de tal propuesta podrá cursarse por conducto del comité de acreedores, a fin de ahorrar tiempo, reducir al mínimo los gastos y facilitar las consultas entre el comité y los acreedores a los que represente. Si bien deberá haber una interacción entre el comité de acreedores y el representante de la insolvencia o el deudor en posesión del negocio cuando el régimen de la insolvencia adopte ese enfoque en un procedimiento de reorganización, el comité debería poder actuar con toda independencia respecto de esas partes al representar los intereses de los acreedores.

111. Los regímenes de la insolvencia prevén que el comité de acreedores desempeñará una serie de funciones, entre ellas, informar al representante de la insolvencia de los deseos de los acreedores respecto de cuestiones como la venta de bienes al margen del curso ordinario de los negocios y la formulación del plan de reorganización; celebrar consultas con el representante de la insolvencia y otros participantes en el proceso, como los directivos de la empresa del deudor; participar en la elaboración de un plan de reorganización, o, posiblemente, supervisar la labor del representante de la insolvencia. Estas funciones podrán ser establecidas por el régimen de la insolvencia, ordenadas por el tribunal o definidas en colaboración con el representante de la insolvencia.

112. Como ya se ha señalado respecto de los acreedores en general, el comité deberá tener acceso a información actualizada sobre el deudor y sus asuntos

financieros, y también deberá poder expresar su opinión y las de los propios acreedores sobre las cuestiones que entren en el ámbito de sus funciones o que afecten a los intereses de los acreedores (con respecto a la confidencialidad, véase el párr. 115 *infra*). El comité también puede requerir asistencia administrativa y pericial, pero la necesidad de tal asistencia deberá estar claramente relacionada con las funciones que tenga que desempeñar. El régimen podría exigir al comité que pidiera autorización al representante de la insolvencia o al tribunal para contratar un secretario y, si las circunstancias lo justifican, consultores y profesionales. Algunos regímenes de la insolvencia prevén que los gastos ocasionados por la contratación de asistentes, incluida su remuneración, serán sufragados con cargo a la masa de la insolvencia, mientras que otros disponen que esos gastos sean sufragados por los acreedores como parte de sus propios gastos de participación en el procedimiento de insolvencia. Si un régimen dispone que esos gastos se sufraguen con cargo a la masa, es conveniente que el tribunal ejerza cierto control no sólo sobre la decisión de contratar a tales profesionales, sino también sobre los demás costos y cargos que entrañe la contratación.

d) Responsabilidad del comité de acreedores

113. El comité debe responder ante los acreedores en general. No debe tener ninguna responsabilidad ni obligación fiduciaria para con los propietarios de la empresa insolvente. Sin embargo, tal vez sea conveniente que el régimen de la insolvencia exija que los miembros del comité actúen de buena fe al desempeñar las funciones de éste y que los exima de responsabilidad respecto de los actos que realicen y de las decisiones que adopten como miembros, a menos que se compruebe que han actuado de manera fraudulenta o dolosa o que han incumplido alguna de sus obligaciones fiduciarias para con los acreedores que representan. Esto podría incluir, por ejemplo, obtener beneficios de la administración de la masa; adquirir bienes que formen parte de ella sin la aprobación previa del tribunal, o sacar provecho de la información confidencial recibida en calidad de miembro del comité. El criterio de responsabilidad aplicable a los miembros del comité puede distinguirse del que se aplica al representante de la insolvencia; como miembros del comité no tienen que cumplir ningún requisito de conocimientos especializados y desempeñan sus funciones de forma voluntaria y sin remuneración. Al regular la cuestión de la responsabilidad del comité, tal vez haya que establecer un término medio entre, por una parte, un grado excesivo de responsabilidad que reste a los acreedores incentivos para participar y, por otra, un grado insuficiente de responsabilidad que pueda dar lugar a abusos e impedir que el comité funcione con eficiencia como órgano representativo.

e) Destitución y sustitución de los miembros del comité de acreedores

114. Al elaborar un régimen de la insolvencia tal vez convenga examinar los motivos que podrían justificar la destitución de un miembro del comité de

acreedores y establecer un mecanismo para su sustitución. Entre esos motivos podrían figurar la negligencia grave, la falta de los conocimientos y aptitudes necesarios, la incompetencia, la ineficiencia, la falta de independencia, el abuso de confianza o los conflictos de intereses. El procedimiento de destitución y sustitución dependerá generalmente del procedimiento adoptado para el nombramiento de los miembros del comité, que pueden ser designados por el tribunal o elegidos por los propios acreedores. También será conveniente prever disposiciones para sustituir a los miembros del comité que renuncien a su condición de miembros o que ya no puedan seguir desempeñando sus funciones, como en el caso de enfermedad grave o de fallecimiento.

7. Confidencialidad

115. Como ya se ha señalado (véanse los párrs. 28 y 52 *supra*), es conveniente que el régimen de la insolvencia imponga la obligación de confidencialidad tanto al deudor como al representante de la insolvencia. Por razones similares, puede ser oportuno prever también las circunstancias en que los acreedores deberán cumplir esa obligación. En el transcurso de un procedimiento de insolvencia, los acreedores estarán generalmente en una situación que les permitirá obtener abundante información sobre el deudor y su empresa, gran parte de la cual puede ser delicada desde el punto de vista comercial. Si bien en una liquidación, habida cuenta de sus consecuencias, es posible que los acreedores no tengan muchas oportunidades de beneficiarse injustamente de esa información (o de perjudicar al deudor), la situación puede cambiar si se trata de una reorganización. En tal caso, pueden darse circunstancias en que los acreedores utilicen dicha información para hacer fracasar un plan ya convenido. Por estas razones, tal vez convenga imponer a los acreedores y al comité de acreedores (y a cualquier profesional contratado por éste) un deber de confidencialidad en virtud del cual sólo puedan utilizar la información obtenida durante el procedimiento para fines ligados a la administración del mismo, salvo que el tribunal decida otra cosa. En los casos en que se nombre un comité de acreedores (y éste contrate asesores profesionales), se podrá formalizar ese deber exigiendo a los miembros del comité (y a los asesores profesionales) que firmen acuerdos de confidencialidad.

Recomendaciones 126 a 136

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones sobre la participación de los acreedores en el procedimiento de insolvencia tienen por objeto:

a) facilitar la participación de los acreedores en el procedimiento de insolvencia;

Recomendaciones 126 a 136 (*continuación*)

b) prever un mecanismo para el nombramiento de los miembros de un comité de acreedores o de otro representante de éstos, si con ello se facilita la participación de los acreedores en el procedimiento de insolvencia;

c) garantizar a los acreedores el derecho de acceso a información sobre ese procedimiento; y

d) especificar las funciones y responsabilidades del comité de acreedores o de otro representante de éstos.

Contenido de las disposiciones legislativas

Derecho a ser oído

Véanse las recomendaciones 133 y 137.

Confidencialidad

Véase la recomendación 111.

Participación de los acreedores (párrs. 75 a 87)

126. El régimen de la insolvencia debería especificar que los acreedores, estén o no amparados por una garantía, tendrán derecho a participar en el procedimiento de insolvencia, e indicar las funciones que, en el ejercicio de ese derecho, podrán desempeñar.

Voto de los acreedores (párrs. 96 a 98)

127. El régimen de la insolvencia debería especificar los asuntos sobre los que los acreedores deberán votar, y establecer los requisitos que deberán cumplir para poder votar y otros requisitos para las votaciones. En particular, el régimen debería exigir que los acreedores se pronunciaran sobre la aprobación o el rechazo de todo plan de reorganización.

Convocatoria de las juntas de acreedores (párrs. 91 a 94)

128. El régimen de la insolvencia podrá requerir que se convoque a una primera junta de acreedores en un determinado período, tras el auto de apertura, para debatir los asuntos especificados en el régimen. Éste podrá también permitir que el tribunal, el representante de la insolvencia o los acreedores titulares de créditos cuyo valor represente un determinado porcentaje del valor total de los créditos no garantizados puedan solicitar la convocatoria de cualquier otra junta de acreedores, especificando las circunstancias en que podrá convocarse. El régimen de la insolvencia debería especificar a qué parte corresponderá la obligación de notificar la convocatoria a los acreedores.

Recomendaciones 126 a 136 (*continuación*)

Representación de los acreedores (párrs. 88 a 90)

129. El régimen de la insolvencia debería facilitar la activa participación de los acreedores en el procedimiento de insolvencia mediante un comité de acreedores, un representante especial u otro mecanismo de representación[11]. El régimen de la insolvencia debería especificar si es preciso establecer un comité o prever otra forma de representación de los acreedores en todos los procedimientos de insolvencia. Si en un procedimiento hay acreedores de diversas categorías y con intereses muy distintos, y si su participación no se verá facilitada por el nombramiento de un único comité o representante, el régimen de la insolvencia podrá prever el nombramiento de diferentes comités de acreedores o representantes de éstos.

130. Cuando el régimen de la insolvencia permita el nombramiento de un comité de acreedores o de un representante de éstos, debería especificarse claramente la relación entre los acreedores y el comité de acreedores o el representante[12]. Se debería determinar el modo en que habrán de sufragarse los gastos del comité de acreedores.

Acreedores que podrán formar parte del comité de acreedores (párrs. 101 a 106)

131. El régimen de la insolvencia debería determinar los requisitos que deberán cumplir los acreedores para formar parte del comité. Entre los acreedores que no podrían ser nombrados miembros de un comité figurarían las personas allegadas y las que, por alguna razón, no serían imparciales. El régimen de la insolvencia debería especificar si, para que un acreedor tenga derecho a ser nombrado miembro del comité de acreedores, es preciso que su crédito ya haya sido reconocido.

Mecanismo de nombramiento de los miembros del comité de acreedores (párrs. 107 a 109)

132. El régimen de la insolvencia debería establecer un mecanismo para el nombramiento de los miembros del comité de acreedores. Los criterios que pueden adoptarse a este respecto incluyen la selección del comité por los propios acreedores o su designación por el tribunal u otro órgano administrativo.

Derechos y funciones del comité de acreedores (párrs. 110 a 112)

133. El régimen de la insolvencia debería especificar los derechos y funciones del comité de acreedores en el procedimiento de insolvencia, que pueden incluir los siguientes:

---

[11] Véanse los párrafos 2 a 21 *supra* y las recomendaciones 112 y 113, sobre la permanencia en funciones del deudor en caso de reorganización. Si el deudor continúa en posesión de la empresa, el comité de acreedores u otro representante de éstos desempeñará una importante función de supervisión de las actividades del deudor y, de ser necesario, presentará informes al respecto.

[12] En particular, se debería especificar la distribución de las funciones y facultades entre los acreedores y el comité de acreedores, así como el mecanismo para resolver las controversias que surjan entre los acreedores y el comité.

Recomendaciones 126 a 136 (*continuación*)

a) prestar asesoramiento y asistencia al representante de la insolvencia o al deudor en posesión del negocio;

b) participar en la elaboración del plan de reorganización;

c) recibir notificación acerca de todos los asuntos en que las categorías de acreedores que represente tengan intereses, incluida la venta de bienes al margen del curso ordinario de los negocios, así como ser consultado con respecto a estos asuntos;

d) el derecho a solicitar información al representante de la insolvencia en cualquier momento;

e) el derecho a ser oído durante el procedimiento.

Empleo y remuneración de profesionales por parte del comité de acreedores (párr. 112)

134. El régimen de la insolvencia debería permitir al comité de acreedores, con la aprobación del tribunal, seleccionar, contratar y remunerar a los profesionales que pudieran necesitarse para ayudarle a desempeñar sus funciones. El régimen debería especificar la forma en que se sufragarán los gastos y la remuneración de esos profesionales.

Responsabilidad del comité de acreedores (párr. 113)

135. El régimen de la insolvencia debería especificar que los miembros del comité de acreedores estarán exentos de responsabilidad por los actos que realicen como miembros del comité, a menos que se demuestre que han actuado de manera fraudulenta o que han incurrido en una conducta dolosa.

Destitución y sustitución de los miembros del comité de acreedores (párr. 114)

136. El régimen de la insolvencia debería especificar los motivos por los que podrá destituirse a los miembros de un comité de acreedores y prever las disposiciones necesarias para proceder a su sustitución[13].

D. Derecho de la parte interesada a ser oída y a apelar

1. Derecho a ser oído

116. En la mayoría de los regímenes de la insolvencia, los acreedores, como principales beneficiarios de la masa de la insolvencia, y otras partes interesadas gozan de cierto poder para controlar tanto la forma en que se administra la masa como el modo en que el representante de la insolvencia desempeña sus funciones. Este representante, el deudor, el acreedor, el comité de acreedores u otra parte interesada podrán solicitar una medida judicial de amparo, exoneración o de otra índole, conforme al régimen de la insolvencia, o podrán oponerse a las solicitudes análogas que presenten otras partes. Cada

[13] El ejercicio de la facultad de destitución dependerá del método utilizado para el nombramiento del comité.

una de esas partes deberá gozar del derecho a ser oída cuando vea afectados sus derechos, sus títulos sobre bienes o sus deberes dimanantes del régimen de la insolvencia. Cuando un tribunal tenga que dictar una decisión relacionada con la administración de la masa, la parte cuyos intereses se vean afectados normalmente podrá interponer un recurso contra esa decisión ante un tribunal superior, aunque en algunos regímenes ciertos tipos de decisiones no son apelables (por ejemplo, aquéllas por las que se designa al juez supervisor o por las que se abre el procedimiento de insolvencia).

2. Procedimientos de revisión

117. La forma de regular el procedimiento de administración de la masa de la insolvencia viene determinada en gran parte por las normas que rijan los deberes del representante de la insolvencia, los derechos y obligaciones del deudor en virtud del régimen de la insolvencia y la participación activa de los acreedores en el procedimiento de administración, ya sea por separado o a través de un comité de acreedores u otro representante. Por ejemplo, en los regímenes en que se disponga que el representante de la insolvencia deberá obtener la aprobación de los acreedores, o de sus representantes, antes de poder realizar determinados actos, el hecho de que los acreedores intervengan directamente en la adopción de decisiones por lo general excluirá la necesidad de permitir que recaben una revisión judicial de esos actos, salvo cuando el representante de la insolvencia les haya inducido a error.

118. Cuando no se disponga que los actos del representante de la insolvencia deban ser aprobados previamente por los acreedores, tal vez sea apropiado permitir a los acreedores solicitar al tribunal que revise la decisión del representante. Ese procedimiento de revisión puede ser adecuado en el caso de otras partes interesadas cuando los actos del representante les afecten.

119. La mayoría de los regímenes de la insolvencia prevén que las partes interesadas presentarán sus solicitudes de amparo o exoneración, o sus impugnaciones, ante el tribunal. En algunos regímenes se permite que un acreedor entable una acción a título individual, en tanto que en otros se establece que, para tener derecho a iniciar una acción, el acreedor o los acreedores disconformes deben representar un determinado porcentaje del número total de acreedores o un porcentaje del valor total de la deuda, o se exige incluso que la acción sea interpuesta por el comité de acreedores o por los acreedores en general. La aplicación de uno u otro requisito suele depender de los motivos que dan lugar a la impugnación. Otras partes interesadas tendrán derecho a presentar una impugnación o una solicitud de amparo o exoneración cuando se vean afectados sus derechos, sus títulos sobre bienes o sus obligaciones dimanantes del régimen de la insolvencia. Como ya se ha señalado, es necesario hallar un término medio entre el derecho de las partes a ser oídas y la necesidad de una administración eficiente del procedimiento de insolvencia.

3. Derecho de apelación

120. La parte interesada cuya solicitud de amparo o exoneración haya sido rechazada, o que se haya opuesto sin éxito a una solicitud o acto de otra parte, deberá tener derecho a apelar ante un tribunal superior si considera que la decisión del primer tribunal ha sido errónea. La mayoría de los sistemas judiciales prevén una jerarquía de tribunales de apelación, así como procedimientos de recurso. Debería preverse una estructura similar en el caso del tribunal competente que administre el régimen de la insolvencia y de las resoluciones que dicte.

Recomendaciones 137 y 138

Finalidad de las disposiciones legislativas

La finalidad de las disposiciones legislativas sobre la revisión y la apelación es:

a) Velar por que las partes interesadas tengan el derecho a ser oídas y a pedir amparo o exoneración al tribunal cuando se vean afectados sus derechos, sus garantías reales sobre bienes o sus obligaciones en virtud del régimen de la insolvencia, y

b) establecer procedimientos para proporcionar amparo o para la revisión de una decisión judicial.

Contenido de las disposiciones legislativas

Derecho a ser oído y a solicitar una revisión (párrs. 116 a 119)

137. El régimen de la insolvencia debería especificar que toda parte interesada tendrá derecho a ser oída respecto de cualquier cuestión del procedimiento de insolvencia que afecte a sus derechos, obligaciones o garantías reales. Por ejemplo, la parte interesada debería estar legitimada para:

a) impugnar todo acto que requiera aprobación judicial;

b) solicitar que el tribunal revise cualquier acto que no requiera aprobación judicial o cuya aprobación no haya sido solicitada al tribunal; y

c) solicitar cualquier medida de amparo o exoneración que pueda reclamar en el procedimiento de insolvencia.

Derecho de apelación[14] *(párr. 120)*

138. El régimen de la insolvencia debería especificar que toda parte interesada podrá apelar contra cualquier resolución del tribunal que afecte a sus derechos, obligaciones o garantías reales.

---

[14] De conformidad con sus objetivos fundamentales, el régimen de la insolvencia debería disponer que las apelaciones en el procedimiento de insolvencia no dejaran en suspenso las decisiones recurridas, a menos que así lo determinara el tribunal. Ello permitiría que los casos de insolvencia pudieran abordarse y resolverse de forma ordenada, rápida y eficiente y sin perturbaciones indebidas. Los plazos para presentar apelaciones deberían ajustarse a los previstos en el derecho general aplicable, aunque en la insolvencia tienen que ser más breves para evitar la interrupción del procedimiento.

E. Acreedores garantizados

121. Como ya se ha señalado, en algunos regímenes de la insolvencia los derechos de los acreedores garantizados no se ven afectados por la apertura de un procedimiento y los acreedores pueden hacer valer esos derechos sin que ello se vea dificultado en modo alguno por el procedimiento. Sin embargo, en muchos regímenes, los derechos de esos acreedores se ven afectados, por ejemplo, por la aplicación de una paralización del derecho a ejecutar su garantía real, por el procedimiento de la reorganización o por motivos análogos.

122. Los derechos de los acreedores garantizados se examinan en toda la *Guía Legislativa* en el contexto de las disposiciones de un régimen de la insolvencia que puedan afectarles. En lo tocante a algunas cuestiones, la *Guía* se refiere concretamente a esos acreedores y a la forma en que pueden verse afectados por la apertura del procedimiento de insolvencia, como, por ejemplo, con respecto a la constitución de la masa de la insolvencia, la aplicación de la paralización y la financiación posterior a la apertura del procedimiento. Por lo que respecta a otras cuestiones, en el comentario no se hace distinción alguna entre las distintas categorías de acreedores en función de la aplicación del régimen de la insolvencia, y los acreedores garantizados se verán afectados de la misma manera que los demás acreedores.

123. En el anexo I figura una serie de referencias a las secciones de la *Guía* (tanto a los párrafos del comentario como a las recomendaciones) en las que se aborda el trato dado en la insolvencia a los acreedores garantizados y a sus derechos. Sin embargo, para tener una idea completa de la forma en que esos acreedores se ven afectados por la apertura del procedimiento de insolvencia, deberá leerse la *Guía* en su conjunto.

IV. Reorganización

A. Plan de reorganización

1. Introducción

1. En los capítulos precedentes se han examinado en la *Guía Legislativa* varios asuntos relacionados con el procedimiento de reorganización. Un elemento fundamental del procedimiento es el plan de reorganización, y los regímenes de la insolvencia regulan diversos aspectos relativos a ese plan. Entre ellos figuran la naturaleza o forma del plan; el momento en que debe prepararse; a quién se permite prepararlo; su contenido; cómo deberán aprobarlo los acreedores; si se requiere una confirmación judicial; los efectos del plan, y la forma en que deberá ejecutarse.

2. Los planes de reorganización desempeñan diversas funciones según los distintos tipos de procedimiento. En algunos, el plan puede ser la etapa final del procedimiento de reorganización, en que se dispone el pago de un dividendo a título de liquidación completa y final de todas las deudas y la estructura definitiva de la empresa una vez concluida la reorganización. En otros, el plan se puede proponer al abrirse el procedimiento y en él pueden determinarse la forma en que deberá tratarse al deudor y a la empresa durante el período de reorganización, casi como si se tratara de un plan comercial, así como los dividendos previstos y las fechas de pago. También pueden darse circunstancias en que se prepare una especie de plan de reorganización durante un procedimiento de liquidación en que la empresa haya de venderse como negocio en marcha. Este plan puede prever cuestiones como el calendario y el método para efectuar las distribuciones provisionales. El examen que figura a continuación se centra en las cuestiones que se plantearían en un plan propuesto poco tiempo después de la apertura del procedimiento, en el que se abordan la gestión de la empresa durante la reorganización y la transformación de los derechos de las partes para hacer frente a la situación financiera del deudor. Estas consideraciones serán también pertinentes, aunque tal vez no en su totalidad, para otros tipos de planes.

2. Naturaleza o forma del plan

3. La finalidad de la reorganización es lograr que los acreedores perciban lo más posible por sus créditos, que los resultados sean mejores que en caso de la liquidación de la empresa deudora y que las empresas sigan siendo viables, para así preservar los puestos de trabajo de los empleados y las posibilidades comerciales para los proveedores. Al intervenir diversas partes

en el procedimiento de reorganización, cada una puede tener opiniones distintas sobre la mejor manera de lograr los diversos objetivos. Algunos acreedores, como los clientes o proveedores importantes, pueden preferir mantener las relaciones comerciales con el deudor, en vez de que se les reembolse rápidamente su deuda. Algunos acreedores pueden ser partidarios de una participación en el capital social de la empresa y otros no. Lo característico es, pues, que en un caso dado pueda escogerse entre una amplia variedad de opciones. Si un régimen de la insolvencia adopta un criterio prescriptivo respecto de las posibles opciones o de la solución que deberá elegirse en un caso particular, es probable que resulte demasiado restrictivo. Es conveniente que el régimen no limite los planes de reorganización a los destinados solamente a rehabilitar por completo al deudor; prohibir la cancelación de las deudas; limitar la cantidad que se deba pagar finalmente a los acreedores especificando un porcentaje mínimo, o prohibir que se intercambien los créditos por participación en el capital. Un enfoque que no aborde todos los detalles y no prevea esas limitaciones probablemente tendrá la flexibilidad suficiente para permitir que un determinado deudor elija la opción más adecuada entre una serie de posibilidades.

4. En algunos regímenes de la insolvencia se adopta un criterio ilustrativo, en que se enumeran algunas de las posibilidades, pero sin limitarlas ni descartar otras. Las posibilidades pueden abarcar un mero convenio (es decir, un acuerdo para pagar a los acreedores un porcentaje de sus créditos, por lo común a plazos); el mantenimiento de la actividad comercial de la empresa y la posibilidad de venderla como negocio en marcha (y la liquidación ulterior de la empresa del deudor); la transmisión de una parte o de la totalidad de los bienes de la masa a una o más empresas ya existentes o de futura creación; una fusión o consolidación de la empresa del deudor con una o más entidades comerciales; una forma sofisticada de reestructuración de la deuda y del capital social; o alguna otra solución. Es aconsejable dejar que las fuerzas del mercado determinen cuál es la solución comercial más apropiada, si hay realmente alguna o, por lo menos, dejar que lo decidan, en sus negociaciones, el deudor, el representante de la insolvencia, los acreedores y otras partes interesadas.

5. Incluso si no adopta un enfoque prescriptivo para regular la forma o naturaleza del plan, un régimen de la insolvencia puede establecer algunos principios rectores, como, por ejemplo, que la prelación que se conceda a los acreedores en un procedimiento de liquidación se mantenga en el de reorganización; que los acreedores reciban en la reorganización tanto como lo que percibirían en caso de liquidación; que el efecto del plan no sea mantener al deudor en situación de insolvencia, obligándolo a volver al mercado en esas condiciones, y que el plan de reorganización respete las limitaciones fijadas en otras leyes (a menos que se tenga la intención de que el régimen de la insolvencia modifique esas limitaciones), como los controles cambiarios.

3. Propuesta de un plan de reorganización

6. Dos aspectos importantes que conviene regular en relación con las propuestas de planes de reorganización son la etapa del procedimiento en que deberán formularse y la parte o las partes que estarán capacitadas o facultadas para hacerlas. Pueden adoptarse distintos criterios en relación con cada uno de esos aspectos.

a) Momento de presentar la propuesta

7. En lo que respecta al primer aspecto, es decir, el momento en que deba presentarse la propuesta, el criterio que se adopte puede depender de la finalidad o del objetivo de una reorganización concreta o del modo en que se abrió el procedimiento. En algunos regímenes, por ejemplo, se adopta el criterio de que el plan de reorganización debe adjuntarse a la solicitud del procedimiento de reorganización (en cuyo caso la solicitud puede denominarse "propuesta" de reorganización) cuando el procedimiento se inicie a instancia del deudor[1]. Este método puede retrasar la capacidad del deudor para solicitar la apertura de un procedimiento y lograr que se dicte a tiempo una medida favorable mediante la paralización de las acciones entabladas. También puede ser difícil saber, en el momento en que se presenta la solicitud, cuáles son exactamente los objetivos del plan. Si éste se ha elaborado sin consultar a los acreedores ni a otras partes interesadas, pero con la intención de que sea el plan definitivo, tal vez no reciba la aprobación de los acreedores y no pueda ser ejecutado con éxito. Muchos otros regímenes disponen que el plan se negocie y proponga después de la apertura del procedimiento de reorganización. Esta puede ser una opción más flexible, que permita celebrar consultas y negociar un plan de reorganización aceptable mientras el deudor goza de la protección de la paralización. Si se adopta este enfoque, es conveniente prever disposiciones para evitar que abuse del régimen de la insolvencia algún deudor cuya intención no sea proponer un plan, ni esté en condiciones de hacerlo, sino únicamente sacar provecho de la paralización. La cuestión del momento en que deba proponerse el plan también podrá plantear problemas cuando un procedimiento de liquidación pase a ser de reorganización (véanse los párrs. 72 a 75 *infra*).

b) Partes facultadas para proponer un plan

8. En cuanto al segundo aspecto, es posible que las distintas partes que intervienen en el procedimiento de reorganización tengan una capacidad y unas responsabilidades diferentes en lo que concierne a la negociación y la propuesta de un plan de reorganización, según cómo se haya concebido el régimen de la insolvencia y según las funciones que éste atribuya al

---

[1] Este tipo de enfoque no debe confundirse con la solicitud de procedimiento agilizado, que debe ir acompañada del plan propuesto por los acreedores (véase la recomendación 162).

representante de la insolvencia, al deudor y a los acreedores. Por ejemplo, en algunos regímenes estas partes tienen la obligación de cooperar en la negociación y propuesta de un plan. Al determinar a qué parte se permitirá proponerlo o qué partes estarán capacitadas para hacerlo, es conveniente que se establezca un término medio entre la libertad que tenga cada una de ellas para proponer un plan (por ejemplo, si todas las partes pueden proponer un plan, si deberán poder hacerlo al mismo tiempo o si deberán poder presentar las propuestas siguiendo un orden o en función de la aceptabilidad del plan propuesto) y las restricciones que deben necesariamente imponerse al proceso, concretamente los requisitos de aprobación (y de voto), (por ejemplo, si deberán intervenir en la formulación de un plan todos los acreedores que deban aprobarlo), los plazos para la negociación y la propuesta, la posible modificación del plan y otras cuestiones de procedimiento. Es más probable que se logre ese término medio si se adopta un criterio flexible, no prescriptivo, si bien es conveniente que, en aras de la eficiencia, la seguridad jurídica, la previsibilidad y la agilización del procedimiento, el régimen de la insolvencia dé orientación suficiente para lograr que se proponga un plan viable.

i) Propuesta a cargo del deudor

9. Cuando haya que proponer el plan antes de la apertura del procedimiento, será propuesto generalmente por el deudor, pero podrá comportar la negociación con una o más categorías de acreedores, que podrían negociar y acordar un plan, a reserva de su aceptación por otros acreedores o su imposición a las demás categorías de acreedores. Cuando se deba proponer el plan después de la apertura del procedimiento, algunos regímenes de la insolvencia prevén que lo propondrá el deudor, precisando a veces que deberá hacerlo en cooperación con otras partes, como el representante de la insolvencia, los acreedores, un abogado, un contable u otros asesores financieros. Un criterio que entrañe la participación del deudor puede tener la ventaja de alentar a los deudores a recurrir al procedimiento de reorganización en una etapa temprana y, cuando el plan prevea que se mantendrá la empresa del deudor en marcha, podrá aprovecharse al máximo el conocimiento de la empresa por parte del deudor, que puede saber qué medidas son necesarias para que la empresa insolvente vuelva a ser viable. Tal vez haya que conciliar la libertad otorgada al deudor a este respecto con la necesidad de que los acreedores confíen en él y en su propuesta. Las ventajas de este enfoque pueden resultar también evidentes cuando sea necesario contar con la colaboración del personal clave del deudor encargado de la gestión para que la empresa pueda salir adelante (por ejemplo, a causa de su complejidad), o cuando sea difícil reemplazar a este personal a corto plazo.

10. Algunos regímenes de la insolvencia dan al deudor la oportunidad exclusiva de proponer un plan. Otros regímenes adoptan un enfoque gradual, limitando esa oportunidad a un período especificado. El tribunal puede tener

la facultad de prorrogar este plazo si el deudor puede demostrar que la prórroga está justificada y que hay verdaderas posibilidades de que se proponga un plan de reorganización satisfactorio. Cuando expire el período de exclusividad sin que se haya propuesto un plan, otra parte puede proponerlo.

ii) Propuesta a cargo de los acreedores

11. Cuando se requiere que los acreedores aprueben el plan, existe siempre el riesgo de que la reorganización fracase si el plan presentado por el deudor no es aceptable. Por ejemplo, es posible que los acreedores sólo estén dispuestos a aprobar un plan que impida que los titulares de capital social del deudor tengan una participación mayoritaria en ese capital y que, por tanto, controlen su empresa y que también permita relevar de sus cargos de gestión a los directivos de ésta. Si el deudor tiene la oportunidad exclusiva de proponer el plan y se niega a aceptar tales condiciones, se corre el riesgo de que fracase la reorganización y que con ello se perjudique a los acreedores, a los empleados y al propio deudor. Para evitar esta situación, algunos regímenes de la insolvencia disponen que, al preparar su plan, el deudor deberá cooperar y negociar con los acreedores y si, al vencer su período de exclusividad, no ha propuesto un plan aceptable, los acreedores podrán proponer otro (cuya preparación podría estar a cargo de un comité de acreedores). Esta opción puede crear condiciones propicias para que las partes acepten una solución de transacción.

iii) Propuesta a cargo del representante de la insolvencia

12. Otro criterio adoptado por muchos regímenes consiste en dar al representante de la insolvencia la posibilidad de proponer un plan, en vez de encomendárselo al deudor o a los acreedores, o para complementar el plan que preparen éstos. Dado que el representante habrá tenido la ocasión de llegar a conocer bien la empresa del deudor tras la apertura del procedimiento, puede estar en buenas condiciones para determinar las medidas necesarias para lograr que sea viable. También estará probablemente en condiciones de facilitar la negociación del plan entre el deudor y los acreedores. La importancia de prever la participación del representante de la insolvencia dependerá de los principios rectores del régimen y, en particular, de los requisitos para la aprobación del plan por los acreedores o el tribunal. Cuando se exija la aprobación de los acreedores, un plan que prevea propuestas aceptables para éstos tendrá mayores posibilidades de ser aprobado que otro que no cumpla esa condición. Esta consideración tal vez no sea pertinente cuando no sea necesaria la aprobación de los acreedores. Cuando el plan sólo deba ser aprobado por el tribunal, podrá ser necesario formularlo de una manera legalmente establecida para lograr su aprobación. Cuando no se dé al representante de la insolvencia la oportunidad de negociar y proponer un plan ni de participar en el proceso, tal vez sea conveniente

darle la posibilidad de examinar el plan propuesto antes de someterlo a la aprobación de los acreedores y de otras partes.

iv) Propuesta a cargo de varias partes

13. Algunos regímenes de la insolvencia dan a varias partes la posibilidad de proponer un plan. Puede tratarse del deudor, el representante de la insolvencia y los acreedores o el comité de acreedores. Cuando se prevea esa posibilidad, puede ser conveniente adoptar algún procedimiento para evitar que se propongan simultáneamente varios planes divergentes. Si bien en algunos casos esta eventualidad puede propiciar que se proponga un plan de transacción que resulte aceptable para todos los interesados, puede asimismo entrañar el riesgo de que se complique el procedimiento y que dé lugar a confusión, ineficiencia y demoras.

14. Algunos regímenes disponen que el tribunal tome en consideración las opiniones de terceros sobre el plan, por ejemplo, de organismos públicos y sindicatos. Aunque la intervención de esas partes en la negociación del plan, en determinados casos, puede contribuir a que se proponga un plan aceptable, si este requisito se adopta como principio general, puede también complicar y prolongar el procedimiento. Tal vez sólo resulte conveniente cuando, en un caso concreto, beneficie a las partes cuyos intereses sean determinantes para el éxito del plan, y cuando el proceso de negociación sea objeto de una cuidadosa supervisión y se lleve a cabo en un plazo concreto.

c) Plazos para la propuesta de un plan

15. Algunos regímenes de la insolvencia fijan un período posterior a la apertura del procedimiento durante el cual habrá de proponerse un plan. Este plazo puede aplicarse exclusivamente a la propuesta del deudor o con carácter general. Un régimen concreto, por ejemplo, concede al deudor un plazo de 120 días para que proponga un plan; una vez que expire dicho plazo, cualquier otra parte podrá proponer un plan sin límites de tiempo. Los plazos generalmente previstos para la negociación y la propuesta de un plan van de 35 a 120 días tras la apertura, y algunos regímenes permiten que el tribunal prorrogue o acorte el plazo en determinadas circunstancias. Si bien la imposición de plazos puede ser útil para lograr que la reorganización siga adelante sin demora, tal vez haya que conciliar esa ventaja con varios factores, como el riesgo de que los plazos sean demasiado inflexibles e impongan una restricción arbitraria, particularmente en casos de envergadura en que la negociación y la propuesta de un plan puedan requerir mucho más tiempo, por ejemplo, más de 12 meses; el riesgo de que no se cumplan los plazos, especialmente si no se prevén sanciones apropiadas; o el riesgo de que existan circunstancias que no permitan cumplir los plazos (por ejemplo, la falta de recursos). Una solución para obviar el problema de la inflexibilidad consiste en permitir que el tribunal prorrogue el plazo, siempre y cuando la prórroga siga siendo limitada y se restrinja el número posible de prórrogas. Una ventaja de este enfoque es que se exigirá que la parte que solicite la

prórroga demuestre al tribunal que su petición está justificada, es decir, por ejemplo, que hay razones convincentes para la demora (como la necesidad de celebrar más consultas con los acreedores, o porque se han recibido con retraso los peritajes o informes de los asesores profesionales), que la demora no perjudicará los intereses de las otras partes y que, si se concede la prórroga, hay verdaderas posibilidades de que se proponga un plan que sea aprobado por los acreedores.

16. Cuando el régimen de la insolvencia prevea plazos para la negociación y propuesta de un plan, convendrá regular el caso de los procedimientos de liquidación que pasen a ser de reorganización. Los plazos normales que empiezan a correr en la fecha efectiva de la apertura de un procedimiento de liquidación tal vez no resulten fáciles de aplicar en los casos en que los plazos se cuenten a partir de la fecha de la solicitud inicial de apertura y en que se considere que la conversión del procedimiento de liquidación en reorganización no es más que una continuación del primer procedimiento, ya que puede haber transcurrido un intervalo de tiempo considerable entre el comienzo del procedimiento y la conversión.

4. El plan

17. Los resultados del plan dependen de su viabilidad, es decir, de si es posible que, a partir de circunstancias y hechos conocidos y de hipótesis razonables, el plan y el deudor tengan más posibilidades de prosperar. Al determinar si un plan tiene posibilidades de prosperar, se plantean dos cuestiones conexas. La primera es el contenido del propio plan, lo que se propone en él. La segunda es la forma de presentar y explicar las propuestas a los acreedores a fin de que éstos las aprueben.

a) Contenido del plan

18. La cuestión de lo que deberá contener el plan guarda una estrecha relación con el procedimiento de aprobación, es decir, qué acreedores deben aprobarlo y la mayoría requerida para su aprobación, así como con los efectos del plan una vez aprobado, es decir, si será vinculante para los acreedores disconformes y para los acreedores garantizados y quién se encargará de su ejecución y de la gestión que siga a cargo del deudor; y si se exige o no la confirmación judicial del plan. En muchos regímenes de la insolvencia se regula el contenido del plan de reorganización. En algunos se siguen criterios generales, exigiéndose que en el plan se informe en grado suficiente y con claridad a todas las partes sobre la situación financiera del deudor y sobre la transformación de los derechos establecidos por la ley que se proponga en el plan; en cambio, en otros regímenes se imponen requisitos mínimos, como la obligación de prever el pago de ciertos créditos preferentes. Cabe señalar que el plan no tiene por qué alterar los derechos de las distintas categorías de acreedores ni afectarlos en modo alguno.

19. Otros regímenes establecen requisitos más concretos sobre la información relativa a la situación financiera del deudor y las propuestas que pueden incluirse en un plan. La información sobre la situación financiera podría comprender estados financieros sobre el activo y el pasivo y la liquidez del deudor e información relativa a las causas o motivos de su situación financiera. La información relativa a las propuestas del plan podría incluir, en función del objetivo del plan y de las circunstancias de un determinado deudor, detalles sobre las categorías de créditos; los créditos modificados o afectados por el plan y el trato que prevé darse, conforme al plan, a cada categoría de créditos; el mantenimiento o la anulación de los contratos aún no cumplidos en su totalidad; el régimen aplicable a los arrendamientos no vencidos; las medidas y disposiciones aplicables a los bienes del deudor (por ejemplo, transmisión, liquidación o derechos de retención); la venta u otra forma de disponer de los bienes gravados; el procedimiento de información y aceptación; el derecho de los acreedores titulares de créditos impugnados a participar en las votaciones y las disposiciones para dirimir las controversias sobre los créditos impugnados; los arreglos previstos para el personal del deudor; la remuneración del personal directivo de la empresa del deudor; la financiación de la ejecución del plan; la prórroga del plazo de vencimiento o la modificación del tipo de interés o de otras condiciones de las garantías reales pendientes; la función que deberá desempeñar el deudor en la ejecución del plan y la determinación de quiénes responderán de la futura gestión de la empresa del deudor; la satisfacción de los créditos y explicaciones sobre el motivo por el cual los acreedores cobrarán una suma mayor que la que habrían percibido en caso de liquidación; el pago de intereses sobre los créditos; la distribución de una parte o de la totalidad de los bienes de la masa entre las partes que tengan derechos sobre ellos; los posibles cambios en el instrumento fundacional o en el documento constitutivo de la empresa del deudor (por ejemplo, modificación de los estatutos o documento constitutivo) o en la estructura del capital del deudor, o la fusión o consolidación del deudor con una o más personas; la base sobre la cual la empresa podrá proseguir sus negocios y el modo en que podrá reorganizarse con éxito; la supervisión de la ejecución del plan, y el período de ejecución, incluido, en algunos casos, el establecimiento de un plazo máximo reglamentario.

20. En vez de indicar de manera detallada la información que deba figurar en el plan, tal vez sea conveniente que en el régimen de la insolvencia se defina el contenido mínimo de un plan, centrándose en sus objetivos fundamentales y en los procedimientos necesarios para su ejecución. Por ejemplo, el régimen de la insolvencia puede exigir que en el plan se enumeren las categorías de acreedores y cómo se tratará a cada una de ellas conforme al plan; las condiciones del plan (por ejemplo, el régimen aplicable a los contratos y la función que deba seguir desempeñando el deudor); y lo que se requiere para la ejecución del plan (por ejemplo, la venta de bienes o de partes de la empresa, la prórroga de las fechas de vencimiento, los cambios en la estructura del capital de la empresa y la supervisión de la ejecución).

21. El contenido del plan también puede ser fuente de conflictos con otras leyes. Por ejemplo, si el derecho interno no permite la transformación del crédito en acciones, no podrá aprobarse ningún plan que prevea tal medida. Dado que esa conversión puede ser una característica importante del proceso de reorganización, convendría eliminar tal prohibición, al menos en el contexto de la insolvencia, a fin de poder incluir esa medida en el plan y aprobarla. Del mismo modo, si, en virtud de una normativa legal distinta del régimen de la insolvencia, el plan debe limitarse a prever la condonación de la deuda o la prórroga de las fechas de vencimiento, podrá ser difícil que lo aprueben los acreedores. En algunos casos de insolvencia se plantean cuestiones igualmente directas y poco polémicas sobre la relación entre el régimen de la insolvencia y otra legislación. En otros casos pueden surgir problemas más complejos, como la limitación de las inversiones extranjeras y los controles de divisas (especialmente en los casos en que muchos de los acreedores no sean residentes), los derechos que tengan los empleados en virtud de la legislación laboral cuando, por ejemplo, la reorganización pueda requerir la modificación de los convenios colectivos, o problemas relacionados con la legislación tributaria.

22. Existen diversos criterios para abordar estas cuestiones. En algunos Estados el régimen de la insolvencia estará sujeto a las limitaciones previstas en otras leyes, con lo cual pueden verse restringidas las opciones para la reorganización. Otros regímenes permiten que algunas de esas limitaciones, por ejemplo, las relativas a la disposición de los bienes del deudor y la prelación en la distribución, sean rechazadas en determinadas circunstancias, concretamente cuando los acreedores convengan en ello. Al elaborar el régimen de la insolvencia, es conveniente tener en cuenta las limitaciones previstas en otras leyes que afectarán al régimen y también es conveniente, a fin de garantizar la transparencia y la previsibilidad, que el régimen regule expresamente su relación con otras leyes. Cuando sea posible, el régimen de la insolvencia debería señalar las repercusiones de esas otras leyes.

b) Información que debe adjuntarse al plan

23. Los acreedores y otras partes interesadas (por ejemplo, los titulares de acciones) que puedan tener que votar acerca del plan deben tener la certeza de que lo que se propone en él es viable y no se basa, por ejemplo, en hipótesis erróneas, y que su ejecución no dejará al deudor sobrecargado de deudas. Para facilitar esa evaluación, los acreedores y otras partes interesadas deberán recibir información en que se explique lo propuesto en el plan y cómo repercutirá en sus derechos y créditos. Con tal fin, convendría adjuntar al plan presentado a los acreedores y a otras partes una nota informativa que contuviera toda la información necesaria para que todos los interesados pudieran evaluarlo con conocimiento de causa. Ese documento puede ser preparado por un profesional cualificado que pueda evaluar de forma fiable e imparcial las medidas propuestas en el plan, o por la misma parte que lo proponga, sin que para ello deba recurrir necesariamente a los servicios de un

asesor profesional. Cuando el representante de la insolvencia no participe en la formulación de un plan ni en la preparación de la nota informativa, puede ser conveniente exigirle que formule observaciones sobre ambos instrumentos. Cuando los acreedores y las otras partes interesadas no estén de acuerdo con la evaluación pericial o no consideren convincente la información facilitada, podrían tenerse en cuenta sus opiniones durante el proceso de aprobación, permitiendo la modificación del plan propuesto, o en el curso del proceso de confirmación (cuando el régimen de la insolvencia previera tal confirmación).

24. Varios regímenes de la insolvencia contienen disposiciones en que se especifica la información que habrá de proporcionarse a los acreedores y a otras partes interesadas para que puedan evaluar el plan correctamente, información que, según los casos, deberá incorporarse al plan o adjuntarse en otro documento. El requisito de facilitar esa información, apoyado por mecanismos apropiados para obtenerla, cumple el objetivo clave de la transparencia del procedimiento y puede ser útil para que los acreedores adquieran confianza en el procedimiento de insolvencia. No obstante, tal vez deba conciliarse este requisito con las preocupaciones en materia de confidencialidad relacionadas con el acceso a información financiera y comercial potencialmente delicada sobre el deudor a la que puedan tener acceso los acreedores, aun cuando esa información pueda acabar siendo de dominio público a raíz de la aprobación del plan o de su confirmación por el tribunal. Estas preocupaciones pueden obviarse en el régimen imponiendo al deudor, a los acreedores, al representante de la insolvencia y a otras partes interesadas el deber de respetar la confidencialidad de la información. Conviene también no exigir información que no sea de utilidad para evaluar el plan; es preciso centrarse en la información necesaria en un determinado caso para evaluar las propuestas concretas formuladas en el plan.

25. Es conveniente que en el régimen de la insolvencia se especifique la información mínima que deberá facilitarse en la nota informativa. Esta información podría comprender datos sobre la situación financiera del deudor, concretamente sobre el activo y el pasivo y la liquidez de la empresa; información de carácter no financiero que pudiera repercutir en los resultados futuros que podría lograr el deudor (por ejemplo, la disponibilidad de una nueva patente); un resumen del plan; una comparación entre lo que se ofrece a los acreedores en el plan propuesto y lo que percibirían en caso de liquidación; la base sobre la cual podrá mantenerse y reorganizarse la empresa deudora; información sobre los mecanismos de votación por los que se regirá la aprobación del plan, e información que muestre que, habida cuenta de los efectos del plan, se han tomado medidas adecuadas para cumplir todas las obligaciones previstas en él y que el deudor dispondrá de la liquidez necesaria para pagar sus deudas conforme al mismo.

5. Aprobación del plan

a) Cuestiones que deben examinarse

26. Al formularse las disposiciones sobre la aprobación del plan propuesto, deben tenerse en cuenta diversas cuestiones, por ejemplo, si todos los acreedores y titulares de acciones tienen derecho a votar, si la votación debe hacerse por categorías y, en caso afirmativo, cómo deberán determinarse éstas; y la forma en que se tratará a los acreedores que no aprueben el plan ("acreedores disconformes"). Entre los principios que se han de respetar figuran los siguientes: que todo acreedor cuyo derecho pueda verse modificado o afectado por el plan, particularmente si se trata de un acreedor garantizado, sólo quedará obligado por el plan si se le ha dado la oportunidad de votar; que los acreedores garantizados deberán votar por separado de los acreedores ordinarios; que se ha de dar en el plan un mismo trato a todos los acreedores que pertenezcan a una misma categoría, y que los acreedores disconformes que hayan de quedar vinculados por el plan deberán percibir por su crédito una suma no inferior a la que habrían percibido en el marco de un procedimiento de liquidación.

i) Clasificación de los créditos

27. El principal objetivo de clasificar los créditos es dar un trato justo y equitativo a los acreedores, tratando del mismo modo los créditos similares, y asegurar que el plan de reorganización ofrezca las mismas soluciones a todos los acreedores de una determinada categoría. La clasificación es una forma de lograr que los créditos prioritarios o preferentes se traten conforme a las normas de prelación establecidas en el régimen de la insolvencia. Además, así puede resultar más fácil que los titulares de los créditos de mayor cuantía acepten un tratamiento distinto del otorgado a la categoría general de acreedores no garantizados cuando, en aras de la viabilidad del plan, sea necesario ese trato diferenciado. Sin embargo, la clasificación de los créditos puede incrementar la complejidad y los costos de los procedimientos de insolvencia, según el número de categorías establecidas. Otra posible opción para garantizar que los acreedores que deban recibir un trato especial no se vean perjudicados por las decisiones mayoritarias consistirá en dar a esos grupos la oportunidad de impugnar ante el tribunal la decisión de la mayoría de los votantes cuando no hayan recibido un trato justo y equitativo. Esta posibilidad de impugnación puede ser un factor disuasorio para los grupos mayoritarios, que tal vez se abstengan de formular propuestas desfavorables e injustas para los acreedores preferentes.

ii) Trato que se ha de dar a los acreedores disconformes

28. En cuanto al trato que se dará a los acreedores disconformes, será indispensable prever una manera de imponerles un plan aprobado por la mayoría de una categoría de acreedores, a fin de que la reorganización tenga más probabilidades de éxito. También puede ser necesario, según el

mecanismo que se elija para votar sobre el plan y si los acreedores votan por clases, estudiar la posibilidad de que el plan sea vinculante para las categorías de acreedores disconformes y para otras partes afectadas.

29. Para que un plan pueda aprobarse y hacerse valer frente a las partes disconformes, será necesario garantizar que prevea salvaguardias para proteger a esas partes y, en particular, para velar por que sus derechos no se vean injustamente afectados. El régimen podría prever, por ejemplo, que los acreedores disconformes no quedarán vinculados por el plan, salvo que se les otorgue determinado trato. Por regla general, dicho trato debe prever que esos acreedores percibirán, con arreglo al plan, una suma que sea al menos equivalente a la que habrían percibido en el marco de un procedimiento de liquidación. Si se trata de acreedores garantizados, cabe prever que percibirán una suma equivalente al valor de sus garantías reales, mientras que en el caso de los acreedores no garantizados puede ocurrir que los titulares de los créditos de menor cuantía, incluidos los participantes en el capital social, no cobren nada. Cuando el procedimiento de aprobación menoscabe notablemente los créditos de los acreedores y de otras partes interesadas sin su consentimiento (en particular, cuando se trate de acreedores garantizados), existe el riesgo de que más adelante no estén dispuestos a conceder financiación. Por consiguiente, el mecanismo de aprobación del plan y la previsión de salvaguardias apropiadas revisten considerable importancia para la protección de estos intereses.

b) Procedimientos de aprobación

30. Muchos regímenes de la insolvencia prevén la convocatoria de una junta especial de acreedores con el fin de votar sobre el plan de reorganización y exigen que el plan (así como el documento en que se facilite la información requerida, cuando deba hacerse) se haga llegar, en un plazo determinado antes de la convocatoria, a los acreedores y a otras partes interesadas (incluidos los titulares de acciones) que tengan derecho de voto. Algunos regímenes disponen que sólo podrán votar quienes asistan personalmente a la junta de acreedores, mientras que otros permiten que la votación también pueda efectuarse por correo o por poder. Con objeto de facilitar la votación, y habida cuenta de la creciente utilización de los medios electrónicos de comunicación, puede ser conveniente permitir que se vote en persona, a través de un mandatario o por medios electrónicos.

31. Entre otras cuestiones que deben tenerse en cuenta al regular las condiciones de aprobación del plan cabe mencionar las siguientes: si los acreedores y demás partes interesadas deben votar por categorías, en función de sus respectivos derechos; los tipos de créditos (reconocidos a título provisional o definitivo) que se tomarán en consideración para determinar si ha votado favorablemente la mayoría exigida de votantes; si los acreedores garantizados tienen derecho de voto; si se tendrán en cuenta los votos de los acreedores con créditos preferentes al determinar la mayoría requerida; qué otras partes interesadas, además de los acreedores, tendrán derecho a votar, y

el modo en que se tratará a los acreedores que se abstengan o que no participen en la votación. Estas cuestiones se examinan en los párrafos que figuran a continuación.

i) Trato que se otorgará a todo acreedor que se abstenga o no participe

32. Con respecto a la última cuestión, en algunos regímenes se considera que los votantes que se abstienen o que no participan en la votación se han pronunciado en contra de la aprobación del plan. Esta presunción de desaprobación puede ir en detrimento de los acreedores que participaron y votaron, y en la práctica puede hacer muy difícil lograr la mayoría necesaria para aprobar el plan. Otro criterio aplicado por muchos Estados consiste en calcular el porcentaje de apoyo sobre la base del número de partes que intervienen realmente en la votación, estimando que las partes ausentes y los participantes que se abstienen dan muestras de escaso interés por el procedimiento. Este criterio puede dar lugar a que el curso de la reorganización quede en manos de un grupo de acreedores reducido y poco representativo, sobre todo si se tiene en cuenta el fenómeno de la apatía de los acreedores. Es preciso adoptar un criterio equilibrado que facilite la aprobación del plan, garantice que se requiera un grado suficiente de apoyo de los acreedores para su ejecución y evite que se produzcan abusos. Todo ello puede lograrse, con cualquiera de los criterios analizados, previendo la debida notificación de los acreedores y otras partes interesadas, especialmente si no son residentes, y adoptando mecanismos para facilitar y promover una mayor participación en la votación, como el voto por poder y por medios electrónicos.

ii) Aplicación de las presunciones

33. Algunos regímenes de la insolvencia recurren asimismo a presunciones para simplificar los procedimientos de votación. Si, por ejemplo, un plan cancela el crédito de un acreedor o la participación de un propietario en el capital social (y esa parte no percibe nada conforme al plan), cabe presumir que esa parte votará en contra. Por el contrario, cuando el plan no modifica un crédito ni lo afecta, o dispone que se pagará en su totalidad, cabe presumir que el acreedor interesado votará a favor. La utilización de esas presunciones puede reducir también la necesidad de notificar e informar a los acreedores afectados y demás partes interesadas.

c) Aprobación por parte de los acreedores garantizados o de los acreedores que gocen de alguna prelación

i) Necesidad de que voten los acreedores garantizados o los acreedores que gocen de alguna prelación

34. En muchos casos de insolvencia, los créditos garantizados representarán un porcentaje importante del valor de la deuda a cargo del deudor. Cabe adoptar diferentes criterios para regular la aprobación del plan por los acreedores garantizados o por los acreedores que gocen de prelación. No obstante, como principio general, el derecho de voto reconocido a los acreedores garantizados dependerá del modo en que los trate el régimen de la insolvencia, de la manera en que el plan de reorganización pueda afectar a sus garantías reales y del grado en que sus créditos estén cubiertos por el valor de los bienes gravados.

35. Conforme a uno de los criterios, cuando el régimen de la insolvencia no afecte a los acreedores garantizados y, en particular, no les impida hacer valer sus derechos sobre los bienes gravados, no es necesario otorgar a esos acreedores derecho de voto, dado que sus derechos de garantía no se verán afectados por el plan. Del mismo modo, conforme a este criterio, el plan no puede reducir el valor de los créditos de los acreedores privilegiados, que tienen derecho a cobrarlos en su totalidad antes de que se proceda a reembolsar los créditos de los acreedores ordinarios. La desventaja de este criterio, empero, es que puede reducir las probabilidades de que una reorganización prospere cuando los bienes gravados o la modificación de los derechos de esos acreedores sean fundamentales para el éxito del plan. Además, si el acreedor garantizado no queda vinculado por el plan y decide hacer valer sus derechos, por ejemplo, recuperando la posesión del bien gravado y vendiéndolo, puede imposibilitar la reorganización de la empresa. Análogamente, puede haber circunstancias en las que, para garantizar el éxito de una reorganización, se requiera que los acreedores privilegiados perciban sumas inferiores al valor total de sus créditos. Las posibilidades de que prospere una reorganización pueden aumentar si los acreedores privilegiados aceptan que se les pague a plazos y si los acreedores garantizados acceden a que se modifiquen las condiciones de la deuda garantizada. Si estos acreedores no quedan incluidos en el plan ni se les reconoce su derecho a votar sobre las propuestas que afecten a sus derechos, no será posible modificar estos derechos.

ii) Clases de acreedores garantizados y acreedores que gozan de prelación

36. Reconociendo la necesidad de que los acreedores garantizados y los que gocen de prelación participen, un segundo criterio prevé que todos esos acreedores deberán votar por categorías y por separado de los acreedores ordinarios sobre todo plan que pueda modificar las condiciones de sus créditos o afectarlas, o deberán otorgar su consentimiento a dicho plan de

algún otro modo. El criterio de que los acreedores garantizados y con prelación puedan votar aparte y por categorías ofrece una salvaguardia mínima de que sus intereses serán debidamente amparados y supone el reconocimiento de que los derechos y garantías reales de los acreedores garantizados o que gocen de alguna prelación difieren de los correspondientes a los acreedores ordinarios. Ahora bien, en muchos casos, los créditos de los acreedores garantizados y los de los acreedores con alguna prelación diferirán también entre sí, por lo que tal vez no proceda exigir a todos ellos que voten en el marco de una única categoría. En esos casos, algunos regímenes prevén que cada acreedor garantizado con derechos separados sobre los bienes gravados constituirá una categoría aparte. Esos regímenes también prevén que, cuando los acreedores garantizados votan como una sola categoría (por ejemplo, cuando hay múltiples titulares de bonos que están garantizados por los mismos bienes), la mayoría requerida será en general la misma que la requerida para la aprobación del plan por los acreedores ordinarios, pese a que conforme a algunos regímenes la mayoría exigida será distinta según cómo puedan verse afectados los derechos de los acreedores garantizados por el plan (por ejemplo, un régimen exige una mayoría de tres cuartos para el supuesto de que se vaya a prorrogar la fecha de vencimiento de los créditos y de una mayoría de cuatro quintos para los supuestos de que los créditos garantizados puedan verse menoscabados de algún otro modo). De manera análoga, cada categoría de créditos privilegiados constituirá una categoría separada con arreglo a esos regímenes.

37. Cuando los acreedores garantizados votan por clases, algunos regímenes de la insolvencia prevén que, si la mayoría de votantes exigida para esta clase aprueba el plan, los miembros disconformes de esa clase quedarán vinculados por el plan, a reserva de ciertas salvaguardias. El régimen de la insolvencia puede prever, por ejemplo, que esos acreedores sólo quedarán obligados por el plan cuando perciban, con arreglo a éste, al menos la misma cantidad que habrían cobrado en caso de liquidación, o, conforme a otros regímenes, si el plan prevé que, dentro de un determinado plazo, se les pagarán totalmente sus créditos, limitando la suma pagadera al valor de sus garantías reales, junto con intereses al tipo vigente en el mercado. Otros regímenes de la insolvencia disponen que el plan no podrá imponerse a los acreedores garantizados a menos que lo consientan. Existe una dicotomía similar con respecto a los créditos privilegiados. Algunos regímenes permiten que el pago se efectúe dentro de cierto plazo, siempre y cuando se preserve el valor actual de los créditos. Otros sólo permiten la modificación de los créditos con el consentimiento de los acreedores que gocen de prelación.

iii) Caso en que los acreedores garantizados no están plenamente amparados por una garantía

38. Cuando el valor del bien gravado no cubra íntegramente el importe del crédito de un acreedor garantizado, varios regímenes de la insolvencia prevén que esos acreedores garantizados votarán junto con los acreedores ordinarios

no garantizados respecto de la parte no cubierta de su crédito. Esta situación puede plantear difíciles problemas de valoración a la hora de determinar si un acreedor garantizado está realmente garantizado y en qué medida lo está. Por ejemplo, cuando tres acreedores tengan garantías reales sobre un mismo bien, puede ocurrir que el valor de ese bien sólo permita satisfacer el crédito que, conforme al orden de prelación, figure en primer lugar y parte del que figure en segundo lugar. Por lo tanto, el segundo acreedor podrá tener derecho a votar únicamente respecto de la parte no garantizada de su crédito, mientras que el tercer acreedor quedará totalmente sin garantía. Por tanto, la valoración del bien es crucial para determinar hasta qué punto los acreedores garantizados estarán realmente amparados por una garantía y tendrán derecho a votar como acreedores sin garantía respecto de toda parte no garantizada de su crédito.

39. Al determinar qué criterio debe adoptarse sobre esta cuestión, será importante evaluar las repercusiones que el criterio aplicado puede tener sobre la oferta y el costo de la financiación garantizada y dar a las disposiciones la máxima certeza y previsibilidad, teniendo en cuenta, a la vez, los objetivos del régimen de la insolvencia y las ventajas que supondrá para la economía el éxito de una reorganización.

d) Aprobación por parte de los acreedores ordinarios no garantizados

40. Puede recurrirse a distintos mecanismos para lograr que los acreedores no garantizados puedan votar en forma eficiente y efectiva respecto de la aprobación de un plan. Cualquiera que sea el mecanismo elegido, es conveniente que sea lo más sencillo posible y que figure claramente enunciado en el régimen de la insolvencia para garantizar previsibilidad y transparencia.

i) Categorías de acreedores no garantizados

41. En varios regímenes de la insolvencia no se considera la posibilidad de dividir a los acreedores no garantizados en diferentes categorías y deben votar juntos en un solo grupo.

42. Los Estados que han establecido categorías de acreedores garantizados y de acreedores privilegiados también suelen disponer que se divida a los acreedores ordinarios no garantizados en varias categorías, en función de sus diversos intereses económicos. El establecimiento de esas categorías tiene por objeto mejorar, al menos de tres modos, las perspectivas de éxito de la reorganización, al proporcionar un medio útil para determinar los diversos intereses económicos de los acreedores ordinarios, un marco para estructurar el plan y velar por que se otorgue el mismo trato a todos los acreedores de una misma categoría y un medio al que el tribunal pueda recurrir para declarar que el plan será vinculante para las categorías de acreedores disconformes, invocando el apoyo de la mayoría requerida de los acreedores de cierta categoría. Dado que la distribución de los acreedores ordinarios en

categorías distintas puede complicar el procedimiento de votación, tal vez sólo proceda efectuarla cuando existan razones imperiosas para otorgar un trato especial a ciertos acreedores ordinarios sin garantía alguna, como pudiera ser el hecho de que exista un gran número de acreedores sin un interés económico común a los que el plan vaya a ofrecer un trato divergente. Los criterios para determinar si hay intereses comunes podrán comprender el carácter de las deudas que hayan dado lugar a los créditos y los recursos de que puedan disponer los acreedores en caso de no aprobarse un plan de reorganización, incluida la posibilidad de que los acreedores puedan cobrar sus créditos ejerciendo tales recursos. Cuando haya un escaso número de acreedores no garantizados o cuando sus intereses sean similares, tal vez no sea necesario que voten divididos en categorías, con lo cual se simplificaría el procedimiento de votación.

ii) Determinación de las categorías

43. Algunos regímenes de la insolvencia concretan el modo en que deben determinarse las categorías de acreedores ordinarios no garantizados o de créditos a efectos de la aprobación del plan de reorganización. Un criterio consiste en clasificar los créditos basándose en la exigencia de intereses comunes o sustancialmente similares o en el valor de los créditos. Cuando el criterio sea la comunidad o similitud de intereses, la parte que proponga el plan puede dar muestras de cierta flexibilidad al decidir los créditos que entrarán en un determinado grupo. Otros criterios consisten en que el representante de la insolvencia formule recomendaciones al tribunal antes de que los acreedores voten, o en que las categorías sean determinadas de entrada por el deudor, que dispondrá de cierta flexibilidad limitada para decidir qué acreedores formarán parte de las distintas categorías, en función de sus créditos; los acreedores no garantizados que estén disconformes con la categoría que se haya asignado a sus créditos podrán solicitar que el tribunal se ocupe de la cuestión.

e) Aprobación por los titulares de acciones

44. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que los titulares de acciones aprueben los planes, al menos cuando puedan afectar a la forma de la empresa, a la estructura de su capital o a la composición del grupo de accionistas de la empresa deudora. También cabe esperar que los accionistas voten cuando sean beneficiarios de la distribución prevista en el plan. Cuando esos titulares tengan derecho de voto se les deberá dar todo aviso o información que deba facilitarse a los demás acreedores que tengan ese derecho. Cuando la dirección de la empresa deudora proponga un plan, es posible que dichos titulares ya hayan aprobado las condiciones del plan (según sea la estructura de la empresa deudora, su escritura de constitución puede requerir tal aprobación). Esto sucede con frecuencia cuando el plan afecta directamente a los accionistas, mediante la conversión de la deuda en

capital social, ya sea transfiriendo acciones ya existentes o emitiendo nuevas acciones.

45. Cuando el régimen de la insolvencia permita a los acreedores o al representante de la insolvencia proponer un plan, y cuando éste prevea la conversión de la deuda en capital social, algunos Estados permiten que se apruebe el plan aunque se opongan a él los titulares de acciones, independientemente de lo que se disponga en la escritura de constitución de la empresa deudora. Esos planes pueden dar lugar a que, en la nueva empresa, los intereses de dichos titulares se vean totalmente relegados sin su consentimiento.

f) Personas allegadas

46. Algunos regímenes de la insolvencia prevén que las personas allegadas no podrán votar junto con los demás acreedores respecto de la aprobación del plan, o que sus votos no contarán para decidir otras cuestiones, como la de determinar si una categoría de acreedores afectada ha aceptado el plan (cuando esto constituya un requisito para su aprobación). Sin embargo, muchos regímenes no regulan específicamente la cuestión de las personas allegadas. En esos casos, éstas votan, en general, del mismo modo que los demás acreedores. Sin embargo, esas personas por lo común estarán sujetas a otras leyes en lo relativo a sus tratos personales con el deudor y con su empresa.

g) Requisitos para la aprobación del plan

47. Muchos regímenes de la insolvencia exigen un nivel mínimo de apoyo de los acreedores para que el plan quede aprobado. La mayoría necesaria puede calcularse de diversas maneras, según que los acreedores voten o no por categorías, según el peso relativo que se dé a esas diferentes categorías al determinarla, y también, como ya se ha señalado, según que el régimen de la insolvencia exija la mayoría de los acreedores votantes o la de todos los acreedores.

i) Votaciones sin diferenciación de categorías

48. Si los acreedores no votan por categorías, puede fijarse una mayoría que represente una proporción o un porcentaje del valor de los créditos o del número de acreedores, o una combinación de ambos factores. Algunos regímenes exigen, por ejemplo, que el plan esté respaldado por acreedores cuyos créditos representen dos tercios o tres cuartos del valor total de la deuda y por más de la mitad o por dos tercios del número de acreedores. Aunque estas proporciones se aplican generalmente a los acreedores votantes, hay regímenes que fijan porcentajes combinados del valor total de la deuda y del número total de acreedores, prescindiendo de si votan o no (véase el párr. 32 *supra*). Se prevén también otras combinaciones.

ii) Votaciones por categorías de acreedores

49. Si los acreedores votan por categorías, se adoptan muy diversos criterios para determinar cuándo se ha aprobado un plan. Estos criterios pueden ser algo complejos y entrañar requisitos para la aprobación por una determinada categoría o por todas ellas, con mayorías determinadas por referencia, en algunos casos, solamente a los acreedores votantes y, en otros, al número total de acreedores, independientemente de que voten o no. Cualquiera que sea el criterio que se adopte, deberá ser claramente enunciado en el régimen de la insolvencia a fin de dotar de una mayor seguridad jurídica y transparencia al procedimiento de reorganización en beneficio de las partes.

a. Mayoría de una determinada categoría de acreedores

50. Algunos regímenes de la insolvencia exigen que el plan sea aprobado por una mayoría de los acreedores de una determinada categoría, requiriéndose una mayoría que represente un cierto porcentaje o proporción del valor de los créditos o una mayoría numérica de acreedores, o una combinación de ambas cosas. Si bien el requisito de una mayoría basada a la vez en el valor de los créditos y en el número de los acreedores dificulta la aprobación del plan, puede justificarse por el hecho de que protege el carácter colectivo de los procedimientos. Por ejemplo, si un único acreedor posee más del 50% del valor de los créditos, dicha mayoría combinada impedirá que ese acreedor imponga el plan a todos los demás acreedores en contra de su voluntad. Del mismo modo, ese doble requisito puede impedir que un acreedor mayoritario haga fracasar el plan en detrimento de otros acreedores, aunque hay ejemplos de regímenes que otorgan a los acreedores que tengan más de un determinado porcentaje del valor total de los créditos la facultad de vetar la aprobación de un plan o de obligar a mejorar las condiciones del plan en beneficio de todos los acreedores. El requisito de una mayoría del valor de los créditos y del número de acreedores impedirá también que un gran número de acreedores con créditos de un valor reducido impongan su decisión a unos pocos acreedores con créditos cuantiosos. Algunos regímenes de la insolvencia contienen disposiciones en virtud de las cuales, aun cuando una mayoría de los acreedores apoye un plan, si esos acreedores representan menos de un determinado porcentaje del valor total de los créditos (por ejemplo, alrededor del 25% o el 30%), el tribunal podrá no confirmar el plan. Ese requisito puede estar justificado por el hecho de que contribuye a que se apruebe el plan con un apoyo suficiente para poder ejecutarlo con éxito.

b. Mayoría de todas las categorías de acreedores

51. En otros regímenes se exige que todas las categorías de acreedores apoyen el plan para que éste se apruebe. Sin embargo, en algunos de ellos se permite que un plan apoyado por algunas categorías sea vinculante para otras que no lo apoyen. Por ejemplo, puede requerirse el apoyo de una mayoría simple de todas las categorías o, cuando no apoye el plan la mayoría de las categorías, podrá declararse vinculante para las categorías de acreedores

disconformes que no lo apoyen, a condición de que el tribunal esté convencido de que se cumplen ciertas condiciones. Un régimen, por ejemplo, divide los créditos en tres categorías y dispone que el plan debe ser aprobado por al menos dos de ellas y que, en caso de liquidación, al menos una de las categorías que lo aprueben no cobraría íntegramente el importe de sus créditos. Conforme a otra variante, al menos una de las categorías que aprueben el plan verá modificados o afectados sus derechos por éste, para lograr que no sólo apoyen el plan los acreedores cuyos derechos no sean modificados o afectados. Otros regímenes disponen que el respaldo del plan por las categorías de acreedores no garantizados no podrá forzar la aprobación de un plan al que se opongan los acreedores garantizados. Más adelante, en los párrafos 54 a 63, se examinan con más detalle los requisitos para que un plan sea considerado vinculante para las categorías de acreedores disconformes.

6. Imposibilidad de aprobar un plan propuesto

a) Modificación del plan propuesto

52. Sea cual sea el mecanismo elegido para la votación, es conveniente que el régimen de la insolvencia sea suficientemente flexible para que el plan presentado sea negociado por los acreedores y otras partes interesadas durante el procedimiento de votación con miras a que obtenga un amplio apoyo. Cuando esa negociación no sea posible y la votación se limite al plan propuesto, pueden disminuir las posibilidades de que sea aprobado. Podrá lograrse cierta flexibilidad si se permite que una mayoría de acreedores vote a favor de que se aplace la junta, si se considera que prolongando las negociaciones podrán obtenerse resultados favorables o resolverse las controversias y cuestiones pendientes. Sin embargo, al igual que con muchas otras disposiciones del régimen de la insolvencia, es conveniente limitar las circunstancias en que pueda aplazarse la junta o, al menos, el número de veces que podrá aplazarse, y tal vez imponer plazos para agilizar la renegociación del plan y para prevenir abusos.

b) Desaprobación del plan

53. Cuando no se apruebe un plan de reorganización y cuando su renegociación y modificación no permitan resolver las dificultades con que se tropiece, el régimen de la insolvencia puede prever distintas formas de seguir adelante. En algunos regímenes se considera que, si no se aprueba el plan, cabe deducir que los acreedores son partidarios de que se liquide la empresa, en cuyo caso el procedimiento de reorganización puede pasar a ser liquidación (véanse los párrs. 72 a 75 *infra*). Este criterio puede inducir a los deudores a proponer un plan aceptable, aunque con las oportunas salvaguardias para evitar abusos cuando la liquidación no beneficie a todos los acreedores. Otros regímenes disponen que el procedimiento de reorganización sea sobreseído. En muchas circunstancias este criterio

presenta la desventaja de dejar al deudor en un estado de precariedad financiera en que puedan acumularse más deudas y en que pueda disminuir el valor de los bienes, y puede además tener el inconveniente de aplazar la apertura de un procedimiento de liquidación que puede ser inevitable (este criterio se examina con más detalle en el párr. 71 *infra*).

7. Vía para que el plan sea vinculante para los acreedores disconformes

54. Como ya se ha señalado, algunos Estados que permiten votar sobre la aprobación de un plan a los acreedores garantizados y a los acreedores privilegiados y que prevén la creación de distintas categorías de acreedores no garantizados también incluyen un mecanismo en cuyo marco, si un plan recibe el apoyo de una o varias categorías de acreedores, puede declararse vinculante para las demás categorías de acreedores que lo desaprueben (comprendidas, en ciertos regímenes, categorías de acreedores garantizados y de acreedores privilegiados). Se trata de la disposición denominada a veces de "imposición" (*cram-down*). Cuando se incorporan tales disposiciones al régimen de la insolvencia, éste suele prever también condiciones para garantizar la protección de los intereses de esas categorías de acreedores disconformes. Entre esas condiciones cabe citar las siguientes: que el plan haya obtenido la aprobación requerida y que se haya seguido el procedimiento prescrito para tal aprobación; que los acreedores cobren al menos una suma no inferior a la que habrían percibido en el marco de un procedimiento de liquidación; que el plan no disponga nada que sea contrario al régimen de la insolvencia ni a ninguna otra norma jurídica aplicable; que se pague plenamente todo crédito o gasto administrativo, de no haber consentido su beneficiario alguna modificación al respecto, y que los créditos de las categorías de acreedores que no hayan respaldado el plan sean tratados en éste de conformidad con el rango que les corresponda en virtud del régimen de la insolvencia (es decir, que se reembolse plenamente a dichos acreedores, sea en efectivo o en especie, como por ejemplo, mediante la entrega de acciones (u otros valores) bursátiles, con anterioridad al reembolso de todo crédito de rango inferior). Dado que por lo general corresponde al tribunal determinar si se han cumplido esas condiciones, la cuestión se examina en la siguiente sección.

55. Algunos regímenes de la insolvencia otorgan al tribunal la facultad para ordenar que los acreedores garantizados queden obligados por el plan, siempre que esté convencido de que se cumplen determinadas condiciones. Éstas pueden comprender, por ejemplo, que la ejecución de la garantía real por el acreedor garantizado tenga consecuencias muy negativas para el logro de los objetivos del plan; que las garantías reales del acreedor garantizado estén suficientemente amparadas por el plan y que éste no agrave ni haga empeorar la situación de los acreedores garantizados (por ejemplo, que se pagarán los intereses futuros y que el valor de los bienes gravados constituidos en garantía no se verá afectado). Disposiciones análogas

permiten al tribunal declarar que los acreedores que gocen de prelación quedarán obligados por el plan si van a percibir el valor total de su crédito prioritario y los intereses correspondientes que preserven el valor actual de ese crédito.

8. Confirmación judicial del plan

56. No todos los Estados exigen la confirmación judicial de un plan que haya sido aprobado por los acreedores; en algunos, la aprobación por la mayoría requerida de acreedores es todo lo que se exige para que el plan surta efecto, y los acreedores disconformes quedarán obligados en virtud del régimen de la insolvencia. En esos ordenamientos, el tribunal podrá, no obstante, intervenir en la revisión del plan si los acreedores disconformes u otras partes interesadas, incluido el deudor, impugnan el plan propiamente dicho o los medios que se hayan utilizado para aprobarlo. En cambio, otros Estados exigen que, para que el plan surta efecto y sea vinculante, el tribunal confirme su aprobación.

a) Impugnación de la aprobación del plan

57. Muchos regímenes de la insolvencia prevén que la aprobación del plan por los acreedores podrá impugnarse ante el tribunal. La manera en que se examinen estas impugnaciones dependerá del mecanismo utilizado para dar eficacia al plan. Si, por ejemplo, no se requiere la confirmación del plan por el tribunal, los acreedores disconformes u otras partes interesadas, incluido el deudor, podrán impugnarlo ante el tribunal después de la votación de aprobación. Cuando el régimen de la insolvencia requiera la confirmación judicial de un plan aprobado, la impugnación podrá formularse en la sesión del tribunal en que éste deba pronunciarse sobre la confirmación. En el régimen deberán especificarse las partes que podrán impugnar la aprobación del plan y el momento en que podrá impugnarse, en particular cuando el motivo de la impugnación sea el dolo. En tal caso, en cualquier plazo que se fije para impugnar la aprobación puede ser necesario hacer referencia al momento en que se haya descubierto el dolo. Además, el régimen deberá regular las consecuencias de que el tribunal falle a favor de la impugnación. Podrá permitir, por ejemplo, nuevas oportunidades para el examen y la aprobación de un plan, si ese criterio es apropiado para contrarrestar el motivo por el que prosperó la impugnación, o disponer que el procedimiento pase a ser de liquidación.

58. Varios regímenes de la insolvencia establecen las razones para impugnar un plan. Entre ellas puede figurar el hecho de que la aprobación se haya conseguido mediante dolo (por ejemplo, proporcionando información falsa o equívoca a los acreedores y a otras partes interesadas, u ocultando información importante sobre el plan de reorganización o la situación financiera del deudor); que haya habido alguna irregularidad en el procedimiento de votación (por ejemplo, que en él hayan participado personas allegadas cuando no lo permita el régimen de la insolvencia, o que la decisión

de aprobar el plan sea incompatible con los intereses generales de los acreedores); que haya habido alguna irregularidad en la manera de organizar y celebrar la junta en que se haya efectuado la votación (por ejemplo, si no se ha notificado debidamente la celebración de la reunión); que las propuestas enunciadas en el plan se hayan presentado de forma incorrecta, o que en el plan figuren disposiciones contrarias a la ley; que el plan no sea viable (por ejemplo, si para que pueda ejecutarse con éxito es preciso contar con bienes gravados, pero los acreedores garantizados no están vinculados por el plan y no se ha llegado a ningún acuerdo con los acreedores garantizados pertinentes sobre la ejecución de sus derechos reales de garantía); que el plan no cumpla los requisitos de protección de los acreedores disconformes dentro de una determinada categoría (por ejemplo, si, conforme al plan, cobrarán menos de lo que habrían percibido en caso de liquidación); que las propuestas perjudiquen injustamente los intereses de quien impugne el plan; o que el tratamiento de los créditos en el plan no se ajuste al orden de prelación de los créditos previsto en el régimen de la insolvencia (a menos que se haya acordado modificar ese orden).

59. Como es probable que todos los acreedores se vean de algún modo perjudicados por el procedimiento de reorganización, para que un acreedor pueda impugnar con éxito la aprobación de un plan porque cause perjuicios o sea injusto se requerirá, en general, que dicho acreedor sufra un daño o perjuicio superior al que el plan ocasione a otros acreedores o a otras categorías de acreedores. Si el acreedor que impugna el plan votó a favor de su aprobación, los motivos de impugnación podrán limitarse, por ejemplo, al dolo y a otras irregularidades.

b) Medidas necesarias para la confirmación judicial

60. Cuando el régimen de la insolvencia exija que el tribunal confirme un plan, se supone que confirmará un plan aprobado por la mayoría requerida de acreedores (tanto si han votado por categorías como si lo han hecho de otra forma). Como ya se ha señalado, muchos Estados permiten a los tribunales desempeñar un papel activo declarando un plan vinculante para una categoría de acreedores que no lo haya aprobado e imponiéndoles su ejecución. Esto puede hacer necesario que el tribunal asuma una función de carácter jurídico formal; no se trata de que el tribunal tenga que examinar las razones comerciales por las cuales los acreedores votaron a favor del plan, sino más bien de asegurarse de que el plan se haya aprobado debidamente (es decir, de que no se haya cometido dolo en el proceso de aprobación) y de que se hayan cumplido ciertas condiciones.

61. Como ya se ha indicado (párr. 54), estas condiciones pueden ser análogas o idénticas a las exigibles para impugnar la aprobación del plan: que las categorías de acreedores que opongan objeciones al plan participen en sus beneficios económicos; que las categorías de acreedores disconformes cobren conforme al plan lo mismo que habrían percibido en caso de liquidación; que ningún acreedor perciba una suma superior al valor total de su crédito; que en

el plan se respete el orden normal de prelación de los créditos previsto en el régimen de la insolvencia, y que los acreedores con un grado de prelación similar sean tratados en pie de igualdad. Algunos regímenes de la insolvencia permiten que las categorías de acreedores no garantizados sin derecho a prelación consientan, mediante el voto favorable de la mayoría requerida en su categoría respectiva, en que no se les dé la prioridad que les correspondería, en virtud del régimen de la insolvencia, a efectos de la distribución en el marco de una liquidación. Por ejemplo, una categoría de acreedores ordinarios sin garantía que no vayan a cobrar íntegramente sus créditos podría consentir que se pagara antes a una categoría subordinada de titulares de créditos o de capital social de la empresa deudora. En general, los créditos y gastos relativos a la administración de la masa o que gocen de prelación deberán pagarse en su totalidad para que pueda confirmarse el plan de reorganización, salvo que el titular de tales créditos o las personas a las que deban reembolsarse tales gastos acepten un trato diferente. Algunos regímenes exigen que el tribunal tome en consideración otros factores como, por ejemplo, si el plan puede considerarse equitativo para las categorías de acreedores cuyos intereses sean modificados o se vean afectados por él, pero que no obstante lo hayan aceptado.

62. Algunos regímenes de la insolvencia autorizan también al tribunal a rechazar un plan si estima que no es viable o que resulta imposible de ejecutar, desde un punto de vista práctico más que económico. Este criterio puede estar justificado, por ejemplo, cuando los acreedores garantizados no estén vinculados por el plan, pero éste no prevea el pago íntegro de sus créditos garantizados. En tal situación, el tribunal puede rechazar el plan, ante la posibilidad de que los acreedores garantizados hagan valer sus derechos sobre los bienes gravados, imposibilitando así la ejecución del plan. Ese riesgo debería preverse en las disposiciones que regulen la preparación y aprobación del plan.

63. Cuanto más complejas sean las decisiones que se pida al tribunal que adopte respecto de la aprobación o la confirmación del plan, más importantes serán los conocimientos y la pericia que precisarán los jueces y mayores serán las posibilidades de que intervengan y juzguen los motivos eminentemente comerciales por los que los acreedores opten por aprobar o rechazar un plan. Es sumamente aconsejable, en particular, que el régimen de la insolvencia no requiera ni permita que el tribunal se pronuncie acerca de los criterios económicos y comerciales por los que se hayan guiado los acreedores en su decisión (ni siquiera acerca de cuestiones de equidad que conciernan más al fondo de lo que se haya convenido en el plan que al procedimiento seguido para su aprobación), ni tampoco se deberá pedir al tribunal que examine los pormenores del plan en términos de su viabilidad económica, salvo que se definan claramente las circunstancias en las que pueda ejercerse esa facultad o que el tribunal goce de la competencia o de la experiencia requeridas para pronunciarse sobre los aspectos comerciales o económicos. Por estas razones, es conveniente que los requisitos de

aprobación del plan por los acreedores y de confirmación por el tribunal estén cuidadosamente formulados para reducir al mínimo la posibilidad de que se planteen problemas como los examinados.

9. Efectos de un plan aprobado y, cuando proceda, confirmado

64. Una vez que la mayoría necesaria de acreedores y titulares de acciones haya aprobado el plan y que, cuando proceda, lo haya confirmado el tribunal, los regímenes de la insolvencia disponen, en general, que el plan obligue a todos los acreedores ordinarios no garantizados que se vean afectados por él, incluidos los acreedores que hayan votado a favor del plan, los acreedores disconformes, los que no participaron en la votación y los titulares de acciones. Algunos regímenes prevén también que el plan será vinculante para los directivos de la empresa del deudor, así como para las demás partes que determine el tribunal. Algunos regímenes establecen que las partes vinculadas no podrán solicitar al tribunal que se liquide la empresa deudora (excepto en determinadas circunstancias, como, por ejemplo, cuando fracase la ejecución del plan o cuando el deudor incumpla las obligaciones que le imponga); tampoco podrán iniciar ni continuar actuaciones judiciales contra el deudor, ni proseguir la ejecución sin la aprobación del tribunal. Algunos regímenes disponen asimismo que, una vez que los acreedores hayan aprobado el plan y que, cuando proceda, lo haya confirmado el tribunal, se devuelva al deudor el control de los bienes de la masa de la insolvencia para que ejecute el plan (a menos que en éste se prevea otra cosa), y el deudor pueda obtener la exoneración de sus deudas y obligaciones con arreglo al plan.

10. Impugnaciones del plan después de su confirmación por el tribunal

65. Muchos de los regímenes de la insolvencia que requieren la confirmación judicial del plan prevén que el plan podrá ser impugnado ante el tribunal después de que éste lo haya confirmado (en algunos casos, en determinado plazo). Dado que el tribunal, para confirmar un plan, debe cerciorarse de que se hayan cumplido varias condiciones, los motivos de impugnación de un plan después de su confirmación serán, en general, más limitados que los que puedan alegarse al impugnarlo en el momento de su confirmación y quedarán restringidos, por ejemplo, al dolo. Cuando el régimen de la insolvencia permita impugnar el plan después de su confirmación, puede ser conveniente fijar el plazo de impugnación a partir de la fecha en que se haya descubierto el dolo y especificar quién podrá ejercer el derecho de impugnación. Si el tribunal falla a favor de la parte que impugne un plan ya confirmado, el régimen de la insolvencia puede prever diversas consecuencias. Por ejemplo, puede anularse el plan y convertir la reorganización en un procedimiento de liquidación. Otra posibilidad es declarar el procedimiento inadmisible y devolver al deudor el control sobre los bienes. Este último enfoque no resuelve las dificultades financieras del deudor y puede simplemente retrasar la apertura del procedimiento de

liquidación, provocando una mayor disminución del valor de los bienes del deudor antes de que finalmente se abra el procedimiento de liquidación. Al determinar las medidas más adecuadas en esas circunstancias, convendrá tomar en consideración en qué medida el plan ya se haya ejecutado, cómo habrá que tratar las medidas adoptadas en la ejecución, como, por ejemplo, los pagos a los acreedores, y hasta qué punto cabe responder a los motivos que hayan determinado el éxito de la impugnación del plan.

11. Modificación del plan después de su aprobación por los acreedores

66. El régimen de la insolvencia también puede prever la posibilidad de modificar en cierta medida un plan ya aprobado por los acreedores (antes y después de su confirmación judicial) si fracasa su ejecución o es total o parcialmente inviable, y si con la modificación puede resolverse el problema planteado. Entre los regímenes que permiten modificar el plan, algunos disponen que sólo podrá modificarse si los cambios propuestos redundan en beneficio de los acreedores. Otros regímenes disponen que el plan podrá modificarse si las circunstancias lo justifican y si, una vez modificado, sigue satisfaciendo los requisitos del régimen de la insolvencia relativos, por ejemplo, al contenido, a las categorías de acreedores y a la notificación que debe dárseles. En general, se permitirá a toda parte interesada proponer en todo momento modificaciones del plan. El único límite temporal aplicable sería el del momento de la aprobación judicial de la modificación. Para ello, es preciso que el procedimiento continúe en marcha y que el tribunal siga teniendo competencia al respecto. Si el procedimiento concluye tras la aprobación (y confirmación) de un plan, puede ser suficiente que los acreedores afectados aprueben la enmienda propuesta, a menos que se imponga algún otro requisito.

67. Según el tipo de modificación que se solicite, tal vez no sea necesario obtener la aprobación de todas las categorías de acreedores, dado que, en algunos casos, puede resultar difícil de obtener. Otras opciones pueden ser permitir, en el caso de modificaciones menores, que puedan aprobarlas el tribunal o los acreedores afectados por ellas, o exigir que se notifiquen las modificaciones propuestas a los acreedores que hayan apoyado el plan y permitir a éstos formular objeciones dentro de un plazo especificado, o considerar, si no lo hacen, que las han aceptado. Cabe adoptar el mismo criterio respecto de los acreedores que no hayan aprobado el plan. Cuando la modificación propuesta sea de considerable importancia, puede requerirse la aprobación de todos los acreedores. Los regímenes que requieran la confirmación judicial del plan pueden exigir también que las modificaciones cumplan las reglas o requisitos para la confirmación. Es conveniente que el régimen de la insolvencia prevea las consecuencias de no obtener la aprobación requerida de las modificaciones propuestas. Estas consecuencias pueden ser análogas a las ya indicadas respecto de la situación en que los acreedores no aprueben el plan y en que prospere la impugnación de éste; en

esos casos, se tendrán en cuenta las medidas que ya puedan haberse adoptado al ejecutar el plan y la manera de proceder respecto de los pagos efectuados, los contratos mantenidos en vigor y otras medidas.

68. Sea cual sea el enfoque que se adopte, es conveniente que el régimen de la insolvencia exija dar aviso a los acreedores correspondientes de cualquier modificación propuesta (ya sea a todos ellos, o únicamente a los que se vean afectados por ella) y especifique qué parte deberá hacerlo, y que además exija que se informe sobre los motivos del fracaso del plan y de la modificación propuesta.

12. Ejecución del plan

69. Muchos planes pueden ser ejecutados por el deudor sin necesidad de intervención ni supervisión ulteriores por parte del tribunal o el representante de la insolvencia, particularmente en el caso de una reorganización en que el deudor siga en posesión de sus bienes. En general, no será posible ninguna intervención ni supervisión ulterior cuando el régimen de la insolvencia prevea que el procedimiento concluirá una vez que surta efecto el plan. En otros regímenes que prevén que el procedimiento concluirá cuando el plan se haya ejecutado íntegramente, a veces puede ser necesario requerir que una persona independiente supervise o controle la ejecución. En varios regímenes de la insolvencia se atribuye al tribunal una función de supervisión continua del deudor, después de la aprobación del plan hasta que concluya su ejecución. Esta función puede ser importante cuando se planteen cuestiones de interpretación del cumplimiento de las obligaciones del deudor o de otras partes. En algunos Estados se prevé que el tribunal autorizará a un supervisor o a un representante de la insolvencia a ejercer distintos grados de supervisión de los asuntos del deudor después de la aprobación del plan. En otros regímenes se permite a los acreedores nombrar un supervisor o representante encargado de supervisar la ejecución del plan.

13. Fracaso de la ejecución del plan

70. Si el deudor incumple las obligaciones que le imponga el plan o si fracasa la ejecución de éste por alguna otra razón, los regímenes de la insolvencia contienen disposiciones en las que se abordan las consecuencias de tal incumplimiento o fracaso. Algunos disponen que el tribunal podrá poner fin a la ejecución del plan y convertir la reorganización en un procedimiento de liquidación (véase más adelante). Otros regímenes disponen que sólo se pondrá fin al plan respecto de la obligación concreta que se haya incumplido (por lo demás, el plan seguirá siendo válido). El acreedor afectado por el incumplimiento no estará vinculado por el plan y tendrá derecho a cobrar íntegramente su crédito (cuando haya aceptado percibir, conforme al plan, una suma inferior). En algunos casos, esto sólo ocurrirá

cuando el deudor se haya demorado notablemente[2] en el cumplimiento de las obligaciones que le imponga el plan. En algunos Estados, las consecuencias del incumplimiento pueden indicarse en el propio plan.

71. Otro criterio puede consistir en considerar que el procedimiento de insolvencia ha terminado y permitir que los acreedores hagan valer los demás recursos previstos por la ley. Como ya se ha señalado, este criterio no resuelve las dificultades financieras del deudor, que dependen del estado de la ejecución del plan en el momento en que fracase, y puede provocar una pugna por los bienes, que justamente se pretendía evitar con la apertura de procedimientos colectivos. No obstante, puede haber situaciones en que lo más apropiado sea permitir que el tribunal clausure el procedimiento y que las partes interesadas ejerzan los derechos que les confiera la ley. Como ejemplo, cabe citar la situación en que los bienes restantes estén totalmente gravados y en que los acreedores cuyos créditos no estén respaldados por garantías no cobren nada en la distribución final. En algunas circunstancias, y en función de la etapa en que se encuentre la ejecución del plan, una solución de transacción puede consistir en que los acreedores puedan proponer un plan diferente en un plazo dado, y que sólo se pueda recurrir a la liquidación cuando no se consiga elaborar un plan aceptable durante ese plazo. Cabe reconocer que habrá que conciliar diversos factores, entre ellos, el tiempo necesario para negociar un plan; la obtención del mejor resultado para los acreedores; la obtención del máximo valor, y la necesidad de una rápida sustanciación del procedimiento.

14. Conversión del procedimiento de reorganización en liquidación

72. Durante el procedimiento de reorganización pueden surgir circunstancias en que sea conveniente que el régimen de la insolvencia permita que el procedimiento pase a ser de liquidación. Los principales motivos para la conversión serían que no se propusiera ni aprobara un plan de reorganización o no se aprobaran las propuestas de modificación necesarias para ejecutarlo; la imposibilidad de obtener la confirmación del plan (cuando se requiera la confirmación judicial); que prosperara la impugnación de un plan aprobado o confirmado; que en una junta de acreedores se decidiera, por voto mayoritario, poner término al procedimiento de reorganización; todo incumplimiento importante o sustancial por parte del deudor de las obligaciones que le impusiera el plan, o que fracasara la ejecución de éste por alguna otra razón. Algunas de estas circunstancias sólo serán pertinentes en el caso de ordenamientos en que el tribunal supervisa la ejecución del plan y retiene la competencia respecto del deudor tras la aprobación.

---

[2] En un régimen concreto, se requiere para ello que el acreedor haya presentado una reclamación de pago de la obligación vencida y que el deudor no haya efectuado el pago en un plazo mínimo de, por lo menos, dos semanas.

73. También puede ser apropiado estudiar la posibilidad de liquidar la empresa cuando no se vislumbre ninguna posibilidad razonable de que la reorganización pueda prosperar; cuando resulte evidente que el deudor está abusando del procedimiento de reorganización, negándose a cooperar con el representante de la insolvencia o con el tribunal (por ejemplo, ocultando información) o actuando de mala fe de algún otro modo (por ejemplo, haciendo transferencias fraudulentas); cuando el negocio siga registrando pérdidas durante el período de reorganización, o cuando no se paguen los gastos de administración de la masa. Algunos regímenes imponen al representante de la insolvencia la obligación de poner fin a la administración del procedimiento de reorganización en cuanto resulte evidente que no podrá reorganizarse la empresa, a fin de preservar el valor de la masa para los acreedores. Si en el régimen de la insolvencia se incluyen disposiciones para la conversión de un procedimiento de reorganización en liquidación, se podrá prever mejor la solución definitiva del procedimiento. Si la conversión en liquidación exige una nueva solicitud de apertura del procedimiento, en vez de basarse en la solicitud inicial de apertura, puede dar lugar a más demoras y a la disminución del valor de la masa. En consecuencia, tal vez convenga tomar en consideración los requisitos procesales para la apertura y el desarrollo del procedimiento convertido en liquidación.

74. Si el procedimiento de reorganización se convierte en liquidación, el régimen de la insolvencia deberá tener en cuenta también los efectos de las medidas adoptadas por el representante de la insolvencia antes de la aprobación del plan; el mantenimiento de la paralización de las actuaciones, en particular de las emprendidas por los acreedores garantizados, si el régimen prevé un plazo calculado con referencia a la apertura; el modo de proceder respecto de los pagos efectuados durante la ejecución del plan y antes del cambio de procedimiento; y el tratamiento de los créditos de los acreedores que se hayan visto afectados por la reorganización. Tal vez deban protegerse los pagos efectuados durante la reorganización de todo recurso de anulación. Los créditos que se hayan visto perjudicados por la reorganización podrán ser pagaderos en su totalidad en cualquier liquidación subsiguiente o sólo podrán hacerse valer en la forma en que queden perjudicados. Tal vez convenga también prever en el plan de reorganización el supuesto de la imposibilidad de su ejecución, y especificar los derechos que tendrán los acreedores en esa eventualidad. De este modo se simplifica la cuestión de cómo deberán tratarse esos créditos y se evita que se planteen cuestiones sobre el derecho aplicable de difícil solución.

75. Cuando el régimen de la insolvencia permita el cambio de procedimiento, se plantea la cuestión conexa de determinar en qué situaciones podrá efectuarse el cambio, y de si el procedimiento pasará a ser automáticamente de liquidación si se cumplen ciertos requisitos, o si se requerirá para ello que el representante de la insolvencia u otras partes interesadas lo soliciten al tribunal. El representante de la insolvencia, por ser la parte que, además del deudor o de los directivos de la empresa insolvente,

conoce mejor el negocio del deudor y que con frecuencia puede determinar, ya en la fase inicial del procedimiento, si la empresa es viable o no, puede desempeñar un papel fundamental en la iniciación del proceso de conversión. Además, puede ser razonable permitir que los acreedores u otras partes interesadas soliciten al tribunal la conversión del procedimiento. También cabría facultar al tribunal para ordenar tal transformación por iniciativa propia, cuando se cumplan ciertas condiciones.

Recomendaciones 139 a 159

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas al plan de reorganización tienen por objeto:

a) facilitar la reorganización de empresas que se encuentran en dificultades financieras, con arreglo al régimen de la insolvencia, preservando con ello el empleo y, en los casos apropiados, protegiendo la inversión;

b) determinar las empresas que son susceptibles de reorganización;

c) incrementar al máximo el valor de la masa;

d) facilitar la negociación y aprobación de un plan de reorganización y determinar los efectos de su aprobación, entre otras cosas, que el plan sea vinculante para el deudor, para todos los acreedores y para otras partes interesadas;

e) regular las consecuencias del supuesto en que no se proponga un plan de reorganización aceptable o de que no se logre su aprobación, incluida la conversión, en determinadas circunstancias, del procedimiento en liquidación;

f) prever la ejecución del plan de reorganización y las consecuencias de que no llegue a ejecutarse.

Contenido de las disposiciones legislativas

Propuesta de un plan de reorganización (párrs. 6 a 16)

139. El régimen de la insolvencia debería indicar que cabrá proponer un plan al solicitarse la apertura o al declararse abierto el procedimiento de insolvencia, o dentro de un cierto plazo a partir de la apertura del procedimiento:

a) El plazo debería fijarse en el régimen;

b) El tribunal debería estar facultado para prorrogar ese plazo cuando las circunstancias lo justificaran.

140. El régimen debería especificar que se podrá proponer un plan al presentarse una solicitud para la apertura de un procedimiento de insolvencia, o después de presentarla, o también dentro de un plazo especificado a partir del momento de esa apertura. Cuando el procedimiento de liquidación se convierta en un procedimiento de reorganización, debería también regular los efectos de la conversión sobre los plazos para la presentación de un plan.

Recomendaciones 139 a 159 *(continuación)*

Preparación de una nota informativa (párr. 23)

141. El régimen de la insolvencia debería exigir que un plan vaya acompañado de una nota informativa que permita a los que tengan derecho a votar acerca de la aprobación del plan pronunciarse sobre éste con conocimiento de causa. La parte que prepare el plan debería preparar también la nota informativa.

Presentación del plan y de la nota informativa (párr. 23)

142. El régimen de la insolvencia debería prever un mecanismo para la presentación del plan y de la nota informativa a los acreedores y titulares de acciones.

Contenido de la nota informativa (párrs. 24 y 25)

143. El régimen de la insolvencia debería especificar que la nota informativa comprendiera[3]:

a) Un resumen del plan;

b) Información relativa a la situación financiera del deudor, con datos sobre el activo, el pasivo y la corriente de efectivo;

c) Todo dato no financiero que pueda repercutir sobre el rendimiento futuro de la empresa deudora;

d) Una comparación entre el trato otorgado en el plan a los acreedores y lo que percibirían de procederse a la liquidación;

e) Una relación de las condiciones que permitirían que el negocio prosiguiera y pudiera ser reorganizado con éxito;

f) Información que demuestre que, teniendo presentes los efectos del plan, se han adoptado las medidas pertinentes para cumplir todas las obligaciones en él incluidas; y

g) Información sobre los mecanismos de voto aplicables para la aprobación del plan.

Contenido de un plan (párrs. 18 a 22)

144. El régimen de la insolvencia debería especificar el contenido mínimo del plan. Éste debería:

a) Definir las categorías de acreedores reconocidas por el plan y el trato que se dará a cada una de ellas (por ejemplo, cuánto percibirán y cuál será el calendario de pago, de haber alguno);

b) Pormenorizar el trato otorgado a los titulares de acciones;

c) Detallar las condiciones del plan;

d) Definir el papel del deudor en la ejecución del plan;

---

[3] Cuando el representante de la insolvencia no se encargue de preparar el plan y la nota informativa, o no participe en su preparación, debería exigírsele que formulase sus observaciones acerca de uno y otro documento. La información contenida en la nota debería ser objeto de las obligaciones de confidencialidad examinadas en el cap. III, recomendación 111 y párrs. 28, 52 y 115.

Recomendaciones 139 a 159 *(continuación)*

e) Determinar quiénes se encargarán de la futura gestión de la empresa deudora y quiénes supervisarán la ejecución del plan, indicando su relación con la empresa deudora y su remuneración; y

f) Indicar las modalidades de ejecución del plan.

Mecanismos de votación (párrs. 26 a 51)

145. El régimen de la insolvencia debería establecer un mecanismo de votación para la aprobación del plan. Este mecanismo debería prever los acreedores y los titulares de acciones que tendrán derecho a votar respecto del plan; el modo en que se efectuará la votación, ya sea en una junta convocada al efecto, por correo o por algún otro medio, como por vía electrónica y mediante el voto por poder; y la posibilidad de que los acreedores y dichos titulares voten por categorías en función de sus respectivos derechos.

146. El régimen de la insolvencia debería especificar que los acreedores o titulares de acciones cuyos derechos sean modificados o se vean afectados por el plan no quedarán vinculados por las condiciones del plan, salvo que se les haya dado la oportunidad de votar respecto de la aprobación del mismo.

147. El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando el plan no vaya a modificar los derechos de un acreedor o accionista o de una categoría de acreedores o accionistas, ni a afectar a esos derechos, dicho acreedor o accionista, o dicha categoría de acreedores o accionistas, no podrá votar respecto de la aprobación del plan.

148. El régimen de la insolvencia debería especificar que los acreedores que tengan derecho a votar sobre el plan deberán clasificarse por separado con arreglo a sus respectivos derechos y que cada categoría deberá votar por separado.

149. El régimen de la insolvencia debería especificar que habrá que otorgar el mismo trato a todos los acreedores y titulares de acciones de una misma categoría.

Aprobación por categorías (párrs. 49 a 51, 54 y 55)

150. Cuando la votación para la aprobación del plan se realice por categorías de acreedores, el régimen de la insolvencia debería especificar cuál será el efecto, para la aprobación del plan, del resultado obtenido en la votación de cada categoría. Cabe prever diversos criterios, como el de requerir que el plan sea aprobado por una determinada mayoría de categorías o por todas ellas, pero que al menos una de las categorías de acreedores cuyos derechos sean modificados o se vean afectados por el plan deberá aprobarlo.

151. Cuando el régimen no requiera que el plan sea aprobado por todas las categorías, debería prever el trato que se ha de dar a las categorías que no voten a favor de un plan que sea, por lo demás, aprobado por las categorías cuya aceptación sea exigida. Ese trato debería tener como base las condiciones enumeradas en la recomendación 152.

Confirmación de un plan aprobado (párrs. 56 y 60 a 63)

152. Cuando el régimen requiera la confirmación judicial de un plan aprobado, debería exigir que el tribunal confirmara el plan si éste cumple las condiciones siguientes:

Recomendaciones 139 a 159 *(continuación)*

a) que se haya obtenido la aprobación requerida y se haya seguido debidamente el procedimiento prescrito para la aprobación;

b) que los acreedores reciban con arreglo al plan un valor que sea al menos equivalente al que habrían recibido en un procedimiento de liquidación, salvo que dichos acreedores hayan expresamente convenido en recibir un trato menos favorable;

c) que nada de lo dispuesto en el plan sea contrario a derecho;

d) que se vaya a pagar plenamente todo crédito o gasto administrativo, salvo en la medida en que el beneficiario de dicho crédito o gasto convenga en que se le otorgue un trato distinto; y

e) Salvo en la medida en que las categorías de acreedores afectadas hayan acordado otra cosa, si una categoría de acreedores ha votado contra el plan, esa categoría se reconocerá como tal, con arreglo al plan, en el régimen de la insolvencia, y en la distribución que se efectúe conforme al plan deberá tenerse en cuenta la prelación reconocida.

Impugnación de la aprobación del plan (cuando no se exija su confirmación judicial) (párrs. 57 a 59)

153. Cuando un plan pase a ser vinculante a raíz de su aprobación por los acreedores sin que se requiera confirmación judicial alguna, el régimen de la insolvencia debería permitir a toda parte interesada, incluido el deudor, impugnar su aprobación. El régimen debería especificar los criterios para la evaluación de toda impugnación interpuesta, entre los que cabe citar:

a) Que se cumplan las condiciones enunciadas en la recomendación 152; y

b) Que medie un supuesto de dolo, en cuyo caso serán aplicables los requisitos enunciados en la recomendación 154.

Impugnación de un plan ya confirmado (párr. 65)

154. El régimen de la insolvencia debería permitir la impugnación por motivo de dolo de todo plan confirmado. En tal caso, el régimen debería especificar:

a) el plazo para presentar la impugnación, que se contará a partir del momento en que se haya descubierto el dolo;

b) la parte que podrá presentar la impugnación; y

c) que la impugnación sea presentada ante el tribunal.

Modificación de un plan (párrs. 52 y 66)

155. El régimen de la insolvencia debería permitir la modificación de todo plan presentado, indicando cuáles son las partes que podrán proponer modificaciones y el momento para hacerlo, incluso en el período entre su presentación y aprobación, su aprobación y confirmación, tras la confirmación y durante su ejecución, mientras el procedimiento siga abierto.

Recomendaciones 139 a 159 *(continuación)*

Aprobación de las modificaciones (párrs. 67 y 68)

156. El régimen de la insolvencia debería establecer el mecanismo para la aprobación de las modificaciones de un plan que haya sido aprobado por los acreedores. En el marco de ese mecanismo se debería exigir que se diera aviso al respecto a los acreedores y demás partes afectadas por la modificación propuesta; se especificara la parte obligada a dar dicho aviso; se exigiera que la modificación propuesta fuese aprobada por los acreedores y demás partes afectadas por la modificación, y se requiriera el cumplimiento de las normas para su confirmación (cuando se exigiera tal confirmación). El régimen debería indicar también lo que sucedería si la modificación propuesta no fuera aprobada.

Supervisión de la ejecución del plan (párr. 69)

157. El régimen podrá establecer un mecanismo para supervisar la ejecución del plan; esta función podrá corresponder al tribunal, a un supervisor designado al efecto por el tribunal, al representante de la insolvencia o a un supervisor nombrado por los acreedores[4].

Conversión del procedimiento de reorganización en liquidación (párrs. 72 a 75)

158. El régimen de la insolvencia debería permitir que el tribunal convirtiera el procedimiento de reorganización en liquidación en los siguientes supuestos:

a) cuando, al término de un plazo prescrito por el régimen, no se hubiera propuesto ningún plan y el tribunal no hubiera concedido ninguna prórroga del plazo;

b) cuando no se aprobara un plan propuesto;

c) cuando no se confirmara un plan aprobado (si el régimen requiere su confirmación);

d) cuando se impugnara con éxito un plan aprobado o confirmado; o

e) cuando se hubiera producido un incumplimiento sustancial de las condiciones del plan por parte del deudor (o cuando fuera imposible ejecutar el plan)[5].

Imposibilidad de ejecutar un plan (párrs. 70 y 71)

159. El régimen de la insolvencia podrá especificar que cuando haya habido un incumplimiento sustancial de las condiciones del plan por parte del deudor, o cuando no pueda ejecutarse el plan, el tribunal podrá dar por terminado el procedimiento judicial y las partes interesadas podrán ejercitar sus derechos con arreglo a la ley.

---

[4] Cuando el procedimiento afecte a un deudor que conserve la posesión de sus bienes, o concluya con la aprobación del plan, tal vez no sea necesario nombrar un supervisor.

[5] Esta actuación sólo será posible si el procedimiento sigue abierto durante la ejecución del plan. (véase el cap. VI, párrs. 18 y 19).

B. Procedimiento de reorganización agilizado[6]

1. Introducción

76. Como ya se ha examinado en la primera parte de la *Guía Legislativa*, la reorganización puede revestir diversas formas, entre las que cabe citar la reorganización oficiosa (es decir, la llevada a cabo por vía extrajudicial), las negociaciones voluntarias de reestructuración, que se desarrollan con poca o ninguna intervención judicial y que dependen básicamente del acuerdo negociado entre las partes interesadas, y el procedimiento de reorganización que ha de llevarse a cabo de conformidad con el régimen de la insolvencia bajo la supervisión formal de un tribunal (llamado en adelante el "procedimiento de reorganización completo"). En este procedimiento suelen participar todos los acreedores del deudor y su desarrollo suele requerir un plan de reorganización formulado y aprobado por los acreedores y las demás partes interesadas tras la apertura del procedimiento. La reorganización puede incluir, no obstante, un procedimiento abierto para dar efecto a un plan libremente convenido, por medio de negociaciones voluntarias de reestructuración realizadas, con el consentimiento de todos los acreedores afectados, con anterioridad a la apertura, en los Estados en que el régimen de la insolvencia permita que el tribunal agilice la sustanciación de dicho procedimiento (denominado en la presente sección "procedimiento de reorganización agilizado").

77. El logro de un acuerdo en las negociaciones voluntarias de reestructuración se ve a menudo obstaculizado por la posibilidad de cada acreedor de entablar una acción para hacer valer sus derechos y por la necesidad del consentimiento unánime de los acreedores para modificar las condiciones de pago de ciertas clases de deudas. Estos problemas se ven exacerbados en el contexto de las empresas multinacionales de estructura compleja, en el que es especialmente difícil obtener el consentimiento de todas las partes pertinentes. Con miras a proporcionar un marco de negociación aceptable para todos los participantes y facilitar el resultado satisfactorio de esas negociaciones, la *INSOL International* ha publicado un *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts*. Estos principios se han concebido con la finalidad de agilizar las negociaciones y de incrementar las posibilidades de éxito dando orientación a diversos grupos de acreedores sobre cómo proceder sobre la base de algunas normas convenidas.

78. Las negociaciones voluntarias de reestructuración pueden verse también obstaculizadas por una minoría de acreedores afectados que se nieguen a

---

[6] Como este procedimiento se basa en un acuerdo logrado en las negociaciones sobre la reestructuración voluntaria, la presente sección deberá interpretarse a la luz de los párrafos 2 a 18 del cap. II de la primera parte.

aceptar soluciones que beneficien a la mayoría de los acreedores y que traten de aprovecharse de su posición para conseguir mejores condiciones para ellos a expensas de otras partes (llamada con frecuencia "estrategia de la resistencia"). Cuando se produce esa resistencia, el acuerdo voluntario sólo podrá prosperar si es posible modificar los derechos contractuales de los acreedores disconformes sin su consentimiento. Con arreglo a la mayoría de los ordenamientos jurídicos existentes, esa modificación de los derechos contractuales requerirá la apertura de un procedimiento de reorganización completo, en el que intervengan todos los acreedores y se cumplan las disposiciones del régimen de la insolvencia relativos al desarrollo de dicho procedimiento. Suele tener una importancia decisiva el momento en que se lleva a cabo la reestructuración de una empresa, y cualquier demora (factor generalmente inherente al procedimiento de reorganización completo) puede resultar a menudo costosa o incluso hacer que fracase la tentativa de llegar a una solución eficaz.

79. Esas dificultades, así como algunos de los gastos, demoras y requisitos procesales o legales que suele comportar un procedimiento de reorganización completo, pueden evitarse cuando se recurre a las negociaciones voluntarias de reorganización y a la vía de reorganización agilizada. Este procedimiento puede ser un medio económico para resolver las dificultades financieras de un deudor, aunque su eficacia puede depender del cumplimiento de ciertas condiciones que se examinan en la primera parte de la *Guía Legislativa* (véase el cap. II, párrs. 2 a 18). Esas condiciones pueden incluir que una proporción importante del endeudamiento de la empresa se haya contraído con un reducido número de grandes bancos o instituciones financieras; que los acreedores acepten que tal vez sea preferible negociar un acuerdo entre la empresa deudora y las entidades financieras, así como entre las propias entidades financieras, para resolver las dificultades económicas del deudor; que exista la posibilidad de que sea más provechoso para todos los interesados abrir un proceso de negociación que recurrir directamente y sin ninguna instancia previa al régimen de la insolvencia (en parte porque, en el marco de una negociación, el resultado está en manos de las partes que intervienen en ella y el procedimiento resulta menos costoso al poderse tramitar rápidamente y sin necesidad de perturbar el curso normal del negocio del deudor); y que el deudor no necesite ser exonerado judicialmente de ciertas deudas comerciales, ni necesite las ventajas que podría obtener por la vía judicial, tales como la paralización automática de toda otra actuación procesal o la facultad de rechazar las deudas particularmente onerosas.

80. Pese a depender de esas condiciones, las negociaciones voluntarias de reestructuración de la empresa y el procedimiento de reorganización agilizado constituyen valiosos instrumentos que deben figurar entre las soluciones ofrecidas por el derecho interno al sector comercial y empresarial de un país en todo supuesto de insolvencia. El hecho de que se fomente el recurso a estas soluciones no obedece necesariamente a que el régimen formal de la insolvencia de determinado país sea deficiente, ineficaz o poco fiable, sino

más bien a las ventajas que dicha vía puede reportar a los interesados como complemento de una vía puramente judicial que sirva de garantía última de equidad y seguridad jurídica. Además, esas soluciones funcionan mejor cuando existe la posibilidad de que, en caso de no poderse abrir o de fracasar las negociaciones, podrá recurrirse con celeridad y eficacia al régimen de la insolvencia.

2. Acreedores que suelen participar en las negociaciones voluntarias de reestructuración

81. Como ya se ha señalado (véase la primera parte, cap. II, párrs. 14 a 16), no siempre es posible, o incluso necesario, que todos los acreedores participen en las negociaciones voluntarias de reestructuración. En ellas suelen participar el deudor y una o más categorías de acreedores, como prestamistas, obligacionistas y accionistas. A menudo intervienen también en ellas grandes acreedores no institucionales, en general cuando su participación en la empresa del deudor es tan considerable que una reestructuración eficaz no es posible sin su intervención. Estos tipos de acreedores suelen consideran ventajoso participar en las negociaciones porque pueden permitirles reducir las pérdidas que sufrirían en un procedimiento de reorganización completo.

82. El hecho de que en las negociaciones voluntarias de reestructuración suelen intervenir pocas categorías de acreedores hace que sea más fácil llegar a un acuerdo que en un procedimiento de reorganización completo, dado que éste afectará normalmente a todos los créditos. Al ser habitual que en las negociaciones voluntarias de reestructuración se siga pagando, en el curso ordinario de los negocios, a los acreedores no institucionales y de otro tipo, como los acreedores comerciales, no es probable que estos acreedores tengan nada que objetar a la reorganización propuesta, por lo que no será preciso que participen en las negociaciones. Ahora bien, cuando los derechos de esos acreedores se vean afectados por el plan, deberá recabarse su acuerdo respecto de las modificaciones propuestas.

3. Procedimiento para aplicar un acuerdo voluntario de reestructuración

83. Un régimen de la insolvencia puede contener, en el marco de sus disposiciones relativas a la apertura de un procedimiento de reorganización, disposiciones en el sentido de que el tribunal confirme un acuerdo voluntario de reestructuración y agilice ese procedimiento. Cuando así suceda, habrá que determinar cuáles son los deudores que podrán acogerse a la vía de negociación abierta por dichas disposiciones y cuáles son las partes que podrán verse afectadas por ese procedimiento agilizado.

a) Deudores habilitados

84. Es conveniente que el procedimiento de reorganización agilizado pueda iniciarse a petición de un deudor que aún no cumpla los requisitos para entablar un procedimiento sobre la base de las disposiciones generales del régimen de la insolvencia en materia de reorganización, pero que probablemente se vea en el futuro en la imposibilidad de pagar sus deudas en la fecha de su vencimiento. Al incluirse en el régimen de la insolvencia disposiciones que permitan a tales deudores iniciar un procedimiento agilizado, se reconoce la necesidad de abordar, ya en la fase inicial, toda situación de dificultades financieras por las que atraviese un deudor y se permite a éste beneficiarse del acuerdo de reestructuración voluntaria que la mayoría de los acreedores afectados hayan aprobado. Con la apertura de un procedimiento agilizado se garantizará la protección, con arreglo al régimen de la insolvencia, de los acreedores disconformes. En general serían aplicables también los requisitos jurisdiccionales que deben cumplirse para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia (véase la segunda parte, cap. I, párrs. 12 a 18).

85. El régimen de la insolvencia podrá permitir también la apertura de un procedimiento agilizado por un deudor que ya cumpla los requisitos del régimen de la insolvencia para iniciar un procedimiento ordinario (véase la segunda parte, cap. I, párrs. 23 a 31 y recomendaciones 15 y 16). Cuando se prevea la obligación de abrir un procedimiento de insolvencia si el deudor satisface determinados criterios relativos a su situación financiera (por ejemplo, el hecho de ser insolvente), tal vez sea necesario disponer expresamente que para la apertura de procedimientos agilizados deban satisfacerse esos criterios. Otra posibilidad es que el régimen de la insolvencia conceda una moratoria al deudor mediante la cual no incumpla esos criterios (y evite así que se le impongan sanciones por el incumplimiento de la obligación de solicitar la apertura de un procedimiento), al tiempo que se adoptan medidas para solucionar sus dificultades económicas.

b) Obligaciones afectadas

86. Como ya se ha señalado, los tipos de obligación de que se suele tratar en las negociaciones voluntarias de reestructuración son las deudas contraídas en forma de préstamos, tanto institucionales como públicas, garantizadas o sin garantía, y obligaciones financieras análogas. Las deudas garantizadas también podrían tratarse en estas negociaciones, con el consentimiento de los acreedores garantizados. En cambio, no suelen entrar en las negociaciones las deudas frente a otros acreedores, como los acreedores comerciales, los acreedores privilegiados, entre ellos los organismos tributarios y de seguridad social, o los empleados, debido a las dificultades que puede entrañar la obtención del consentimiento necesario para el ajuste de sus créditos, y estos acreedores siguen recibiendo pagos en el curso ordinario de los negocios de la empresa. No obstante, esos acreedores podrían participar en las negociaciones si en la reorganización se modificara alguno de sus derechos y

se pudiera obtener la aprobación necesaria de la mayoría, siempre y cuando se respetaran todas las salvaguardias previstas en el régimen de la insolvencia. Las categorías de obligaciones afectadas en cada caso serán las señaladas al respecto en el plan que debe confirmar el tribunal en un procedimiento agilizado.

c) Aplicación del régimen de la insolvencia

87. Todo régimen de la insolvencia que permita que se recurra al procedimiento agilizado deberá indicar cuáles de sus disposiciones que sean aplicables al procedimiento de reorganización completo lo serán igualmente al procedimiento agilizado, particularmente si se ha previsto alguna modificación de la manera en que dichas disposiciones deban aplicarse. Así, por ejemplo, las disposiciones que en general se aplicarían (salvo que se modifiquen explícitamente) a este tipo de procedimiento, al igual que al procedimiento completo, podrían incluir las disposiciones relativas al proceso de presentación de la solicitud; la apertura del procedimiento; la notificación de la apertura (que podrá modificarse para limitar la notificación a los acreedores y accionistas afectados por el plan) y el contenido del aviso de notificación (que puede tener que incluir información sobre la verificación de los créditos, la fecha y el lugar de la audiencia del tribunal para confirmar el plan, las objeciones a su confirmación y los efectos del plan sobre los accionistas); la paralización de las actuaciones; la obligación de preparar una lista de todos los acreedores (con objeto de informar al tribunal y de poder determinar con certeza cuáles serán los acreedores que se verán afectados por el plan y cuáles no); los requisitos para la aprobación del plan (en particular, que se facilite el texto del plan y la información básica a los acreedores afectados, que se determinen las categorías de acreedores reconocidas, así como la posible creación de un comité de acreedores, y que se indiquen los criterios y mayorías requeridos para la aprobación del plan); los efectos y la confirmación del plan, así como las pautas que habrán de observarse para proteger los intereses de los acreedores disconformes; las cuestiones relacionadas con la ejecución del plan (incluso el fracaso de su ejecución) y la satisfacción de los créditos. En el caso de que fracase la ejecución de un plan que se haya confirmado en un procedimiento agilizado, el régimen de la insolvencia deberá prever las consecuencias de tal eventualidad y, en particular, si serán las mismas que tendría el fracaso de un plan aprobado en un procedimiento formal (véanse los párrs. 70 a 75 *supra*), y si se deberá prever disposiciones especiales respecto de los pagos ya efectuados durante la ejecución.

88. Las disposiciones del régimen de la insolvencia que tal vez no sean aplicables a un procedimiento agilizado o que podrían modificarse para alcanzar el objetivo de éste serían las relativas al nombramiento de un representante de la insolvencia, salvo que el plan prevea expresamente ese nombramiento; la comunicación y verificación de los créditos; los requisitos de notificación de los acreedores no afectados; los plazos para la aprobación

del plan (cuando el régimen regule tales extremos); y la votación acerca del plan (dado que dicha votación se efectuará antes de la apertura). Otra excepción importante a la aplicación del régimen de la insolvencia sería que, si pudiera demostrarse la posibilidad de que se confirme el plan, el tribunal pudiera autorizar que se siguiera pagando en el curso ordinario de los negocios a los acreedores no afectados por el plan.

i) Requisitos para la solicitud de apertura

89. La solicitud de apertura de un procedimiento agilizado tal vez tenga que ser algo diferente de la relativa a un procedimiento completo a fin de tener en cuenta las consideraciones peculiares de tales procedimientos. La solicitud podría contener el plan negociado y la nota informativa; información sobre las negociaciones que ya se hayan realizado (incluso los miembros de cualquier comité de acreedores que se haya constituido para facilitar las negociaciones), la solicitud antes de la apertura a los acreedores y la votación de las categorías de acreedores afectadas (que demuestre que las mayorías especificadas en el régimen de la insolvencia para la aprobación de un plan se han alcanzado en lo concerniente a estas categorías); pruebas de que los acreedores que no se han visto afectados siguen cobrando sus créditos en el curso ordinario de los negocios y de que sus derechos no son modificados ni se ven afectados por el plan; y las salvaguardias que se hayan previsto en el plan respecto de los acreedores disconformes dentro de las categorías que hayan expresado su aceptación. En el régimen también habrá que abordar la cuestión de si la solicitud da lugar automáticamente a la apertura de un procedimiento o si el tribunal deberá examinar la solicitud; en este último caso, es conveniente que el plazo para ese examen judicial sea lo más breve posible, sobre todo porque la solicitud se basa en negociaciones y en un acuerdo, y toda demora perjudicaría no sólo a la empresa del deudor sino también al proceso de ejecución del plan.

ii) Efectos de la apertura

90. Aun cuando la apertura de un procedimiento de reorganización completo suele afectar al deudor y a todos sus acreedores (a menos que ciertas categorías de ellos queden concretamente exceptuados de la aplicación del régimen de la insolvencia), los efectos de la apertura de un proceso agilizado se limitarán en general al deudor y a los acreedores y titulares de capital social individuales, o categorías de ellos, cuyos derechos serán modificados o se verán afectados por el plan negociado. Sin embargo, puede haber circunstancias en las que el tribunal decida que esos efectos deberán abarcar a otros acreedores o categorías a fin de garantizar, por ejemplo, la protección de la masa de la insolvencia.

iii) Imposibilidad de ejecutar el plan

91. Como ya se ha examinado (véanse los párrs. 70 y 71 *supra*), los regímenes de la insolvencia adoptan distintos enfoques con respecto a las

consecuencias de no ejecutar un plan aprobado por los acreedores y, cuando proceda, confirmado por el tribunal. Aunque en general cabría prever que las consecuencias de la imposibilidad de ejecutar un plan confirmado por el tribunal en un procedimiento agilizado serán las mismas que en el caso de un procedimiento de reorganización completo, la posibilidad de iniciar un procedimiento agilizado antes de que un deudor esté en condiciones de cumplir la norma aplicable a la apertura de un procedimiento completo sugiere que tal vez no sea apropiado convertir éste en un procedimiento de liquidación; tal vez sea preferible que el régimen prevea que los acreedores podrán hacer valer sus derechos conforme a la ley.

d) Agilización del procedimiento

92. A fin de aprovechar al máximo el plan negociado y de evitar demoras que puedan imposibilitar su ejecución, tal vez convenga que el régimen de la insolvencia, además de reconocer toda medida que haya sido adoptada conforme a lo indicado con anterioridad a la apertura, prevea la manera de tramitar un procedimiento agilizado más rápidamente que un procedimiento de reorganización completo. Por ejemplo, si se han negociado un plan y otros documentos que cumplen los requisitos formales del régimen de la insolvencia y cuentan con el apoyo de una mayoría sustancial, podría autorizarse al tribunal a convocar una junta o, en su caso, una audiencia inmediata, con lo que se ahorraría tiempo y gastos. Cabría también prever una exención de ciertos trámites del procedimiento formal. Por ejemplo, si el plan ha sido negociado y aceptado por una mayoría de los acreedores de una categoría determinada -normalmente la de los acreedores institucionales- que sea de por sí suficiente para su aprobación con arreglo a la normativa aplicable al respecto a tenor del régimen de la insolvencia, y si los derechos de los demás acreedores no serán modificados ni se verán afectados por el plan, tal vez sea posible que el tribunal convoque una junta o una audiencia a la que sólo habrán de asistir los acreedores de dicha categoría. De manera análoga, si la votación de las mayorías afectadas de acreedores se ha efectuado conforme a las leyes aplicables al respecto (incluidos los requisitos de publicación que prevea la normativa que rige los valores bursátiles), debería ser posible que el tribunal dispensara de los trámites posteriores a la apertura.

93. Incluso cuando el régimen de la insolvencia prevea una rápida tramitación de los casos en que se satisfagan los requisitos exigidos, es sumamente conveniente que no brinde menos protección a los acreedores y demás partes disconformes que la que proporcione a esas mismas partes en un procedimiento de reorganización completo. Así pues, los requisitos procesales para ese procedimiento de reorganización agilizado incluirán sustancialmente las mismas salvaguardias y garantías que se prescriben para el procedimiento de reorganización completo.

94. Tal vez haya que modificar otros regímenes para fomentar o prever, cuando proceda, tanto las negociaciones voluntarias de reestructuración como

el procedimiento de reorganización agilizado. Los ejemplos de esos regímenes podrían incluir aquéllos en virtud de los cuales los directivos de empresas pueden incurrir en responsabilidad por las operaciones comerciales realizadas durante dichas negociaciones; los que no reconocen las obligaciones por la financiación concedida durante ese período o que prevén que esas obligaciones podrán ser impugnadas y anuladas; y los que restringen la conversión de la deuda en capital social.

Recomendaciones 160 a 168

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas a los procedimientos de insolvencia en los que se combinan las negociaciones voluntarias de reestructuración y la aceptación de un plan con un procedimiento agilizado regulado por el régimen de la insolvencia con miras a la confirmación judicial del plan tienen por objeto:

a) Reconocer que las negociaciones voluntarias de reestructuración, en las que se suele tratar la reestructuración de la deuda contraída con prestamistas y con otros acreedores institucionales, y también con importantes acreedores no institucionales cuando su participación es decisiva para la reestructuración, pero en las que no participan todas las categorías de acreedores, constituyen un instrumento rentable y eficiente para rehabilitar las empresas que tienen dificultades económicas;

b) Promover y facilitar las negociaciones voluntarias de reestructuración;

c) Formular un procedimiento regulado por el régimen de la insolvencia que:

i) preserve las ventajas logradas en las negociaciones voluntarias de reestructuración cuando la mayoría de cada una de las categorías de acreedores afectadas acepten un plan;

ii) reduzca al mínimo las demoras y los gastos y evite el fracaso del plan convenido en las negociaciones voluntarias de reestructuración;

iii) vincule a los miembros minoritarios de cada categoría afectada de acreedores y titulares de acciones que no acepten el plan negociado;

iv) prevea los mismos requisitos de fondo, pero con plazos más breves, que para los procedimientos de reorganización en virtud del régimen, y disponga esencialmente las mismas salvaguardias; y

d) Suspender, con las debidas salvaguardias, los requisitos de otras leyes que puedan impedir o inhibir el uso de procesos que retrasen la invocación del régimen[7].

[7] Por ejemplo, requisitos que exijan el consentimiento unánime para ajustar las deudas al margen del procedimiento de la insolvencia, y la responsabilidad de los

Recomendaciones 160 a 168 *(continuación)*

Contenido de las disposiciones legislativas

Apertura de un procedimiento de reorganización agilizado (párrs. 84 y 85, y cap. I, párrs. 12 a 18 y recomendaciones 10 y 12 sobre competencia)

160. El régimen de la insolvencia debería especificar que podrá iniciarse un procedimiento agilizado a instancia de todo deudor que:

a) No pueda, o sea probable que no pueda, en términos generales, pagar sus deudas a su vencimiento;

b) Haya negociado un plan de reorganización que haya sido aceptado por cada categoría afectada de acreedores; y

c) Cumpla los requisitos de competencia para la apertura de un procedimiento de reorganización completo conforme al régimen de la insolvencia.

161. El régimen de la insolvencia podrá especificar, además, que puede iniciarse un procedimiento de reorganización agilizado a solicitud de cualquier deudor si:

a) Sus obligaciones exceden del valor de sus bienes o probablemente vaya a ser así; y

b) Se cumplen los requisitos de los apartados *b)* y *c)* de la recomendación 160.

Requisitos para la presentación de una solicitud (párr. 89)

162. El régimen de la insolvencia debería especificar que la solicitud de apertura de un procedimiento agilizado de reorganización tendrá que ir acompañada de la siguiente documentación suplementaria:

a) El plan de reorganización y la nota informativa;

b) Una descripción de las negociaciones voluntarias de reestructuración que hayan precedido a la presentación de la solicitud de apertura, incluida la información proporcionada a los acreedores afectados para permitirles adoptar una decisión con conocimiento de causa sobre el plan;

c) Un documento que certifique que se pagará a los acreedores no afectados en el curso ordinario de los negocios y que el plan no modifica ni afecta a los derechos ni a los créditos de esos acreedores sin su consentimiento;

d) Un informe sobre las votaciones de las categorías afectadas de acreedores que demuestre que estas categorías han aceptado el plan con las mayorías especificadas en el régimen;

---

directivos de la empresa si el deudor prosigue sus actividades comerciales durante el período en que tengan lugar las negociaciones de reestructuración voluntaria, que no reconozcan las obligaciones contraídas a raíz de créditos otorgados durante este período, y que restrinjan la conversión de la deuda en capital social.

Recomendaciones 160 a 168 *(continuación)*

e) Un análisis financiero u otras pruebas que demuestren que el plan cumple todos los requisitos aplicables a una reorganización; y

f) Una lista de los miembros de todo comité de acreedores que se haya establecido durante las negociaciones voluntarias de reestructuración.

Apertura del procedimiento

163. El régimen de la insolvencia debería especificar que la solicitud de apertura dará lugar a la apertura automática del procedimiento o que el tribunal deberá pronunciarse sin demora sobre si el deudor reúne las condiciones requeridas por las recomendaciones 160 ó 161 y, en caso afirmativo, declarar abierto el procedimiento.

Efectos de la apertura (párr. 90)

164. El régimen de la insolvencia debería especificar que:

a) Las disposiciones que sean aplicables al procedimiento de reorganización completo lo serán igualmente a todo procedimiento agilizado, salvo indicación expresa en contrario[8];

b) A menos que el tribunal decida otra cosa, la apertura de un procedimiento agilizado sólo surtiría efecto frente al deudor, así como frente a aquellos acreedores y categorías de acreedores y frente a todo titular de acciones cuyos derechos sean modificados o se vean afectados por el plan;

c) Todo comité de acreedores constituido durante las negociaciones voluntarias de reestructuración debería ser tratado de la misma forma que un comité de acreedores designado conforme al régimen de la insolvencia; y

d) Deberá celebrarse, a la mayor brevedad, una vista ante el tribunal sobre la confirmación del plan.

Notificación de la apertura (párr. 87 y Capítulo I, párrs. 64 a 71 y recomendaciones 22 a 25)

165. El régimen de la insolvencia debería especificar que habrá que dar aviso de la apertura de un procedimiento agilizado a todos los acreedores y titulares de acciones afectados. En la notificación deberá indicarse:

a) La cuantía, según el deudor, del crédito de cada acreedor afectado;

---

[8] Entre las disposiciones del régimen que normalmente no serán aplicables o que podrán modificarse figurarán las siguientes: la presentación de todos los créditos; la notificación y plazos para la aprobación del plan; los trámites previstos para la presentación del plan y de la nota informativa complementaria a los acreedores y demás partes interesadas y para la votación del plan que sean posteriores a la apertura del procedimiento; el nombramiento de un representante de la insolvencia (que por lo general no será nombrado, salvo que lo exija el plan); así como las disposiciones del régimen relativas a la modificación de un plan ya confirmado. Una excepción respecto de las disposiciones aplicables a los procedimientos ordinarios de reorganización sería la de que se pagaría a los acreedores no afectados por el plan en el curso ordinario de los negocios durante la ejecución del plan.

Recomendaciones 160 a 168 *(continuación)*

b) El plazo para presentar un crédito de distinto importe, cuando el acreedor afectado considere incorrecta la suma declarada por el deudor y el lugar en que podrá comunicarse el crédito;

c) El plazo y el procedimiento para impugnar créditos comunicados por otras partes;

d) El lugar y la fecha en que se celebrará la audiencia sobre la confirmación del plan y el lugar y el plazo para presentar objeciones sobre la confirmación; y

e) Los efectos del plan sobre los titulares de acciones.

Confirmación del plan (párrs. 60 a 63 y 88, y recomendación 152)

166. El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal confirmará el plan:

a) Si el plan satisface los requisitos de fondo que sean exigibles para su confirmación en un procedimiento de reorganización ordinario, en la medida en que dichos requisitos sean aplicables a los acreedores y accionistas que puedan verse afectados por el plan;

b) Si la notificación dada y la información facilitada a los acreedores y accionistas que puedan verse afectados por el plan, en el curso de las negociaciones voluntarias de reestructuración, son suficientes para que dichas personas puedan pronunciarse sobre el plan con conocimiento de causa, y si toda solicitud de aceptación del plan presentada antes de la apertura se ajustaba a la normativa aplicable; y

c) Si se está pagando, en el curso ordinario de los negocios, a los acreedores no afectados por el plan y si éste no modifica ni afecta a sus derechos o créditos sin su consentimiento; y

d) Si el análisis financiero presentado en la solicitud demuestra que el plan cumple todos los requisitos necesarios para la reorganización.

Efectos de un plan confirmado (párr. 64)

167. El régimen de la insolvencia debería especificar que el plan ya confirmado por el tribunal deberá surtir efecto únicamente frente al deudor y frente a aquellos acreedores y accionistas que vayan a ser afectados por el plan.

Fracaso de la ejecución de un plan confirmado (párrs. 70, 71 y 91)

168. El régimen de la insolvencia podrá especificar que cuando haya habido un incumplimiento sustancial de las condiciones del plan por parte del deudor, o cuando no pueda ejecutarse el plan, el tribunal podrá dar por terminado el procedimiento judicial y las partes interesadas podrán ejercitar sus derechos con arreglo a la ley.

V. Administración del procedimiento

A. Régimen aplicable a los créditos de los acreedores

1. Introducción

1. En un procedimiento de insolvencia, los créditos comunicados por los acreedores influyen de dos maneras: en primer lugar, para determinar qué acreedores podrán votar en el procedimiento y cómo podrán hacerlo (según la categoría en que entren sus créditos y según el valor que tengan, cuando ese factor sea pertinente) y, en segundo lugar, a efectos de la distribución. Por lo tanto, el trámite de la comunicación de los créditos y de su reconocimiento o rechazo es una parte fundamental del proceso de insolvencia. Habría que considerar la posibilidad de determinar qué acreedores deberían comunicar sus créditos y los tipos de créditos que habría que comunicar. Esos créditos podrían incluir, por ejemplo, todo derecho a cobrar una suma derivado de actos u omisiones del deudor antes de la apertura del procedimiento de la insolvencia, independientemente de que sean en concepto de alguna obligación legal vencida, de importe determinado o indeterminado, o fija o contingente. También habría que examinar los procedimientos aplicables a la comunicación, verificación y reconocimiento de los créditos, las consecuencias de que no se comunique un crédito y la revisión de las decisiones relativas al reconocimiento. El régimen de la insolvencia también tendrá que ocuparse de los efectos de la comunicación y el reconocimiento, ya que esa será la clave de la participación de los acreedores. Por ejemplo, la comunicación de un crédito puede dar a su titular el derecho a asistir a la primera reunión de la junta de acreedores, mientras que el reconocimiento, o al menos el reconocimiento provisional, puede ser esencial para permitirle votar respecto sobre diversas cuestiones del procedimiento.

2. Comunicación de los créditos

a) Acreedores que pueden tener que comunicar sus créditos

2. La cuestión más importante a la hora de decidir qué acreedores deberán comunicar sus créditos es el régimen de los créditos garantizados, ya que en el caso de los que carecen de garantía (independientemente de que el crédito sea contingente o fijo), generalmente su titular debe comunicarlos (salvo, desde luego, que en las disposiciones pertinentes se haya previsto otro mecanismo de verificación y reconocimiento de créditos en virtud del cual no todos los acreedores deban comunicar sus créditos; esta cuestión se examina más adelante).

3. En los regímenes de la insolvencia que no incluyen en la masa los bienes gravados y que permiten al titular de un crédito garantizado ejecutar

libremente su garantía con cargo al bien gravado, los titulares de ese tipo de créditos pueden quedar exentos de la obligación de comunicarlos si el valor de los bienes gravados les permite cobrar la totalidad de sus créditos al vender los bienes. Si el valor del bien gravado es inferior al importe del crédito garantizado, el acreedor puede tener que reclamar a la masa el importe del crédito no cubierto por la garantía, como si fuera un acreedor ordinario sin garantía. Ese importe depende, pues, del valor del bien gravado y de la forma en que se determine ese valor, así como del momento en que ello se haga. A menos que la valoración se rija por normas claras, existe la posibilidad de incertidumbre, especialmente a la hora de determinar el derecho de voto, cuando está en función del valor del crédito[1].

4. Según otro criterio, los acreedores garantizados deben reclamar la cuantía total de su garantía real (independientemente de que alguna parte de su crédito no esté garantizada). Este requisito se limita en algunos ordenamientos jurídicos a los tenedores de determinados tipos de garantías reales, como, por ejemplo, los gravámenes flotantes, las compraventas con garantía o las prendas sobre un bien. En algunos de los ordenamientos que exigen a todos los acreedores comunicar sus créditos garantizados se prevén graves consecuencias si no lo hacen (esta cuestión se examina más adelante). En algunos regímenes de la insolvencia también se permite a los acreedores garantizados entregar su garantía real al representante de la insolvencia y comunicar un crédito por su valor total[2].

5. La justificación de exigir a los acreedores garantizados que comuniquen sus créditos garantizados radica en que de ese modo el representante de la insolvencia dispondrá de información sobre todos los créditos existentes, sobre la magnitud de la deuda garantizada y sobre los bienes que podrían estar gravados con una garantía real, así como sobre el importe total de la deuda exigible. Sea cual sea el criterio que se elija, es conveniente que el régimen de la insolvencia prevea normas claras sobre el tratamiento de los acreedores garantizados a efectos de la comunicación de sus créditos. También es importante, en particular cuando un régimen prevea que el procedimiento de comunicación de los créditos podrá afectar a las garantías reales de un acreedor garantizado, que en la notificación de apertura del procedimiento se facilite información sobre el requisito de comunicar los créditos garantizados o sobre las consecuencias que entrañará no hacerlo. Es

---

[1] Véase el tema de la valoración de los bienes gravados en el capítulo II, párrs. 66 a 68.

[2] La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (párr. 3 del art. 14) y la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno (párr. 111) señalan que en algunos ordenamientos se considera que todo acreedor garantizado que comunique su crédito renuncia con ello a su garantía o a algunos de los privilegios del crédito, mientras que en otros el hecho de no comunicar el crédito surte el mismo efecto (véase el anexo III).

conveniente, cuando se exige a los acreedores garantizados que comuniquen sus créditos, que los trámites para la comunicación y verificación sean, en general, los mismos que en el caso de los acreedores no garantizados.

b) Limitaciones a la comunicación de los créditos

6. Los antiguos regímenes de la insolvencia solían limitar los tipos de créditos que podían comunicarse y excluían, por ejemplo, los créditos de una cuantía indeterminada en concepto de daños extracontractuales. No obstante, en los regímenes más recientes ha habido una tendencia a ampliar la definición de los tipos de créditos que pueden comunicarse para incluir en ella los créditos de una cuantía indeterminada tanto contractuales como extracontractuales, así como los de carácter contingente. Puede ser preciso también que el régimen regule el trato que deba darse a los créditos de carácter no pecuniario, como, por ejemplo, cuando se reclame el derecho a que se cumpla una obligación (por ejemplo, la entrega de determinados bienes) o un préstamo sin posibilidad de recurso.

7. Los regímenes de la insolvencia regulan de diferentes modos los créditos excluidos. En algunos regímenes, los acreedores titulares de esos créditos no pueden participar en el procedimiento y no disponen de recurso alguno para cobrar sus créditos al deudor, pues dichos créditos quedan de hecho extinguidos. Sin embargo, en otros regímenes se mantienen otras vías para cobrar esos créditos y se permite a los acreedores presentar demandas al margen del procedimiento de insolvencia. Es conveniente que en un régimen se definan en forma amplia los tipos de créditos que podrán comunicarse y abordarse en el contexto del procedimiento de insolvencia. Con todo, cabe observar que, al ampliar la definición, puede complicarse este procedimiento, en particular a la hora de valorar los créditos con miras a comunicarlos y reconocerlos, incluso en forma provisional.

i) Deudas contraídas tras la apertura del procedimiento

8. Como principio general, sólo pueden presentarse reclamaciones por deudas que se hayan contraído antes de la apertura del procedimiento. El tratamiento de las deudas posteriores a la apertura del procedimiento dependerá de la naturaleza de este último y de las disposiciones del régimen de la insolvencia; muchos regímenes disponen que deben pagarse en su totalidad como gastos del procedimiento.

ii) Tipos de créditos que se excluyen

9. Por una serie de consideraciones de orden público, el régimen de la insolvencia puede tratar de excluir de los procedimientos determinados tipos de créditos, por ejemplo, los créditos fiscales extranjeros, las multas y sanciones, las indemnizaciones por lesiones corporales o por negligencia y las deudas de juego. Algunos regímenes establecen que estos créditos podrán comunicarse, pero podrán recibir un trato diferente, quedando, por ejemplo,

subordinados a otros créditos no garantizados. Es muy conveniente que en un régimen se especifiquen los créditos que quedarán excluidos del procedimiento de insolvencia (o que recibirán un trato diferente; véanse los párrs. 45 a 49 *infra*).

a. Créditos fiscales extranjeros

10. Los créditos fiscales extranjeros se excluyen actualmente en muchos Estados, y por lo general se reconoce que tal exclusión no es contraria al objetivo de igualdad de tratamiento de los acreedores nacionales y extranjeros. Pese a esta opinión general, no existen razones imperiosas que impidan reconocer esos créditos si un Estado lo desea. Cuando se reconozcan los créditos fiscales extranjeros, podrán tratarse de la misma manera que los créditos fiscales nacionales o los créditos ordinarios no garantizados. En el párrafo 2 del artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase el anexo III) se reconocen estos distintos criterios y se dispone que el requisito de igualdad de trato de los acreedores nacionales y extranjeros no se verá afectado por la exclusión de los créditos extranjeros en concepto de impuestos o de seguridad social, o por el hecho de que tengan la misma prelación que los créditos ordinarios no preferentes, o menor prelación cuando los créditos equivalentes en el país tengan ese grado inferior de prelación.

b. Créditos derivados de una actividad ilegal

11. En los casos en que las deudas de juego se consideran créditos excluidos, la exclusión se justifica, en general, por el hecho de que se derivan de una actividad de por sí ilegal. En lugar de detallar los tipos concretos de créditos que pueden excluirse como ilegales, el régimen de la insolvencia puede excluir, como categoría general, los créditos que se deriven de una actividad ilegal y que sean inejecutables.

c. Multas y sanciones

12. Con respecto a las multas y sanciones, el régimen de la insolvencia puede distinguir entre las que son de índole estrictamente administrativa o punitiva (como las multas impuestas por violación de una norma administrativa o penal) y las que son de índole compensatoria. Puede aducirse que la primera categoría debería excluirse porque esas multas y sanciones se derivan de un delito o infracción del deudor y los acreedores no garantizados no tienen por qué soportar la carga de ese delito o infracción y ver reducidos los bienes disponibles para la distribución. En cambio, no parece haber ninguna razón convincente para excluir la segunda categoría, sobre todo cuando se trate de una indemnización por los daños sufridos por otra parte, salvo si la exclusión también pudiera justificarse como medio para aumentar los bienes disponibles para los acreedores no garantizados. Otro criterio posible consistiría en reconocer los créditos basados en multas y sanciones porque, de otro modo, no se cobrarían nunca.

c) Procedimiento para la comunicación de los créditos

i) Plazo para la comunicación de los créditos

13. A fin de garantizar que los créditos se comuniquen oportunamente y que el procedimiento no se prolongue innecesariamente, es conveniente adoptar un criterio flexible en cuanto a la comunicación de créditos, permitiendo a los acreedores comunicar sus créditos no sólo por vía postal, sino también por correo electrónico y otros medios apropiados. También se pueden fijar plazos para la presentación. En general hay tres tipos de criterios para especificar los plazos. Con arreglo al primero, el régimen de la insolvencia prevé que los créditos deberán comunicarse en un plazo determinado, a partir de la fecha efectiva de la apertura del procedimiento o de algún otro momento del mismo. En otros regímenes se dispone que el tribunal o el representante de la insolvencia fijen el plazo, pero dentro de unos márgenes establecidos en el propio régimen; estos plazos van de diez días a tres meses a partir de un determinado hecho, como la apertura del procedimiento. El tercer criterio es no establecer ningún plazo y dejar la cuestión al arbitrio del representante de la insolvencia, o, de otro modo, prever que los créditos podrán presentarse hasta un determinado momento del procedimiento, como el de la presentación del informe final y la rendición de cuentas de dicho representante. Algunos regímenes prevén distintos plazos según el método aplicado para la notificación de la apertura del procedimiento; cuando el acreedor sea conocido y haya recibido una notificación personal de la apertura, el plazo puede ser menor que cuando el acreedor sólo pueda tener conocimiento de ella por medio de una notificación pública.

14. Un factor crucial para fijar el plazo de comunicación será el procedimiento de verificación y reconocimiento de los créditos. Si se dispone que ese procedimiento se lleve a cabo en una audiencia judicial o en una junta de acreedores convocada con ese fin, es probable que el plazo sea menos flexible y que cuando los créditos no se hayan comunicado en la fecha fijada, antes de la celebración de la audiencia o junta, haya que convocar a una audiencia o una junta especial. Cuando el representante de la insolvencia se encargue del proceso de verificación y reconocimiento habrá mayor flexibilidad, ya que no será necesario cumplir los requisitos de procedimiento relacionados con la convocación de una audiencia judicial o una junta de acreedores.

15. Si bien los plazos pueden evitar que la tramitación de los créditos provoque un retraso indebido en el procedimiento, pueden perjudicar a los acreedores extranjeros, que en muchos casos tal vez no podrían cumplir los mismos plazos que los acreedores nacionales. Para garantizar la igualdad de trato de los acreedores nacionales y extranjeros, y teniendo en cuenta la tendencia internacional a eliminar la discriminación basada en la nacionalidad del acreedor, tal vez sería posible adoptar un criterio que permitiera comunicar los créditos en cualquier momento anterior a la distribución o a otra etapa determinada del procedimiento, o que fijara un plazo que pudiera

prorrogarse o del que pudiera eximirse al acreedor cuando éste tuviera una buena razón para no cumplirlo, o cuando ese plazo constituyera un impedimento grave para el acreedor.

16. Cuando se establezca un plazo (ya sea en el régimen de la insolvencia, o por determinación del tribunal o del representante de la insolvencia) y el crédito se haya comunicado tardíamente y ello ocasione gastos, esos gastos podrían correr por cuenta del acreedor. Cuando los créditos puedan comunicarse en una etapa avanzada del procedimiento, habrá que determinar la cuestión de si puede hacerse una distribución provisional antes de que se hayan comunicado todos los créditos y, de ser así, si los acreedores que comuniquen sus créditos después de que se haya hecho la distribución podrán participar, pese a ello, en la distribución. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que esos acreedores sólo podrán participar en las distribuciones que tengan lugar después de la comunicación de sus créditos, en tanto que otros exigen que el representante de la insolvencia haga una provisión de fondos en el momento de la distribución para los acreedores que no hayan comunicado aún sus créditos.

ii) Obligación de comunicar y demostrar los créditos

17. Muchos regímenes de la insolvencia imponen a los acreedores la obligación de comunicar y demostrar sus créditos. En general deberán presentar pruebas, en algunos casos mediante un formulario ordinario de demanda acompañado de documentos justificativos, sobre la cuantía del crédito, la base de la deuda y los privilegios o garantías reales invocados. Muchos regímenes también permiten al representante de la insolvencia pedir al acreedor que aporte más información o documentación que corrobore su crédito; algunos regímenes prevén también la posibilidad de rechazar los créditos que no se hayan demostrado debidamente. Aunque en algunos ordenamientos jurídicos el reconocimiento de los créditos podrá verse facilitado al exigir que éstos se comuniquen en forma de declaración, como una declaración jurada (*affidavit*), que prevea sanciones en caso de dolo, los trámites que suponen tales declaraciones en algunos ordenamientos han hecho que se desista de esa práctica.

18. Como medio para abreviar el proceso de tramitación de los créditos, varios regímenes permiten reconocerlos en determinadas circunstancias sin exigir la presentación formal de pruebas por parte del acreedor. Las circunstancias apropiadas a ese respecto podrán incluir aquéllas en que el representante de la insolvencia pueda determinar, a través de los libros y registros del deudor, cuáles son los acreedores con derecho a cobrar sus créditos y la cuantía de la deuda. Aun cuando es posible que en muchos casos de insolvencia esos libros y registros no contengan información totalmente fidedigna, este método permite simplificar las formalidades ligadas a la verificación y el reconocimiento de los créditos y puede resultar adecuado cuando no haya créditos impugnados ni por el deudor ni por otros acreedores (esta cuestión se examina en detalle más adelante).

19. Este método puede verse facilitado por la preparación, en una etapa temprana del procedimiento, de una lista de los acreedores y los créditos. La preparación de tal lista por parte del deudor tiene la ventaja de que se aprovechan los conocimientos que éste tiene de sus acreedores y de sus respectivos créditos y de que el representante de la insolvencia ya puede conocer la situación financiera de la empresa desde la etapa inicial. Otras opciones consistirían en disponer que el representante de la insolvencia ayudara al deudor a hacer la lista o que la preparara él mismo. Si bien esas últimas opciones permitirían simplificar los trámites que comporta el proceso de verificación de los créditos, podrían ocasionar mayores gastos y demoras, ya que presuponen la capacidad del representante de la insolvencia para obtener información exacta y pertinente del deudor. Una vez elaborada la lista, podría utilizarse para determinar los créditos que podrán reconocerse sin necesidad de pruebas formales y los acreedores a los que habrá que invitar a que comuniquen sus créditos al representante de la insolvencia a efectos de su verificación y para asegurarse de que se ha tomado en consideración a todos los acreedores pertinentes en el proceso relativo a los créditos. Asimismo, la lista podría revisarse y actualizarse periódicamente para conocer con exactitud no sólo el grado de endeudamiento del deudor, sino también la evolución del proceso de reconocimiento y verificación de los créditos.

20. Puede ser conveniente que el régimen de la insolvencia regule la cuestión de los créditos falsos y prevea la imposición de las oportunas sanciones a los acreedores y otras partes que comuniquen créditos que resulten ser falsos.

iii) Requisitos de forma para la comunicación de créditos extranjeros

21. Una cuestión de particular importancia para los acreedores extranjeros es si el crédito debe comunicarse en el idioma del Estado en que se ha abierto el procedimiento de insolvencia, y si la reclamación debe cumplir determinados requisitos de forma, como los de protocolización de los documentos. Para facilitar el acceso de los acreedores extranjeros, conviene tomar en consideración si esos requisitos son esenciales o si puede dárseles un carácter menos riguroso, como en el caso de otros requisitos procesales examinados en relación con el artículo 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase el anexo III[3]). Por lo demás, es conveniente que los créditos extranjeros estén sujetos a los mismos procedimientos de verificación y reconocimiento que los créditos nacionales.

[3] Véanse también los artículos 40 y 41 del Reglamento del Consejo de Europa Nº 1346/2000, relativos a la información que habrá de proporcionarse a los acreedores.

iv) Conversión de créditos en moneda extranjera

22. Cuando el deudor lleva a cabo actividades comerciales en distintos países, es posible que contraiga deudas expresadas en monedas diferentes de la del país en que se sustancie el procedimiento de insolvencia. Para fines de verificación y distribución, los créditos en moneda extranjera suelen convertirse en moneda nacional, aunque pueden darse circunstancias en que no se requiera tal conversión. La fecha de conversión puede haberse acordado en el contrato celebrado entre el deudor y el acreedor o podrá fijarse en el régimen de la insolvencia especificando que deberá efectuarse en un determinado momento, como la fecha efectiva de la apertura o cualquier otro momento del procedimiento. Si transcurre cierto tiempo entre la fecha de conversión y la de distribución (la cual podría efectuarse en una fecha bastante posterior), toda depreciación o revalorización de la moneda afectará al importe del crédito. Si se trata de una moneda relativamente estable, la fluctuación tal vez no sea considerable. Sin embargo, en épocas de gran inestabilidad monetaria, ésta podría perjudicar de manera notable a un determinado acreedor, favoreciendo a otros acreedores, o beneficiar a ese acreedor en detrimento de los demás. En tales circunstancias, el régimen podría disponer que se realizara una conversión provisional en la fecha efectiva de la apertura del procedimiento a efectos de la votación y, si la fluctuación del tipo de cambio fuera superior a un determinado porcentaje (que podría enunciarse en el régimen) durante el período anterior a la distribución, cabría entonces realizar la conversión en el momento de la distribución o ajustar el cálculo anterior.

v) Parte autorizada a recibir los créditos

23. Los regímenes de la insolvencia suelen aplicar dos criterios diferentes para determinar a quién deben comunicarse los créditos. Algunos exigen que se comuniquen al tribunal; otros, al representante de la insolvencia. La aplicación de uno u otro criterio depende generalmente del proceso de verificación y de las funciones respectivas que ejerzan en él el tribunal y el representante. Cuando sea este último quien se encargue de la verificación y el reconocimiento de los créditos, los acreedores en general tendrán derecho a recurrir al tribunal para impugnar el valor o la prelación que el representante de la insolvencia haya asignado al crédito reconocido o su decisión de rechazar el crédito.

d) No comunicación de créditos que deban comunicarse

i) Créditos no comunicados en el plazo establecido

24. Los regímenes de la insolvencia adoptan distintos criterios respecto de los créditos que, en virtud de sus disposiciones, se exige que se comuniquen, pero que no se comunican dentro del plazo previsto a esos efectos. Algunos regímenes optan por un criterio flexible, estableciendo que, en tal caso, los acreedores aún dispondrán de un plazo para comunicar sus créditos, como por

ejemplo, antes del informe definitivo del representante de la insolvencia y de la rendición de cuentas en la liquidación, pero deberán sufragar todo gasto adicional derivado de la demora. Una posible consecuencia de la comunicación tardía de un crédito es que el acreedor no pueda participar en la distribución provisional realizada antes de la comunicación (o el reconocimiento) de su crédito, si bien, como ya se ha señalado, en algunos regímenes se permite que el acreedor reciba los dividendos provisionales anteriores una vez reconocido su crédito. Otra consecuencia es la pérdida del derecho de voto en las juntas de acreedores cuando la comunicación de un crédito sea un requisito previo para ejercer ese derecho.

25. Otra forma de regular la comunicación de los créditos consiste en imponer plazos estrictos, y algunos regímenes prevén que si no se comunica un crédito podrá extinguirse la deuda o podrán perderse las garantías reales, siempre y cuando se hayan notificado debidamente al acreedor la apertura del procedimiento y los requisitos para la comunicación de créditos. Otros regímenes exigen que el acreedor que no haya comunicado su crédito en el plazo establecido curse una solicitud de reconocimiento al tribunal. Una vez reconocido el crédito, tal vez su titular sólo pueda percibir los dividendos que se devenguen posteriormente.

26. Aunque deben ofrecerse a los acreedores las más amplias posibilidades de comunicar sus créditos en un procedimiento de insolvencia y, por tanto, debe notificárseles adecuada y oportunamente la apertura del procedimiento y los requisitos para la comunicación de créditos, el procedimiento no debe demorarse a causa de acreedores que, aun conociendo la necesidad de comunicar sus créditos y los plazos correspondientes, no los comuniquen oportunamente. Esto podría aumentar los costos del procedimiento y perjudicar a otros acreedores. Por consiguiente, deberán indicarse claramente las consecuencias que tendrá para los acreedores el hecho de no comunicar sus créditos y habrá que informarles de ellas cuando se les notifiquen los plazos establecidos.

ii) Créditos no comunicados antes de finalizar el procedimiento

27. El hecho de que un acreedor no comunique un crédito antes del informe y de la rendición de cuentas finales puede tener distintos resultados según lo que disponga un régimen de la insolvencia. Por ejemplo, conforme a algunos de los regímenes que prevén que el deudor quedará exonerado de su obligación al concluir el procedimiento de insolvencia, se establece también que se perderán los créditos no comunicados en el procedimiento.

3. Verificación y reconocimiento de créditos

a) Lista de los créditos comunicados

28. Muchos regímenes de la insolvencia establecen que el tribunal o el representante de la insolvencia, según a quién corresponda, preparen una lista

de los créditos comunicados, ya sea después de la expiración del plazo establecido al respecto o sobre la marcha cuando no se haya previsto un plazo o el plazo expire en una etapa posterior del procedimiento. Cuando el régimen de la insolvencia requiera la preparación de una lista de acreedores, conforme a lo tratado más arriba (véase el capítulo III, párrs. 23 y 49), la lista de créditos actualizará esa lista anterior de acreedores y servirá de base para la verificación y el reconocimiento de los créditos, así como para la notificación de su recepción, reconocimiento o rechazo, según cuál sea el procedimiento aplicable. Muchos regímenes disponen que todos los acreedores conocidos e identificables tienen derecho a que se les notifiquen todos los créditos comunicados, requisito que podrá cumplirse efectuando la notificación personalmente, insertando un aviso en una publicación comercial apropiada, o presentando una lista al tribunal. Esa notificación permitirá a los acreedores, el deudor y las partes interesadas saber qué créditos se han comunicado y formular objeciones acerca de cualesquiera créditos enumerados en la lista (cuando el régimen de la insolvencia lo permita).

b) Procedimientos de verificación y reconocimiento

29. En el proceso de verificación no sólo se determina la legitimidad y la cuantía de un crédito, sino que también se clasifican los créditos a los efectos de votación y distribución (por ejemplo, dividiéndolos en créditos garantizados o no garantizados, o con o sin prelación).

i) Plazo de verificación y reconocimiento

30. Además de establecer plazos para la comunicación de los créditos, varios regímenes de la insolvencia imponen plazos para su verificación y reconocimiento y exigen que la decisión se comunique a los acreedores en un breve plazo, por ejemplo, de 30 días después de expirar el plazo de presentación. Otros regímenes no prevén plazos. Un factor fundamental al decidir si un régimen de la insolvencia debe imponer plazos en ese caso es el procedimiento de verificación y si el reconocimiento requiere la celebración de una audiencia judicial o de una junta de acreedores o está exclusivamente en manos del representante de la insolvencia. Cuando se celebre una audiencia judicial o una junta de acreedores, el reconocimiento suele hacerse en esa audiencia o junta, a reserva de que se resuelvan las controversias dimanantes de impugnaciones de créditos. Por razones de transparencia y seguridad jurídica y para velar por una sustanciación eficaz del procedimiento sin demoras indebidas, es conveniente que la decisión de reconocer o rechazar un crédito se adopte sin pérdida de tiempo, en particular cuando el reconocimiento sea una condición para que los acreedores puedan participar en el procedimiento y ejercer el derecho de voto. Ahora bien, como sucede en general al analizarse la necesidad de prever un plazo, e independientemente del criterio que se adopte para la verificación y el reconocimiento, deben sopesarse las ventajas de fijar un plazo teniendo en cuenta, por una parte, las

posibles desventajas de la inflexibilidad y, por otra, la necesidad de que las partes lo cumplan.

ii) Procedimiento de reconocimiento

31. Los regímenes de la insolvencia prevén diversos procedimientos de reconocimiento que suponen distintos grados de complejidad y de intervención del tribunal, del representante de la insolvencia y de los acreedores, llegándose a requerir, en ciertos casos, la participación de todos ellos en distintos momentos de su tramitación. Cuando a esos factores se suman el derecho de apelación y las dificultades que entraña la determinación de los tipos de créditos que requieren valoración, es posible que la complejidad del proceso interrumpa en gran medida la sustanciación del procedimiento de insolvencia y ocasione demoras que repercutan en otras de sus etapas. Por ello, es sumamente conveniente que los trámites se reduzcan al mínimo y que el proceso decisorio se simplifique en todo lo posible.

a. Reconocimiento a cargo del representante de la insolvencia

32. Como ya se ha señalado (párr.23), los regímenes de la insolvencia suelen disponer que los créditos se comuniquen al representante de la insolvencia o al tribunal. Muchos regímenes establecen que, cuando el crédito se deba comunicar al representante, corresponderá a éste verificarlo y decidir si debe ser reconocido total o parcialmente, o si requiere un trato especial, por ejemplo, cuando se trata de créditos de personas allegadas. Se notificará al acreedor la decisión del representante de la insolvencia y, cuando rechace el crédito o sólo lo reconozca parcialmente o lo sujete a un trato especial, el representante deberá en general justificar su decisión (con frecuencia, por escrito). El requisito de justificación por escrito aumentará la transparencia del procedimiento; también podría llegar a hacerlo más previsible para los acreedores y facilitar el proceso de revisión judicial si se impugna la decisión del representante. Como ya se ha indicado, algunos regímenes establecen que las decisiones del representante sobre el reconocimiento de créditos deberán actualizarse periódicamente en la lista de créditos que obre en poder del tribunal o que se divulgue de alguna otra forma, con objeto de facilitar su consulta por parte de los demás acreedores y el deudor. Varios regímenes disponen que el crédito se considerará reconocido cuando, después de la debida notificación, el representante de la insolvencia no reciba ninguna objeción a que se reconozca dicho crédito.

33. Con arreglo a otros regímenes de la insolvencia, el representante debe convocar una junta de acreedores para examinar los créditos comunicados sobre la base de la lista preparada por el representante y proporcionada a los acreedores. Puede disponerse que la lista incluya recomendaciones sobre el reconocimiento, el valor y la prelación de cada crédito. Cuando en la junta no se pongan objeciones al reconocimiento de los créditos, los regímenes que siguen este criterio suelen disponer que las recomendaciones del

representante se considerarán aprobadas o que los créditos se tendrán por reconocidos.

b. Reconocimiento a cargo del tribunal

34. Cuando los créditos deban comunicarse al tribunal, éste suele convocar a la junta de acreedores o la audiencia judicial en que se examinarán los créditos y se decidirá si se reconocen. Varios regímenes requieren que los créditos se comuniquen un cierto número de días antes de la fecha fijada para la junta y que el tribunal, o el representante de la insolvencia, prepare una lista provisional de créditos admisibles que se hará llegar a todos los acreedores antes de que se celebre la audiencia o la junta. Cuando en esta última no haya habido objeciones a que se reconozcan los créditos enumerados en la lista, el régimen suele dar esos créditos por reconocidos.

c. Requisito de comparecencia de los acreedores

35. Una cuestión que puede tener interés para los acreedores, en particular para los acreedores extranjeros, es el requisito previsto en algunos regímenes de que, para que puedan reconocerse sus créditos, los acreedores asistan personalmente a las juntas convocadas para examinarlos. Este requisito podría impedir que se cumpliera el objetivo de igualdad de trato para los acreedores que estén en situaciones similares y podría ocasionar demoras. Aunque puede haber casos en que será importante la comparecencia, en general los créditos pueden reconocerse sobre la base de pruebas documentales. Por lo tanto, es conveniente que el régimen, en vez de exigir en todos los casos la comparecencia de los acreedores como condición para el reconocimiento de sus créditos, disponga que, en general, éstos puedan reconocerse sobre la base de dichas pruebas.

iii) Reconocimiento automático de créditos

36. A fin de reducir los requisitos de forma exigidos para la verificación y el reconocimiento de los créditos, una opción distinta a las mencionadas puede consistir en establecer que los créditos pendientes en el momento de la apertura del procedimiento no requerirán verificación y se reconocerán automáticamente a menos que sean impugnados. Este enfoque exigiría algún mecanismo para determinar la existencia, el valor y la prelación de los créditos. Aunque por razones de fiabilidad e integridad de la información no sea necesariamente suficiente en todos los casos, puede ser conveniente verificar todos los créditos pendientes y su valor hipotético recurriendo en primer lugar a los libros y registros del deudor y a la lista de acreedores que ha de prepararse durante el procedimiento. Cuando esos créditos no se impugnen, podrán considerarse reconocidos sin que los acreedores tengan que presentar pruebas formales. Si se adopta un criterio de reconocimiento automático como el descrito, podrán obviarse muchas de las dificultades que se plantean cuando debe evaluarse con exactitud la situación al comienzo del

procedimiento a fin de que los acreedores puedan participar y votar en las juntas celebradas en la fase inicial del procedimiento.

iv) Reconocimiento provisional de créditos

37. Los créditos comunicados pueden ser de dos tipos: de valor determinado y de valor indeterminado, es decir, créditos en que no se ha fijado la cuantía reclamada al deudor cuando han tenido que comunicarse, o cuya cuantía no puede fijarse por el momento (por ejemplo, por ser objeto de una acción judicial aún no resuelta al abrirse el procedimiento de insolvencia y que puede quedar sujeta a la paralización). Esos créditos pueden ser contractuales o extracontractuales, y pueden derivarse de créditos garantizados o no garantizados. Los créditos también pueden ser condicionales, contingentes o no exigibles en el momento de la apertura (en este último caso, generalmente el crédito será objeto de una deducción por el plazo que falte para el vencimiento).

38. Cuando no pueda determinarse o no se haya determinado la cuantía del crédito en el momento en que éste deba presentarse, muchos regímenes permiten que un crédito se reconozca provisionalmente, siempre que se le dé un valor hipotético. La valoración de tales créditos plantea una serie de cuestiones, como la del momento en que deberá efectuarse la valoración, si debe establecerse un valor definitivo (en cuyo caso se ocupará de ello un tribunal) o estimado (de lo que podrá encargarse el representante de la insolvencia, el tribunal o alguna otra persona que se designe). Cuando corresponda a un tribunal zanjar la cuestión, habrá que determinar el tribunal competente (el tribunal de la insolvencia o algún otro tribunal) y la forma en que la demora del proceso de valoración puede repercutir en la sustanciación del procedimiento de insolvencia. La cuestión de la valoración de créditos de cuantía indeterminada puede tener importantes repercusiones en el procedimiento de insolvencia cuando, por ejemplo, se presenten reclamaciones colectivas por daños extracontractuales. En cuanto al momento de la valoración, muchos regímenes disponen que se vincule a la fecha efectiva de la apertura del procedimiento. Tal vez se requieran normas especiales cuando la reorganización pase a ser otro tipo de procedimiento.

39. Un motivo importante para permitir el reconocimiento provisional de créditos es que con ello se posibilite la participación de los titulares de esos créditos en el procedimiento y, en particular, en la votación sobre cuestiones fundamentales, como la aprobación del plan de reorganización o alguna otra cuestión que requiera una decisión de los acreedores.

40. Cuando un régimen de la insolvencia prevea el reconocimiento provisional de créditos, podría ser necesario determinar si tales créditos estarán sujetos, de entrada, al mismo procedimiento que los demás créditos. Por ejemplo, cuando para el reconocimiento se requiera la celebración de una audiencia judicial o la convocatoria de una junta de acreedores, los créditos que pudieran reconocerse provisionalmente podrían estar sujetos a este

procedimiento o podrían tener que ser previamente reconocidos por el representante de la insolvencia, sin perjuicio del derecho de una parte disconforme a impugnar el crédito, y estar sujetos a algún procedimiento de aprobación en una etapa posterior. Otras cuestiones que cabría regular son si, cuando los titulares de créditos reconocidos provisionalmente voten sobre un plan de reorganización, podrán quedar vinculados, como acreedores minoritarios, por un plan al que no hayan dado su aprobación; si los titulares de créditos reconocidos provisionalmente tendrán derecho a participar en las distribuciones que se efectúen antes de que sus créditos se hayan reconocido por completo; y qué efectos producirá el hecho de que un crédito reconocido provisionalmente sea después rechazado, o sólo parcialmente reconocido, sobre las decisiones en cuya adopción haya participado el acreedor. El reconocimiento provisional de un crédito otorgará en general al acreedor el derecho a participar en el procedimiento del mismo modo que otros acreedores, salvo que no podrá participar en las distribuciones hasta que se haya determinado finalmente el valor del crédito y éste se haya reconocido en forma definitiva. Sin embargo, cuando el crédito no sea al final reconocido en su totalidad, podrán descontarse, en proporción a la parte reconocida del crédito, los votos que el acreedor haya emitido en votaciones anteriores durante el procedimiento.

c) Créditos litigiosos

41. Cuando un régimen de la insolvencia permita impugnar el valor, la prelación o el fundamento de un crédito comunicado en el procedimiento, es conveniente que especifique también qué partes tendrán derecho a entablar esa impugnación. Algunos regímenes sólo permiten al representante de la insolvencia impugnar los créditos, mientras que en otros pueden hacerlo también otras partes interesadas, incluidos otros acreedores y el deudor. Según los diversos procedimientos de comunicación y reconocimiento de créditos, la impugnación podrá formularse ante el representante de la insolvencia o antes o en el transcurso de la audiencia judicial o de la junta de acreedores celebrada para examinar los créditos. Cuando se prevea ese tipo de junta o de audiencia, podrá facilitarse el examen de los créditos si el tribunal o el representante de la insolvencia preparan una lista provisional de los créditos reconocidos y la hacen llegar a todos los acreedores antes de la celebración de la audiencia o la junta. Cuando los créditos sean impugnados en el procedimiento de insolvencia, será indispensable que el régimen prevea un mecanismo de solución rápida de controversias para que el procedimiento pueda desarrollarse de forma eficiente y ordenada. El reconocimiento provisional de ese crédito hasta tanto no se solucione la controversia podrá permitir la reducción al mínimo de toda perturbación del procedimiento y de la tramitación de los créditos. Si las impugnaciones no pueden resolverse con rapidez y eficacia, existe el riesgo de que esta posibilidad de impugnación se utilice para entorpecer el procedimiento y provocar demoras innecesarias. La mayoría de los regímenes disponen que el tribunal resuelva las impugnaciones y que su decisión sea definitiva.

42. Cuando los créditos que se comuniquen en el procedimiento de insolvencia sean objeto de una controversia al margen de ese procedimiento, corresponderán generalmente a una de las categorías de créditos provisionalmente admisibles en el procedimiento de insolvencia, según la naturaleza del crédito y hasta que se dirima esa controversia (y a reserva de la aplicación de la paralización de las actuaciones; véase el capítulo II, párrs. 30 a 34 y 60 a 62).

d) Efectos del reconocimiento de un crédito

43. El reconocimiento del crédito de un acreedor fundamentará el derecho de éste a asistir a juntas de acreedores y fijará el importe por el cual el acreedor tendrá derecho a votar en ellas, ya sea para elegir el representante de la insolvencia, para aprobar un plan de reorganización o para decidir sobre toda otra cuestión que se especifique en el régimen de la insolvencia. También se fijará el importe y el grado de prelación del crédito, que el representante de la insolvencia deberá tener en cuenta al efectuar la distribución entre los acreedores.

e) Compensación de créditos

44. Como ya se ha señalado (cap. II, párrs. 204 a 207), varios regímenes de la insolvencia establecen que las obligaciones pecuniarias recíprocas entre el deudor y los acreedores podrán compensarse en el procedimiento de insolvencia, siempre que se cumplan determinadas condiciones. Por ejemplo, cabe exigir que los créditos ya existieran y fueran exigibles y pagaderos en la fecha efectiva de la apertura del procedimiento; que el acreedor haya adquirido su crédito sin dolo o desconociendo la situación económica de su deudor; que el acreedor no haya adquirido el título durante el período de sospecha; que el acreedor haya declarado al representante de la insolvencia su intención de solicitar una compensación; y que los créditos estén relacionados entre sí. Muy pocos regímenes establecen la obligatoriedad de la compensación en la insolvencia, mientras que otros no permiten la compensación de créditos por considerar que infringe el principio de *pari passu*. Cuando se permite la compensación, el representante de la insolvencia o el tribunal la tendrán generalmente en cuenta al verificar y reconocer los créditos.

f) Créditos que requieren un tratamiento especial

i) Créditos derivados de la administración de la insolvencia

45. Como ya se ha señalado (cap. III, párrs. 31, 66 y 112), los procedimientos de insolvencia requieren a menudo la colaboración de profesionales, como la del representante de la insolvencia y de asesores del deudor o del representante de la insolvencia. Las actividades de los comités de acreedores también pueden entrañar gastos para mantener en marcha la actividad comercial del deudor, que incluyen muchas o todas las deudas

posteriores a la apertura del procedimiento, como los sueldos de los empleados, los gastos de arrendamiento y créditos similares, y también para llevar a cabo el propio procedimiento de insolvencia.

46. No obstante la importancia de remunerar apropiadamente a quienes participen en la sustanciación del procedimiento de insolvencia, los gastos administrativos pueden afectar considerablemente al valor de la masa de la insolvencia. Si bien en cierta medida las consecuencias dependerán de la concepción del régimen de la insolvencia y de su infraestructura de apoyo, sería conveniente examinar la manera de minimizar tales consecuencias. El régimen de la insolvencia podría fijar, por ejemplo, criterios precisos, aunque flexibles, para la autorización de esos gastos. En particular, cabría autorizar tales gastos cuando se considere que pueden contribuir a acrecentar el valor de la masa en beneficio general de todos los interesados, o que no sólo son razonables y necesarios, sino también compatibles con los objetivos fundamentales del procedimiento. El carácter razonable de los gastos puede determinarse en función de los recursos disponibles en el procedimiento y de los posibles efectos de los gastos en el procedimiento.

47. Para realizar esa evaluación pueden adoptarse diferentes enfoques. Una posibilidad consistiría en requerir la autorización judicial previa del gasto, o la autorización judicial de todo gasto que no se realice en el curso ordinario de los negocios. Otro enfoque sería encomendar la evaluación a los acreedores con objeto de facilitar la transparencia del procedimiento, a reserva de poder recurrir al tribunal en caso de desacuerdo sobre la evaluación hecha por los acreedores. Como ya se ha señalado con respecto a la remuneración del representante de la insolvencia (véase el cap. III, párr. 53), en cualquier mecanismo que se adopte para evaluar los gastos se deberá evitar toda situación en la cual la parte o partes que los evalúen puedan influir indebidamente en el desarrollo del procedimiento.

ii) Créditos comunicados por personas allegadas

48. Una categoría de acreedores que puede requerir atención especial es la de las personas allegadas al deudor, tanto desde el punto de vista familiar como empresarial (cuestión que se trata en el cap. II, párr. 183 y en el párr. 77 *infra*). Se suele justificar la aplicación de un régimen especial a los créditos de estas personas porque se considera más probable que se hayan visto más favorecidas que otros acreedores y que hayan tenido conocimiento anticipado de las dificultades financieras del deudor. Si bien no entran exactamente en las categorías de créditos que se excluyen, tal vez convenga examinar si deben reconocerse y tratarse del mismo modo que los de otros acreedores o si requieren un régimen especial. Sin embargo, el mero hecho de que exista una relación especial con el deudor puede no ser suficiente para justificar en todos los casos la aplicación a un crédito de un régimen especial. En algunos casos, estos créditos serán totalmente transparentes y deberían tratarse de la misma forma que los créditos similares comunicados por acreedores que no sean personas allegadas; en otros casos, pueden dar lugar a sospechas y entonces

merecerán una atención especial. El régimen de la insolvencia puede tener que prever un mecanismo para determinar los tipos de conductas o de situaciones en que los créditos merecerán mayor atención, como por ejemplo, cuando el deudor esté demasiado infracapitalizado (por ejemplo, cuando una persona que desempeñe un cargo en la empresa del deudor haya adelantado fondos en forma de préstamo a la empresa infracapitalizada y que siga comerciando sin tener fondos suficientes para pagar a sus acreedores), o cuando se disponga de pruebas de que se ha actuado en provecho propio (es decir, que las personas allegadas se han aprovechado de su posición para obtener un beneficio, por ejemplo, cuando, seis meses antes de la liquidación, el director haya aceptado un plan de indemnización que la empresa no pueda financiar y presente un crédito por tal suma durante el proceso de liquidación). En tales casos, la cuantía del crédito que se reconoce puede reducirse, el crédito puede subordinarse a los créditos de otras categorías de acreedores (véanse los párrs. 55 a 61 *infra*) o puedan limitarse los derechos de voto del acreedor allegado acerca de ciertas cuestiones (como la selección del representante de la insolvencia, cuando el régimen confiera a los acreedores ese derecho).

iii) Créditos en concepto de intereses

49. Para regular el devengo y pago de intereses sobre los créditos se siguen diversos criterios. Algunos regímenes disponen que los créditos relativos a todas las deudas no garantizadas dejarán de devengar intereses al iniciarse un procedimiento de liquidación, pero en una reorganización el pago de los intereses dependerá de lo que se haya acordado en el plan. Otros regímenes prevén que los créditos podrán devengar intereses, pero dan al pago de esos intereses un menor grado de prelación, disponiendo, por ejemplo, que sólo podrán abonarse una vez reembolsados todos los otros créditos no garantizados.

4. Créditos no reconocidos

50. Muchos regímenes de la insolvencia disponen que cuando se rechace un crédito, el acreedor afectado dispondrá de un determinado plazo a partir de la notificación de la decisión pertinente para solicitar su revisión, independientemente de que haya sido dictada por el tribunal o adoptada por el representante de la insolvencia. Ese plazo suele oscilar entre 10 y 45 días.

Recomendaciones 169 a 184

Finalidad de las disposiciones legislativas

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

a) Determinar los créditos que puedan y deban comunicarse y el trato que se les dará;

Recomendaciones 169 a 184 *(continuación)*

b) Permitir que las personas titulares de créditos frente a un deudor puedan presentar demandas y reclamar el cobro de los créditos con cargo a la masa de la insolvencia;

c) Establecer un mecanismo para la verificación y el reconocimiento de los créditos;

d) Prever la revisión de los créditos impugnados; y

e) Velar por la igualdad de trato de los acreedores que gocen de un grado similar de prelación.

Contenido de las disposiciones legislativas

Requisito de comunicación de los créditos (párrs. 1 y 13)

169. El régimen de la insolvencia debería exigir a los acreedores que deseen participar en el procedimiento que comuniquen sus créditos, detallando su fundamento y su cuantía. El régimen debería también reducir al mínimo los requisitos de forma exigidos para comunicar los créditos y permitir que éstos se comuniquen de diversos modos, incluso por vía postal y por medios electrónicos.

Créditos no impugnados (párrs. 17 a 19, 35 y 36)

170. El régimen de la insolvencia podrá permitir el reconocimiento de los créditos no impugnados, remitiéndose a la lista de acreedores y créditos que deba preparar el deudor en cooperación con el representante de la insolvencia[4], o bien el tribunal o el representante de la insolvencia podrán pedir a un acreedor que presente pruebas sobre su crédito. El régimen no debería obligar en todos los casos al acreedor a presentar las pruebas en persona.

Créditos que pueden comunicarse (párr. 1)

171. El régimen de la insolvencia debería especificar que entre los créditos que podrán comunicarse figuren todos los derechos de cobro derivados de actos u omisiones del deudor[5] anteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia, exigibles o no, de importe determinado o indeterminado, fijos o contingentes. El régimen debería determinar los créditos que no se verán afectados por el procedimiento de la insolvencia[6].

Créditos garantizados (párrs. 2 a 5)

172. El régimen debería especificar si los acreedores garantizados tendrán que comunicar sus créditos.

---

[4] Véase la recomendación 110.

[5] Entre ellos figurará todo crédito dimanante de actos u omisiones del deudor que reclamen terceros o un garante.

[6] Algunos regímenes de la insolvencia establecen, por ejemplo, que los créditos como las multas y sanciones y los impuestos no se verán afectados por el procedimiento de insolvencia. Cuando un crédito no se vea afectado por el procedimiento de la insolvencia, seguirá existiendo y no será incluido en ningún pago.

Recomendaciones 169 a 184 *(continuación)*

Igualdad de trato de acreedores con un grado de prelación similar (párrs. 10 y 21)

173. El régimen debería especificar que todos los acreedores que gocen de un grado similar de prelación, independientemente de que sean nacionales o extranjeros, deberán recibir idéntico trato en lo que respecta a la comunicación y tramitación de sus créditos.

Plazo para la comunicación de los créditos (párrs. 13 a 16)

174. El régimen debería indicar el plazo, a partir de la fecha efectiva de la apertura del procedimiento, durante el cual podrán comunicarse los créditos. Ese plazo deberá ser suficiente para que los acreedores puedan comunicar sus créditos[7].

Consecuencias de que no se comunique un crédito (párrs. 24 a 27)

175. Cuando el régimen de la insolvencia exija a un acreedor que comunique su crédito debería especificar las consecuencias que entrañará el hecho de no comunicarlo en el plazo prescrito.

Créditos en moneda extranjera (párr. 22)

176. Cuando el importe de los créditos esté expresado en moneda extranjera, el régimen de la insolvencia debería especificar las circunstancias en que esas sumas habrán de convertirse en moneda nacional y los motivos para hacerlo. Cuando la conversión en moneda nacional sea obligatoria, el régimen debería especificar el momento en que deberá efectuarse la conversión, por ejemplo, en la fecha en que se abra efectivamente el procedimiento de insolvencia.

Reconocimiento o rechazo de créditos (párrs. 29 a 40)

177. El régimen debería autorizar al representante de la insolvencia a reconocer o a rechazar total o parcialmente los créditos[8]. Cuando se rechace un crédito, o cuando se decida que se le aplicará la recomendación 184 por considerarse crédito de una persona allegada, ya sea total o parcialmente, deberán notificarse al acreedor los motivos por los que se haya adoptado la decisión.

Créditos indeterminados (párr. 38)

178. El régimen de la insolvencia debería permitir que los créditos no cuantificados pudieran reconocerse provisionalmente, a la espera de que el representante de la insolvencia fije su valor.

---

[7] Cuando en el procedimiento participen acreedores extranjeros, tal vez convenga fijar plazos más largos que les permitan comunicar sus créditos. Conviene además que los créditos se comuniquen al principio del procedimiento, para que así el representante de la insolvencia tenga conocimiento de todos los créditos, de los bienes que sean objeto de garantías reales y del valor de esos bienes y créditos.

[8] En algunos ordenamientos, el tribunal puede tener que ratificar la decisión del representante de la insolvencia.

Recomendaciones 169 a 184 *(continuación)*

Valoración de los créditos garantizados (párr. 38)

179. El régimen debería disponer que el representante de la insolvencia pudiera determinar, mediante una valoración del bien gravado, la parte del crédito de un acreedor garantizado que está respaldada por la garantía y la que no lo está.

Impugnación de un crédito (párr. 41)

180. El régimen de la insolvencia debería permitir a toda parte interesada impugnar un crédito comunicado, antes o después de su reconocimiento, y solicitar al tribunal la revisión de dicho crédito.

Revisión de los créditos rechazados o sometidos a un trato especial (párrs. 32, 33 y 48)

181. El régimen de la insolvencia debería permitir que los acreedores cuyos créditos hayan sido total o parcialmente rechazados, o a los que se haya decidido aplicar la recomendación 184 por considerarse créditos de personas allegadas, soliciten al tribunal que revise sus respectivos créditos. El régimen podrá especificar un plazo, a contar a partir de la notificación de la decisión, durante el cual pueda presentarse esa solicitud.

Reconocimiento provisional de créditos litigiosos (párr. 41)

182. El régimen debería especificar que los créditos que hayan sido impugnados en el procedimiento de la insolvencia puedan ser provisionalmente reconocidos por el representante de la insolvencia, a la espera de que el tribunal se pronuncie sobre la impugnación.

Efectos del reconocimiento (párr. 43)

183. El régimen de la insolvencia debería especificar los efectos del reconocimiento definitivo o provisional de un crédito. Concretamente, el reconocimiento de un crédito podrá:

a) Dar derecho al acreedor a participar en el procedimiento y a ser oído;

b) Permitir al acreedor votar en una junta de acreedores, incluso sobre la aprobación de un plan;

c) Permitir la determinación del grado de prelación de que gozará el crédito del acreedor;

d) Permitir que se fije la cuantía por la que el acreedor tendrá derecho a votar;

e) Excepto en el caso de que un crédito sólo se haya reconocido provisionalmente, permitir al acreedor participar en una distribución[9].

[9] No obstante, cuando se proceda a una distribución, el representante de la insolvencia podrá tener que tomar en consideración los créditos que sólo se hayan reconocido provisionalmente o los que se hayan comunicado pero aún no hayan sido reconocidos.

Recomendaciones 169 a 184 *(continuación)*

Créditos de personas allegadas (párr. 48)

184. El régimen de la insolvencia debería especificar que los créditos comunicados por personas allegadas deberán ser objeto de un minucioso examen y que, cuando haya motivos que lo justifiquen[10]:

a) Podrán limitarse los derechos de voto de la persona allegada;

b) Podrá reducirse la cuantía del crédito de esa persona; o

c) Podrá reducirse el grado de prelación del crédito, subordinándolo a otros[11].

B. Prelación y distribución

1. Prelación

a) Introducción

51. En un procedimiento de insolvencia existen muchos intereses diversos en pugna. En la mayoría de los casos, los acreedores lo son por haber entablado una relación jurídica y contractual con el deudor antes de la insolvencia. No obstante, existen acreedores que no han establecido esa relación con el deudor, como las autoridades fiscales (que intervendrán a menudo en los procedimientos de insolvencia) y los demandantes por daños extracontractuales (cuya participación será, por lo general, menos frecuente). Por consiguiente, los derechos de los acreedores se regirán por una serie de leyes distintas.

52. Si bien muchos acreedores se encontrarán en una situación similar respecto de los tipos de créditos de que son titulares en virtud de derechos reconocidos por la ley o contractuales similares, es posible que otros tengan créditos de mayor cuantía o con mayor prelación. Por esos motivos, y a los efectos de la distribución del producto de la masa de la insolvencia objeto de liquidación, los regímenes suelen clasificar a los acreedores en función de sus créditos, lo cual no resulta incompatible con el objetivo del trato equitativo. Cuando los distintos acreedores hayan concertado diferentes acuerdos comerciales con el deudor, la clasificación de los acreedores puede justificarse por la conveniencia de que en el régimen de la insolvencia se reconozcan y se respeten esos acuerdos, se salvaguarden las expectativas comerciales legítimas y se fomente la previsibilidad en las relaciones comerciales y la igualdad de trato de los acreedores que se encuentren en

---

[10] Entre los motivos que podrán justificar ese examen minucioso cabrá prever la capitalización insuficiente del deudor o la actuación en provecho propio, como ya se ha señalado en el párr. 48 *supra*.

[11] Para el tema de la subordinación de créditos, véanse los párrs. 55 a 61 *infra*.

situaciones similares. El establecimiento de un sistema de clasificación claro y previsible para la distribución puede contribuir a garantizar que los acreedores estén seguros de sus derechos al celebrar acuerdos comerciales con el deudor y, en el caso de un crédito garantizado, a facilitar su obtención.

53. Ahora bien, las posibilidades de lograr esos objetivos son limitadas. Además de las clasificaciones basadas en las relaciones comerciales y jurídicas entre el deudor y sus acreedores, los criterios de distribución reflejan también con gran frecuencia opciones que reconocen importantes intereses públicos (como la protección del empleo) y la conveniencia de garantizar una tramitación ordenada y eficaz del procedimiento de insolvencia (dando prioridad a la remuneración de los profesionales de la insolvencia que participen en el procedimiento y al pago de los gastos relacionados con la administración de la masa) y de fomentar el mantenimiento de la empresa y su reorganización (dando prioridad a los préstamos concedidos tras la apertura del procedimiento). En la medida en que los intereses públicos importantes compiten con los intereses privados, ello puede dar lugar a una distorsión de los incentivos comerciales normales. Cuando se da prioridad a los intereses públicos y no se garantiza la igualdad de trato basada en la clasificación de los créditos, es conveniente especificar claramente en el régimen de la insolvencia las razones normativas en que se funda tal prioridad. Cuando no haya igualdad de trato, este enfoque dará por lo menos cierta transparencia y previsibilidad al procedimiento en lo relativo a los créditos, a la distribución y al establecimiento de categorías de acreedores en un plan de reorganización.

54. Los regímenes de la insolvencia adoptan una amplia variedad de criterios para clasificar a los acreedores, tanto en función de los grados de prelación que se asignan a las distintas categorías como en función de los distintos tratos que se dan a los acreedores de una misma categoría, por ejemplo, a aquellos que entran, a grandes rasgos, en la categoría de acreedores no garantizados, que a su vez pueden dividirse en distintas subcategorías.

b) Subordinación de los créditos

55. Cuando una persona natural o una organización haya contraído deudas con más de un acreedor, el orden en que habrán de pagarse esas deudas se determinará en función del orden de prelación previsto en el régimen aplicable (que puede prever la subordinación de ciertos tipos de créditos, como, por ejemplo, los de las personas allegadas) o mediante un acuerdo entre las partes. Sin embargo, aun cuando se haya establecido un determinado orden de prelación, es posible prever la subordinación de los créditos y que un acreedor cuyo crédito tenga mayor grado de prelación reciba el pago después de otro cuyo crédito goce de menor prelación.

56. La subordinación consiste en redistribuir el orden de prelación de los acreedores y no afecta a la validez ni a la legalidad de un crédito. Aun cuando

sea válido y ejecutable, un crédito subordinado podrá perder, en virtud de un acuerdo o de una decisión judicial, el grado de prelación que le correspondería según el plan de distribución y ser reembolsado después de otro que, en principio, tenía un grado de prelación inferior. A continuación se examina la subordinación en virtud de un acuerdo o por efecto de la ley.

i) Subordinación acordada por contrato

57. La subordinación contractual se produce cuando dos o más acreedores de un mismo deudor conciertan un acuerdo (denominado en adelante "acuerdo de subordinación" o "acuerdo de distribución") en virtud del cual un acreedor acepta recibir el pago de su crédito frente al deudor después de que se haya pagado al otro acreedor o los demás acreedores. Esos acuerdos pueden concertarse entre titulares de créditos garantizados o entre acreedores sin garantía. En un acuerdo entre acreedores garantizados se suele prever que un acreedor gozará de prelación sobre el titular de un crédito al que en otras circunstancias le correspondería un mayor grado de prelación. En un acuerdo entre acreedores ordinarios se suele prever que un acreedor cobrará íntegramente su crédito antes de que el titular del crédito subordinado pueda recibir algún pago.

58. Los acuerdos de subordinación pueden concertarse en distintas circunstancias. Por ejemplo, los obligacionistas suelen aceptar subordinar sus créditos a los del prestamista del capital de explotación del deudor. Asimismo, cuando una empresa está en una situación financiera precaria, algunos acreedores pueden acceder a subordinar sus créditos a fin de contribuir a la reorganización de la empresa. Algunos acreedores aceptan subordinar sus derechos a los de un prestamista que aporte nuevos fondos a la empresa con la esperanza de que ello facilite su recuperación y de que, con ella, aumenten las posibilidades de cobrar íntegramente sus créditos subordinados. (véase el cap. II, párrs. 94 a 107, acerca de la financiación otorgada después de la apertura).

59. Las leyes que rigen la validez y la fuerza ejecutoria de un contrato se aplican asimismo a los acuerdos de subordinación, y pueden oponerse las mismas excepciones ordinarias de responsabilidad contractual, como la ausencia de contraprestación, el dolo y las cláusulas leoninas. Deberá entenderse que el principio general del reconocimiento en la insolvencia de los grados de prelación previos a la apertura del procedimiento incluye también los grados de prelación basados en un acuerdo de subordinación, siempre y cuando las partes no convengan en otorgar a un crédito un grado de prelación superior al que se le concedería en virtud del derecho aplicable.

ii) Subordinación por decisión del tribunal (denominada "subordinación equitativa")

60. Este tipo de subordinación es el que tiene lugar cuando un tribunal dispone de facultades para modificar el orden de pago de los créditos con objeto

de impedir que, por ejemplo, un acreedor que haya cometido dolo o algún otro acto ilegal, o que haya actuado incorrectamente a fin de obtener ventaja sobre los demás acreedores, se beneficie de tal conducta. Este tipo de subordinación se estableció en su momento para impedir que personas allegadas al deudor recurrieran a mecanismos legales para conseguir ventajas de prelación.

61. Cuando se utiliza este tipo de subordinación, en general sólo se aplicará si la conducta improcedente perjudica realmente a los demás acreedores, por ejemplo, alterando el plan ordinario de distribución o dejando a un acreedor con un grado de prelación injusto. En tal caso, el tribunal podrá recurrir a la subordinación para restablecer el orden de prelación alterado de modo que la distribución sea equitativa. Cuando con su conducta improcedente el acreedor no haya obtenido ninguna ventaja, en general no se podrá recurrir a este tipo de subordinación.

c) Clasificación de los créditos

i) Acreedores garantizados

62. Muchos regímenes de la insolvencia reconocen los derechos de los acreedores garantizados a gozar de máxima prelación para la satisfacción de sus créditos, bien sea con cargo al producto de la venta de determinados bienes gravados o con cargo a fondos generales, según la forma en que se traten los bienes gravados. El método de distribución entre los acreedores garantizados depende del método utilizado para proteger a este tipo de acreedores durante el procedimiento (véase el cap. II, párrs. 63 a 69). Si la garantía real se protege preservando el valor del bien gravado, el acreedor garantizado dispondrá en general de un derecho de prelación sobre el producto de la venta de ese bien y a cobrar, como máximo, el importe de su crédito garantizado. En cambio, si la garantía real del acreedor se protege fijando el valor de la parte garantizada del crédito en el momento de la apertura del procedimiento, por lo general el acreedor tendrá un derecho de prelación sobre el producto general de la masa de la insolvencia y podrá cobrar una suma correspondiente al valor de la parte garantizada de su crédito. Cuando el crédito del acreedor garantizado exceda del valor del bien gravado, o del valor del crédito garantizado que se haya determinado al inicio del procedimiento (cuando se aplique ese criterio), el importe del crédito no cubierto por la garantía se considerará generalmente como un crédito ordinario no garantizado a los efectos de la distribución.

63. Algunos regímenes de la insolvencia no otorgan un grado máximo de prelación a los derechos de los acreedores garantizados. El pago de las cantidades debidas a éstos pueden recibir menos prelación, por ejemplo, que los gastos de administración de la masa y que otros créditos, como el pago de los salarios pendientes, los impuestos, las demandas por daños al medio ambiente y las demandas por lesiones personales, a los cuales se otorga una protección prioritaria en virtud del régimen de la insolvencia. Por otra parte, hay regímenes que disponen que el importe que pueden recuperar

(prioritariamente) los acreedores garantizados con cargo a los bienes gravados que amparan sus créditos se limite a un determinado porcentaje de dichos créditos. En algunos de esos regímenes se hace una distinción entre las garantías reales constituidas sobre casi todos los bienes de una entidad comercial (a veces denominadas hipotecas de empresa o gravámenes flotantes) y otras clases de garantías reales, y sólo las primeras están sujetas a esta excepción.

64. La parte restante del crédito se suele utilizar para reembolsar los créditos de otros acreedores, ya sean éstos titulares de créditos con menor prelación o acreedores ordinarios, o para pagar la remuneración y los gastos del representante de la insolvencia y los gastos contraídos en la conservación y administración de la masa de la insolvencia cuando el valor de los bienes de ésta sea insuficiente para sufragar esos gastos. Uno de los fundamentos de este criterio radica en que el acreedor garantizado debe soportar, de manera proporcional, parte de las pérdidas sufridas por otros acreedores en una liquidación y sufragar una parte de los gastos en una reorganización. Cabe señalar que, a menos que una parte de los bienes del deudor se reserve para el pago de ese tipo de créditos, es poco probable que los acreedores garantizados acepten que otros acreedores participen en tal distribución. La aplicación de estos tipos de excepciones a la regla de la máxima prelación de los acreedores garantizados podría crear incertidumbre entre esos acreedores, haciéndoles temer que no cobrarán sus créditos garantizados, restando así incentivos a la concesión de créditos garantizados e incrementando los gastos conexos. Es sumamente conveniente que en los regímenes de la insolvencia se limite el recurso a tales excepciones.

65. Cuando el crédito garantizado se reembolsa directamente con el producto neto de la liquidación del bien de que se trate, el acreedor garantizado, a diferencia de los acreedores no garantizados, generalmente no contribuirá (ni directa ni indirectamente) a los gastos generales del procedimiento de insolvencia, salvo que se prevean disposiciones como las antes señaladas. No obstante, aún puede exigirse al acreedor garantizado que contribuya al pago de otros gastos directamente relacionados con sus derechos. Si el representante de la insolvencia ha destinado recursos a la conservación del valor del bien gravado, tal vez sea razonable restar esos gastos administrativos del importe que normalmente el acreedor garantizado tendría derecho a cobrar prioritariamente con cargo al producto de la venta del bien. Otra excepción a la regla de la máxima prelación puede ser la consistente en dar prelación al reembolso de los préstamos otorgados después de la apertura. En tal caso, al obtener esos préstamos, deben estar claras las repercusiones que tendrán, con su prelación, para los acreedores garantizados, en especial porque éstos pueden haber aprobado dichos préstamos.

ii) Costos y gastos administrativos

66. Los gastos administrativos del procedimiento de insolvencia suelen gozar de prelación sobre los créditos no garantizados y generalmente se les

concede esa prioridad a fin de asegurar que se remunere adecuadamente a las partes que intervienen en la administración del patrimonio de la insolvencia. Estos gastos incluyen, por lo general, la remuneración del representante de la insolvencia y de los profesionales empleados por éste o, en algunos casos, por el deudor; las deudas que se contraigan al ejercer debidamente sus funciones y poderes el representante de la insolvencia (o, en algunos casos, el deudor); los gastos efectuados para seguir cumpliendo ciertas obligaciones contractuales (por ejemplo, los contratos laborales y de arrendamiento); los gastos del procedimiento (por ejemplo, las costas judiciales) y, en algunos regímenes, la remuneración de los profesionales empleados por un comité de acreedores.

iii) Derechos de prelación o créditos privilegiados

67. Los regímenes de la insolvencia atribuyen a menudo derechos de prelación a ciertos créditos (principalmente no garantizados) cuyo pago tendrá, por tanto, prelación sobre el de otros créditos no garantizados y no privilegiados (o menos privilegiados). Esos derechos, que se basan con frecuencia en consideraciones de carácter social y a veces político, van en contra del principio de la distribución *pari passu* y perjudican en general a los acreedores ordinarios al reducir el valor de los bienes disponibles para distribuir entre ellos. La concesión de derechos de prelación puede fomentar un debate improductivo sobre los acreedores a los que debe darse prioridad y la justificación para hacerlo. El hecho de que un régimen de la insolvencia prevea esos derechos repercute también en la oferta y en el costo del crédito financiero, que aumentará a medida que disminuya la cantidad de fondos disponibles para distribuir entre otros acreedores.

68. Algunas prelaciones se basan en consideraciones sociales que podrían regularse más fácilmente en leyes ajenas al régimen de la insolvencia, como la legislación sobre bienestar social, en vez de formular un régimen de la insolvencia encaminado a lograr objetivos sociales que sólo están indirectamente relacionados con los problemas de deudas e insolvencia. Al establecerse prioridades de esa índole en un régimen de la insolvencia, se puede, en el mejor de los casos, resolver de forma incompleta e inadecuada el problema social, pero también se resta eficacia al procedimiento de insolvencia. Cuando hayan de fijarse prelaciones en un régimen de la insolvencia o cuando las prelaciones previstas en una normativa distinta del régimen se reconozcan y repercutan en un procedimiento de insolvencia, es conveniente que esas prelaciones se enuncien o especifiquen claramente en el régimen (y, si es necesario, se incluyan en una determinada categoría de créditos). Con ello se dará a ese régimen al menos transparencia y previsibilidad en lo que respecta a sus consecuencias para los acreedores, y los prestamistas podrán evaluar con mayor exactitud los riesgos de la concesión de crédito financiero.

69. En algunos regímenes recientes de la insolvencia se han reducido notablemente esos tipos de derechos de prelación debido a que han perdido

aceptación pública. En algunos Estados, por ejemplo, se ha suprimido recientemente la prelación que solía otorgarse a los créditos fiscales. No obstante, en otros se tiende a incrementar las categorías de deudas con prelación. El mantenimiento de distintas categorías de prelación para muchos tipos de créditos puede complicar la consecución de los objetivos fundamentales del régimen y restar eficacia y eficiencia al procedimiento de insolvencia. También puede crear injusticias y, en una reorganización, complicar la preparación del plan. Además, cabe recordar que ajustando el orden de distribución para crear esas prelaciones no se incrementará la suma total de los fondos a disposición de los acreedores, sino que más bien se beneficiará a un grupo de ellos a expensas de otro. Cuanto mayor sea el número de categorías de acreedores con prelación, mayores serán las posibilidades de que otros grupos reivindiquen el derecho a recibir también un trato prioritario. Cuanto mayor sea el número de acreedores que reciben un trato prioritario, menores serán los beneficios que reporte ese trato.

70. Entre los factores que pueden ser pertinentes al determinar si existen razones imperiosas para otorgar un rango privilegiado a un determinado tipo de deuda cabe destacar la necesidad de hacer cumplir obligaciones en virtud de tratados internacionales, como las relativas a los créditos de los empleados (que se examinan más adelante); la necesidad de conciliar los derechos privados con los intereses públicos y los otros medios a que quepa recurrir para velar por estos intereses; la conveniencia de dar incentivos a los acreedores para que administren eficientemente el crédito y otorguen préstamos al precio más bajo posible; las repercusiones que puede tener el hecho de fijar ciertas preferencias sobre los costos de las operaciones y del cumplimiento; y la conveniencia de hacer distinciones sutiles entre los acreedores que puedan tener como consecuencia que una clase de acreedores tenga que soportar una carga mayor de la deuda pendiente.

71. Los regímenes de la insolvencia prevén distintos criterios para determinar los tipos de créditos a los que se concederá prelación y en qué habrá de consistir esa prelación. Los tipos de créditos a los que los Estados conceden prelación varían, pero predominan especialmente dos categorías: por un lado, los sueldos y las prestaciones de los empleados (los pagos de la seguridad social y las pensiones) y, por otro, los créditos fiscales. El examen de la prelación de los créditos fiscales puede revestir especial importancia en los casos de insolvencia transnacionales. Un criterio podría consistir en denegar prelación a todo crédito fiscal extranjero. Otra posibilidad sería reconocer algunas formas de prelación, quizás con un alcance limitado, para esos créditos fiscales, cuando, o bien exista reciprocidad en el reconocimiento de los créditos fiscales extranjeros, o bien se esté tramitando conjuntamente en más de un Estado un procedimiento de insolvencia que afecte a un único deudor. El artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza reconoce la importancia del principio de no discriminación respecto de la prelación dada a los créditos extranjeros, pero también dispone

que los Estados que no reconozcan los créditos extranjeros en concepto de impuestos o de seguridad social pueden seguir discriminándolos[12].

a. Créditos de los empleados[13]

72. En la mayoría de los Estados, los créditos de los empleados (incluidos los sueldos adeudados, los pagos en concepto de licencias, vacaciones, u otras ausencias remuneradas y las indemnizaciones por despido) constituyen una categoría de créditos prioritarios en el caso de insolvencia. En varios casos, esos créditos gozan de una prelación superior a la de la mayoría de otros créditos prioritarios y, concretamente, a la de los créditos en concepto de impuestos y seguridad social, y, en algunos casos, como ya se ha indicado, los créditos garantizados (véanse los párrs. 63 y 64). El criterio de dar prelación a los créditos de los empleados es generalmente compatible con la protección especial que se da a los empleados en otros aspectos del régimen de la insolvencia (véase el cap. II, párr. 145), y también con el enfoque seguido en los convenios internacionales en lo que respecta a la protección de los empleados[14]. En algunos regímenes de la insolvencia se considera importante dar mayor prioridad a la continuidad en el empleo que a otros objetivos del procedimiento de insolvencia, como obtener el máximo valor posible de la masa en beneficio de todos los acreedores. Esta importancia se hace patente cuando un régimen prevé la venta de la empresa como negocio en marcha (con la transferencia de las obligaciones existentes respecto de los empleados) como recurso prioritario frente a la liquidación o la reorganización, en las que esas obligaciones pueden modificarse o cancelarse.

73. En algunos Estados se otorga prelación a los créditos de los empleados, pero se equiparan a los créditos fiscales y de seguridad social, integrándolos en la misma categoría de créditos privilegiados, que podrán ser satisfechos proporcionalmente en caso de que los fondos sean insuficientes. En otros, los créditos de los empleados no gozan de prelación alguna, y entran en la misma categoría que los créditos ordinarios no garantizados, a pesar de que en

---

[12] Véase el párrafo 2 del artículo 13 y nota de pie de página 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase el anexo III), el artículo 4.2 i) del Reglamento Nº 1346/2000 del CE prevé que la prelación de los créditos viene determinada por el régimen del Estado en que se haya abierto el procedimiento (independientemente de si es el principal o uno secundario).

[13] Por un análisis de las legislaciones nacionales sobre la protección de los créditos laborales de los trabajadores, véase el estudio general sobre la aplicación del Convenio sobre la protección del salario de 1949 (Nº 95), preparado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, párrs. 298 a 353.

[14] Por ejemplo, el Convenio de la OIT sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador de 1992 (Nº 173). El párrafo 1 del artículo 8 dispone que "la legislación nacional deberá atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular a los del Estado y de la seguridad social". El Convenio entró en vigor en 1995.

algunos casos el pago de ciertas deudas nacidas durante un determinado período (por ejemplo, los sueldos y remuneraciones correspondientes a los tres meses anteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia) puede estar respaldado por un fondo estatal de garantía de los sueldos o por planes de seguros que prevean una fuente distinta de bienes para garantizar el cobro de los créditos de los empleados. El fondo que garantice el pago de dichos créditos puede, a su vez, tener un crédito frente a la masa de la insolvencia, que puede tener o no la misma prelación frente a ella que los créditos de los empleados, según los criterios que rijan, en un Estado, la utilización de fondos públicos (y no la de los bienes del deudor insolvente) para sufragar el pago de la remuneración salarial. Conforme a la práctica habitual, el fondo goza de los mismos derechos que los empleados, al menos hasta una determinada suma, que puede expresarse en forma de suma en concepto de sueldos o en un número de semanas de trabajo no remuneradas.

b. Créditos fiscales

74. A menudo se concede prelación a los créditos fiscales del Estado para proteger los ingresos públicos, pero también se ha justificado por varios otros motivos. Por ejemplo, porque esa prelación puede ser beneficiosa para una reorganización, ya que alentará a las autoridades fiscales a diferir la recaudación de los impuestos adeudados por una empresa en crisis al tener la certeza de que ulteriormente el régimen de la insolvencia concederá prelación al cobro de los créditos fiscales, y porque el Estado y las entidades públicas, al no ser acreedores convencionales o mercantiles, pueden ser excluidos de algunas opciones para el cobro de deudas comerciales. Sin embargo, la concesión de prelación a esos créditos puede ser contraproducente, ya que el hecho de no recaudar impuestos puede obstaculizar la aplicación uniforme de la legislación fiscal y constituir una forma de subsidio estatal que socave la disciplina que todo régimen de la insolvencia eficaz pretende fomentar. Esto puede alentar a las autoridades tributarias a no ejercer el debido control sobre los deudores y a no cobrar las deudas con un criterio comercial que de otro modo contribuiría a evitar la insolvencia y la desvalorización de los bienes (en cuanto al tratamiento de los créditos fiscales extranjeros, véase el párr. 10 *supra*).

iv) Acreedores ordinarios no garantizados

75. Una vez satisfechos los créditos de todos los acreedores garantizados y con prelación, por lo general se prorratea el resto de la masa de la insolvencia entre los acreedores ordinarios. Dentro de esta categoría puede haber subdivisiones que prevean la subordinación o la prelación de algunos créditos, como ya se ha señalado. Más adelante se examinan algunos de los tipos de créditos que quedan en general subordinados.

v) Propietarios y titulares de acciones

76. Los propietarios y los titulares de acciones pueden tener créditos a raíz de préstamos concedidos al deudor y créditos derivados de su aportación al capital social o de su derecho de propiedad sobre el patrimonio del deudor. Muchos regímenes de la insolvencia hacen una distinción entre esos diversos créditos. Con respecto a los créditos derivados de aportaciones de capital social, muchos regímenes adoptan la regla general de que los propietarios y los titulares de acciones de la empresa no tendrán derecho a la distribución del producto de la venta de los bienes hasta que se hayan pagado íntegramente los demás créditos que gocen de un mayor grado de prelación (incluidas las reclamaciones de intereses devengados después de la apertura del procedimiento). No es frecuente que esas partes, como tales, se beneficien de la distribución con respecto a su participación en el capital del deudor. Si se procede a una distribución, ésta se hace generalmente de conformidad con la clasificación de las acciones establecida en el derecho de sociedades y en la escritura de constitución de la empresa. Sin embargo, los créditos derivados de préstamos no siempre quedan subordinados.

vi) Personas allegadas al deudor

77. Otra categoría de acreedores que puede requerir atención especial es la de las personas relacionadas con el deudor tanto desde el punto de vista familiar como empresarial (véase el cap. II, párr. 183, y el párr. 48 *supra*). Conforme a algunos regímenes de la insolvencia, estos créditos siempre quedan subordinados y, en otros regímenes, sólo se subordinan en caso de conductas injustas, fraudulentas o cuasifraudulentas. Cuando estos créditos quedan subordinados a otros, pueden ocupar un rango inferior al de los créditos ordinarios no garantizados. Otras formas de regular estos créditos no se basan en su clasificación, sino en la restricción del derecho de voto o del importe o porcentaje del crédito que se reconocerá en el procedimiento.

vii) Multas, sanciones e intereses devengados después de la apertura del procedimiento

78. Algunos Estados incluyen en la categoría de créditos ordinarios las gratificaciones, las multas y las sanciones (ya sean administrativas, penales o de otra índole), dándoles un grado de prelación inferior al de otros créditos no garantizados. Algunos regímenes de la insolvencia excluyen estos tipos de créditos.

79. Para regular la acumulación y el pago de intereses devengados por los créditos se siguen diversos criterios. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que los créditos relativos a todas las deudas no garantizadas dejarán de devengar intereses al iniciarse un procedimiento de liquidación, pero en una reorganización el pago de intereses dependerá de lo que se haya acordado en el plan. En otros casos, cuando se prevea que los créditos podrán devengar intereses después de la apertura del procedimiento, puede subordinarse el

pago de esos intereses, que sólo podrá efectuarse una vez que se hayan reembolsado todos los demás créditos no garantizados.

2. Distribución

a) Liquidación

80. Cuando existan varias categorías de créditos con diferentes grados de prelación, por lo general se pagará íntegramente a los acreedores con mayor prelación antes de pagar al siguiente grupo por orden de prelación, y así sucesivamente. Cuando se llegue a un nivel de prelación para el que no queden fondos suficientes para pagar íntegramente a todos los acreedores de esa categoría, se prorrateará entre ellos la suma restante. En algunos regímenes que no establecen grados de prelación, cuando los fondos sean insuficientes para pagar íntegramente los créditos, el prorrateo se hace entre todos los acreedores.

b) Reorganización

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

Recomendaciones 185 a 193

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas a la prelación y a la distribución tienen por objeto:

a) Establecer el orden en el que deberán reembolsarse los créditos con cargo a la masa de la insolvencia;

b) Velar por que se pague a los acreedores con prelación similar dividiendo proporcionalmente el valor de los bienes de la masa;

c) Indicar las circunstancias en las que se admita una prelación en la distribución.

Contenido de las disposiciones legislativas

Categorías de acreedores afectados por la apertura del procedimiento de insolvencia y regulación de sus derechos

185. El régimen de la insolvencia debería especificar las categorías de acreedores que se verán afectadas por la apertura de un procedimiento de insolvencia y el modo en que se regularán sus derechos en lo relativo a la prelación de sus créditos y a la distribución del valor de la masa.

Recomendaciones 185 a 193 (*continuación*)

Establecimiento del orden de reembolso de los créditos (párrs. 5 y 52)

186. El régimen debería establecer el orden en que habrán de satisfacerse los créditos que hayan de pagarse con cargo a la masa.

Créditos privilegiados (párrs. 53 y 67 a 71)

187. El régimen de la insolvencia debería reducir al mínimo la prelación asignada a los créditos sin garantía. El régimen de la insolvencia debería enunciar claramente las categorías de créditos, en su caso, cuyo reembolso gozará de prelación en un procedimiento de insolvencia.

Créditos garantizados (párrs. 62 a 65)

188. El régimen debería especificar que un crédito garantizado deberá reembolsarse con cargo al bien gravado en una liquidación, o con arreglo a lo dispuesto en un plan de reorganización, subordinándolo a los créditos que tengan eventualmente mayor prelación. El régimen debería reducir al mínimo y enunciar claramente los créditos que tengan un mayor grado de prelación que los créditos garantizados. Cuando el valor del bien gravado sea insuficiente para satisfacer el crédito del acreedor garantizado, éste podrá participar en el procedimiento como si fuera un acreedor ordinario sin garantía.

Clasificación de los créditos, a excepción de los garantizados (párrs. 66 a 79)

189. El régimen de la insolvencia debería disponer que los créditos, a excepción de los garantizados, habrán de clasificarse y reembolsarse por el siguiente orden[15]:

a) Los costos y gastos de administración de la masa;

b) Los créditos con prelación;

c) Los créditos ordinarios sin garantía;

d) Los créditos diferidos o subordinados conforme a la ley.

190. El régimen debería disponer que, cuando quede un remanente una vez reembolsados íntegramente todos los créditos, ese saldo restante deberá devolverse al deudor.

La distribución en el marco de un procedimiento de liquidación (párrs. 40 y 80)

191. El régimen de la insolvencia debería disponer, como principio general, que los créditos de una categoría similar se reembolsarán conforme al principio de *pari passu*. Todos los créditos con prelación análoga de una misma categoría habrán de reembolsarse íntegramente antes de proceder al pago de los créditos de la categoría siguiente por orden de prelación.

---

[15] El régimen podrá disponer que se dividan en subcategorías los créditos enunciados en los apartados *a)*, *b)* y *d)*. Cuando no sea posible reembolsar íntegramente todos los créditos de una misma categoría, los pagos deberán efectuarse siguiendo el orden de las subcategorías en que el régimen haya dividido los créditos de una misma categoría.

Recomendaciones 185 a 193 (*continuación*)

192. El régimen debería especificar que, al proceder a una distribución, el representante de la insolvencia tendrá que hacer una provisión de fondos para reembolsar los créditos comunicados que aún no se hayan reconocido definitivamente.

193. El régimen de la insolvencia debería especificar que, en los procedimientos de liquidación, las distribuciones se harán sin demora y que podrán efectuarse distribuciones provisionales.

C. Tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia

1. Introducción

82. Es frecuente que varias sociedades constituyan grupos de empresas y que operen conjuntamente sin perder su personalidad jurídica propia. En caso de insolvencia de una de las empresas integrantes de un grupo, el tratamiento que debe dársele como persona jurídica independiente puede plantear problemas generalmente complejos y difíciles de resolver. En ciertas situaciones, por ejemplo, cuando una empresa conexa ha dirigido o controlado la actividad mercantil de una empresa, las empresas del grupo pueden verse perjudicadas al ser tratadas como personas jurídicas independientes. Puede suceder, por ejemplo, que no sea posible utilizar los fondos de una empresa para saldar las deudas u obligaciones de una empresa deudora perteneciente al grupo (salvo cuando ésta sea accionista o acreedora de la otra empresa), pese a la estrecha vinculación que exista entre las empresas y al hecho de que tal vez la otra empresa haya participado en la gestión de la empresa deudora o la haya dirigido y haya contribuido así a que contrajera deudas y obligaciones. Además, cuando la empresa deudora pertenezca a un grupo de esa índole, puede ser difícil desentrañar las circunstancias particulares de un caso para determinar con qué empresa del grupo trataban ciertos acreedores o las operaciones financieras que llevaban a cabo las empresas del grupo.

83. Tres cuestiones que requieren especial atención en un procedimiento de insolvencia que afecte a una empresa perteneciente a un grupo son:

a) La responsabilidad de alguna de las otras empresas del grupo respecto de las deudas externas de la empresa insolvente (teniendo presente que todas las deudas son de la empresa insolvente, salvo las que haya contraído con las empresas integrantes del grupo, es decir, las “deudas internas”);

b) El tratamiento de las deudas internas (los créditos que tengan las empresas del grupo contra la empresa deudora); y

c) La apertura de un procedimiento de insolvencia por una empresa del grupo contra otra empresa conexa de éste.

84. Este tema es sumamente complejo y el examen que se hace a continuación no es sino una breve introducción a algunas de estas cuestiones. Los regímenes de la insolvencia resuelven éstas y otras cuestiones de distintas maneras que pueden diferenciarse por la forma en que el régimen permite que se levante el "velo" de la responsabilidad limitada. En algunos se aplica un criterio prescriptivo, por el que se circunscriben rigurosamente las circunstancias en que podrá otorgarse a las empresas del grupo un trato que no sea el de personas jurídicas separadas y se levanta dicho velo, o, dicho de otro modo, las circunstancias en que una empresa conexa puede ser responsable de las deudas de una empresa deudora también integrante del grupo. En otros regímenes se sigue un criterio menos restrictivo y se da amplia discreción a los tribunales para que evalúen las circunstancias de un caso particular en función de directrices concretas. La variedad de posibles resultados a que da lugar este tipo de regímenes es más amplia que en los regímenes que prevén un criterio prescriptivo. No obstante, en ambos tipos de regímenes, el modo en que se regulan las cuestiones de responsabilidad dentro del grupo suele fundarse en la relación que existe entre la empresa insolvente y las demás empresas pertenecientes al grupo, en función de quién controle el capital y la gestión de aquélla. Una posible ventaja de tratar esas cuestiones en un régimen de la insolvencia radica en que es un incentivo para que los grupos de sociedades supervisen constantemente las actividades de las empresas que los integran y adopten medidas en cuanto una de ellas experimente dificultades financieras graves. Sin embargo, el hecho de no tratar a las empresas como entidades jurídicas separadas puede menoscabar la capacidad de las sociedades, los inversionistas y los acreedores para circunscribir los riesgos y adoptar decisiones al respecto (lo que puede revestir particular importancia cuando el grupo cuente en su seno con una sociedad que requiera que se preste atención a la gestión de riesgos, como en el caso de una entidad financiera). Ello puede crear un considerable grado de incertidumbre que incida en el costo del crédito, en particular cuando corresponda al tribunal decidir la cuestión de responsabilidad por las deudas del grupo después de que haya sobrevenido la insolvencia, y entrañar complejas cuestiones contables acerca de la forma en que se tratan las obligaciones entre las sociedades del grupo.

85. Si bien cabe resolver estas cuestiones sumamente complejas conforme a diversos criterios, es importante que el régimen de la insolvencia defina con suficiente detalle el procedimiento que deba seguirse en todo asunto relativo a los grupos de sociedades, para que todo interesado que intervenga en operaciones comerciales con dichos grupos pueda obrar con la seguridad jurídica debida. En vez de reglamentar directamente ese procedimiento en el caso de la insolvencia que afecte a un grupo de empresas, cabría también definir suficientemente lo relativo a estas empresas en otras partes del régimen, a fin de que se les pudieran aplicar, por ejemplo, las disposiciones

que rigen cuestiones como la del uso de la anulación o la subordinación con respecto a las personas allegadas.

2. Responsabilidad del grupo por las deudas externas

86. En los regímenes de la insolvencia se tienen en cuenta diversas circunstancias o distintos factores para determinar si una empresa conexa o una empresa integrante de un grupo debe hacerse cargo de las deudas externas contraídas por otra de las empresas del grupo que sea insolvente.

87. En muchos regímenes se dispone que la empresa conexa se haga cargo de las deudas cuando haya otorgado una garantía respecto de sus filiales. De forma análoga, en muchos regímenes se establece la responsabilidad de indemnizar por toda pérdida o perjuicio dimanantes de operaciones fraudulentas que se hayan llevado a cabo entre las empresas del grupo. En otras ramas del derecho pueden preverse también soluciones al respecto. En algunas circunstancias, por ejemplo, la ley puede considerar que la empresa insolvente es un agente de la empresa conexa, lo que permitiría a los terceros hacer valer sus derechos directamente frente a la empresa conexa como principal responsable.

88. Cuando el régimen de la insolvencia otorga a los tribunales amplios poderes discrecionales para determinar, conforme a determinadas directrices, la responsabilidad que tienen una o más empresas del grupo por las deudas de otras empresas del grupo, en esas directrices podrá indicarse que deberán tenerse en cuenta los siguientes factores: el grado de vinculación entre la administración, los negocios y las finanzas de las empresas; la conducta de la empresa conexa frente a los acreedores de la empresa insolvente; la convicción de los acreedores de que tenían tratos con una sola entidad económica, y no con dos o más empresas del grupo; y el grado en que la situación de insolvencia pueda imputarse a los actos de la empresa del grupo. Teniendo presentes esas consideraciones, un tribunal podrá dictaminar hasta qué punto un grupo ha actuado como entidad económica única y, en algunos regímenes, podrá ordenar que se consoliden o mancomunen el activo y el pasivo de las empresas[16], en particular cuando esa orden pueda coadyuvar a la reorganización del grupo o cuando una de las empresas pueda contribuir financieramente a la masa de la insolvencia, siempre y cuando esas aportaciones no socaven la solvencia de la empresa contribuyente. Esas cantidades se abonan en general al representante de la insolvencia que administra el procedimiento en beneficio de la masa en conjunto.

---

[16] Toda decisión judicial de que un grupo de sociedades mercantiles ha funcionado como entidad económica única dará lugar a la aplicación de otras disposiciones del régimen de la insolvencia, por ejemplo, la relativa a la obligación de los miembros del consejo o los directores de impedir que se hagan operaciones comerciales en situación de insolvencia. En algunos regímenes se permite también que en un número limitado de circunstancias las empresas mancomunen voluntariamente sus activos y pasivos.

89. Otro aspecto importante en los regímenes que permiten ese tipo de medidas es el efecto de éstas sobre los acreedores. A fin de que los acreedores en su conjunto reciban un trato equitativo, estos regímenes deben conciliar los intereses de dos (o más) grupos de acreedores que hayan tratado con dos (o más) entidades mercantiles independientes. Estos intereses colectivos entrarán en conflicto entre sí si la suma de los activos del conjunto de empresas no basta para saldar los créditos. En tal caso, es posible que los bienes que corresponderían a los acreedores de una empresa del grupo que posea una base considerable de activos sufran una merma a causa de los créditos que reclamen los acreedores de otra empresa del grupo cuya base de activos sea limitada. Una forma de resolver esta cuestión es determinar si las economías que se lograrían en beneficio colectivo de los acreedores compensarían o no el eventual perjuicio que podría sufrir cada acreedor. Cuando ambas empresas son insolventes, en algunos regímenes se sopesa si, al no dictarse una orden de consolidación, dando lugar por ende a procedimientos de insolvencia independientes, aumentarían los gastos y la duración del procedimiento y se reducirían los fondos que, de lo contrario, estarían a disposición de los acreedores, y si ello redundaría en beneficio de los accionistas de algunas de las empresas del grupo, que recibirían beneficios a costa de los acreedores de otras empresas del grupo[17].

90. El principio común a todos los regímenes con disposiciones de este tipo es que, para dictar una orden de consolidación, el tribunal debe estar convencido de que, si no la dicta, los acreedores sufrirían un perjuicio mayor que el que sufrirían las empresas insolventes y los acreedores disconformes si lo hace. En algunos ordenamientos se permite por razones de equidad la consolidación parcial, eximiendo los créditos de ciertos acreedores, que se saldan con determinados activos (a los que no se aplica la orden de consolidación) de una de las empresas insolventes. Las dificultades que entraña un proceso de compensación de esta índole han hecho que raramente se dicten esas órdenes en los países cuyos regímenes las autorizan.

91. Cabe señalar que, en los regímenes de la insolvencia que prevén la consolidación, los derechos de los acreedores garantizados no se ven afectados, salvo tal vez los de los titulares de garantías reales internas (cuando el acreedor garantizado es una empresa del grupo).

3. Deudas internas

92. Las deudas internas entre las empresas de un grupo pueden regularse de diversos modos. En algunos regímenes de la insolvencia, las operaciones efectuadas entre empresas de un grupo pueden estar sujetas a acciones de anulación. En algunos regímenes que prevén la consolidación, las

[17] Algunos regímenes disponen que, antes de proceder a una distribución, se determine la identidad de los acreedores de cada empresa pertinente del grupo y que, además se determinen sus activos y pasivos.

obligaciones internas cesan cuando se dicta una orden de consolidación. Otro criterio consiste en clasificar las operaciones realizadas entre empresas de un grupo en una categoría distinta a la de las operaciones que se lleven a cabo entre partes no vinculadas entre sí (por ejemplo, puede considerarse que una deuda es una aportación de capital, y no un préstamo dentro del grupo), lo que supondrá que las obligaciones entre empresas de un grupo tendrán un grado de prelación inferior al asignado a las mismas obligaciones entre partes no vinculadas.

VI. Conclusión del procedimiento

A. Exoneración

1. En algunos círculos se es cada vez más consciente de la necesidad de reconocer que el fracaso de una empresa es un hecho natural en una economía, así como de aceptar que tanto las empresas débiles como las sólidas pueden fracasar, aunque por distintas razones, sin que ello implique necesariamente una conducta irresponsable, temeraria o dolosa por parte de los directivos de la empresa. Una persona cuya empresa haya fracasado puede extraer enseñanzas de esa experiencia y algunos estudios indican que esas personas logran a menudo un gran éxito en proyectos empresariales posteriores. Por ello, varios Estados han decidido adoptar regímenes de la insolvencia que no se limitan a regular la administración de la insolvencia, sino que también brindan una nueva oportunidad a los deudores insolventes, despejando su situación financiera y adoptando otras medidas para mitigar el estigma social que sufre toda empresa declarada en quiebra, en vez de centrarse en sancionar al deudor. Además de adaptar el régimen de la insolvencia para eliminar las condiciones y restricciones innecesarias en materia de exoneración, es necesario promover un cambio de actitud de los bancos y de la sociedad en general ante la quiebra, y prever asistencia y apoyo para los empresarios afectados. Al mismo tiempo, es preciso que el régimen de la insolvencia proteja al público y a la comunidad mercantil contra los deudores que administren sus asuntos financieros de manera irresponsable, temeraria o deshonesta.

2. Una vez realizada la distribución en un procedimiento de liquidación de la masa de la insolvencia, es probable que algunos acreedores no hayan cobrado íntegramente sus créditos. El régimen de la insolvencia deberá regular la cuestión de si estos acreedores siguen teniendo un crédito pendiente frente al deudor o si, por el contrario, éste queda exonerado o "liberado" de esos créditos residuales.

1. Exoneración del deudor en un procedimiento de liquidación

a) Cuando el deudor sea una entidad jurídica

3. Cuando el deudor sea una sociedad de responsabilidad limitada, la cuestión de la exoneración una vez efectuada la liquidación no se plantea; en general, la legislación prevé la desaparición de la empresa como persona jurídica o, alternativamente, que siga existiendo, aunque ya no sea más que una estructura sin bienes. Los titulares de acciones no serán responsables de los créditos residuales y la cuestión de su exoneración no se planteará. Si la empresa del deudor adopta una forma diferente, como la de sociedad

unipersonal, asociación de cuentas, o una entidad cuyos propietarios tengan responsabilidad ilimitada, se planteará la cuestión de si esos deudores, como personas, seguirán siendo responsables de los créditos no reembolsados tras la liquidación.

b) Cuando el deudor sea una persona física

4. Los regímenes de la insolvencia regulan de diversos modos la cuestión de la exoneración de un deudor que sea persona física. Con arreglo a algunos de ellos, un deudor insolvente no puede ser exonerado hasta que pague todas sus deudas. Conforme a otros regímenes, el deudor sigue siendo responsable del pago de los créditos no satisfechos hasta que expire el plazo de prescripción requerido (que en algunos casos puede ser bastante largo, como, por ejemplo, de diez años), tras lo cual se le podrá conceder la exoneración. Algunos de esos regímenes pueden imponer también al deudor varias condiciones y restricciones en relación con sus actividades profesionales, comerciales y personales, por ejemplo, actuar como miembro del consejo de administración de una sociedad mercantil. Este tipo de normas pone de relieve la importancia de la relación entre el deudor y el acreedor. Así, el hecho de que el deudor siga siendo responsable después de la liquidación tiene la doble finalidad de moderar la conducta financiera del deudor y de alentar al acreedor a conceder créditos financieros. Al mismo tiempo, ese enfoque puede tener el inconveniente de impedir que el empresario aproveche nuevas oportunidades, de frenar toda actividad innovadora y empresarial, dada la severidad de las sanciones previstas en caso de incumplimiento, y de disuadir a los deudores de solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia.

5. Otros regímenes prevén la exoneración completa de todo deudor honrado, que no haya cometido dolo, inmediatamente después de la distribución en un procedimiento de liquidación. Este criterio hace hincapié en el beneficio de la "nueva oportunidad" que entraña la exoneración y a menudo está destinado a fomentar el desarrollo de una clase empresarial. También constituye un reconocimiento de que el sobreendeudamiento es un fenómeno real en todas las economías actuales que todo régimen de la insolvencia debe abordar. En un tercer enfoque, se procura lograr una solución de avenencia, previendo la exoneración del deudor una vez transcurrido un determinado período contado a partir de la fecha de la distribución, durante el cual se espera que el deudor se esfuerce de buena fe para cumplir sus obligaciones pendientes.

6. Sea cual fuere el criterio que se adopte, en algunas circunstancias todos los regímenes limitan la posibilidad de exoneración. Esas circunstancias varían de un régimen a otro, pero pueden incluir los casos en que el deudor haya actuado con dolo, haya estado involucrado en actividades delictivas, haya infringido leyes laborales o de protección del medio ambiente, no haya llevado la contabilidad adecuada, no haya participado de buena fe en el procedimiento de insolvencia o no haya cooperado con el representante de la

insolvencia, no haya facilitado o haya retenido u ocultado activamente información, haya proseguido sus actividades mercantiles ya a sabiendas de que era insolvente, haya contraído deudas sin una esperanza justificable de poder reembolsarlas y haya ocultado o destruido bienes o documentos tras la solicitud de apertura del procedimiento.

7. Algunos tipos de deudas pueden quedar excluidas de la exoneración, por ejemplo las derivadas de daños extracontractuales o de acuerdos de alimentos o de pensión alimentaria (pagos al cónyuge divorciado o para el sustento de los hijos del deudor); las deudas fraudulentas; las deudas basadas en multas impuestas como sanción sustitutiva de la pena de prisión y las deudas fiscales.

8. Además de imponer condiciones como parte de una exoneración, se le pueden también imponer condiciones al deudor y sus actividades, ya sea durante el procedimiento o como requisito para la exoneración. Estas restricciones pueden recomendarlas el representante de la insolvencia o el tribunal. Esas condiciones pueden comprender restricciones a la capacidad del deudor para obtener nuevo crédito, para salir del país, para realizar actividades mercantiles durante cierto tiempo o para ejercer su profesión durante un determinado período. También puede supeditarse la concesión de una exoneración a que el deudor no adquiera posteriormente una fortuna de valor considerable con la que podría reembolsar deudas anteriores. La duración de la aplicación de estas restricciones varía según la situación del deudor. Otras limitaciones previstas en los regímenes de la insolvencia afectan al número de veces que puede exonerarse a un deudor. En algunos ordenamientos sólo se permite una exoneración; en otros debe transcurrir un determinado plazo, como, por ejemplo, de diez años, antes de que el deudor pueda tener derecho a una nueva exoneración o incluso a iniciar un procedimiento de insolvencia en el que pueda obtener una nueva exoneración. Otro enfoque consiste en restringir la exoneración, por ejemplo, cuando el deudor haya obtenido una liberación de sus deudas durante un cierto período antes de la apertura del procedimiento en curso y cuando los pagos realizados durante ese procedimiento anterior hayan sido inferiores a un determinado porcentaje.

9. Al elegir entre esas opciones deben sopesarse los objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia, teniendo en cuenta los posibles motivos de exoneración del deudor y la necesidad de sancionar ciertas conductas. Podría hacerse una distinción entre un proceder inapropiado y tal vez negligente y un proceder que llegue a tener carácter delictivo. Si la finalidad implícita del régimen de la insolvencia es superar las dificultades financieras del deudor y facilitarle un nuevo comienzo a fin de fomentar la actividad empresarial y asumir sus riesgos, podrá exonerarse, tras la liquidación, a todo deudor honrado que se haya mostrado dispuesto a cooperar y que haya cumplido sus obligaciones conforme al régimen de la insolvencia, imponiéndole restricciones mínimas. Si el criterio consiste en imponer restricciones drásticas a esos deudores y permitir la exoneración

solamente al cabo de mucho tiempo y después de que hayan cumplido numerosas condiciones, cabrá deducir que la finalidad subyacente es castigar a los deudores, en vez de promover su rehabilitación. Sería más apropiado imponer restricciones y condiciones cuando el deudor no haya obrado con honradez, no haya cooperado con el representante de la insolvencia o no haya cumplido sus obligaciones conforme al régimen o, en casos más extremos, cuando haya incurrido en una conducta delictiva.

10. Otra consideración válida al establecer las condiciones para la exoneración es la relación entre ellas y la lógica básica del principio de la exoneración. La imposición de ciertas condiciones amplias, como la de prohibir en general al deudor que lleve a cabo actividades mercantiles, tal vez actúe como sanción y no se ajuste al concepto básico de concederle una nueva oportunidad. Unas condiciones más concretas, como, por ejemplo, limitar las posibilidades del deudor de formar parte de un consejo de administración, podrían ser más adecuadas, sobre todo cuando el deudor fuera miembro del consejo de la empresa que pasó a ser insolvente. Cuando un régimen de la insolvencia prevea la imposición de condiciones y la exclusión de ciertas deudas de la exoneración, será conveniente que esas condiciones y exclusiones sean mínimas. En la medida de lo posible, y por razones de transparencia y previsibilidad, convendría enunciar en el régimen los tipos de deudas que no podrán ser objeto de exoneración.

11. Algunos regímenes de la insolvencia prevén que podrá concederse la exoneración en una etapa temprana del procedimiento (con anterioridad a la conclusión). Sin embargo, podrá suspenderse si, por ejemplo, el deudor incumple una obligación, o revocarse, por ejemplo, cuando la exoneración se haya obtenido mediante dolo, cuando el deudor haya retenido fraudulentamente información sobre bienes que debían formar parte de la masa de la insolvencia, o cuando haya incumplido órdenes del tribunal.

12. Una cuestión que debe tenerse en cuenta al regular la posibilidad de exonerar de sus deudas a personas físicas que se dediquen a una actividad mercantil es el solapamiento entre el endeudamiento comercial y el endeudamiento del consumidor. Varios Estados, conscientes de que la insolvencia de las personas físicas se regula de diferentes modos (en algunos Estados no puede declararse en quiebra a personas físicas, mientras que en otros se exige que la persona haya actuado en calidad de “comerciante”) y de que muchos Estados no disponen de un régimen sólido que regule la insolvencia del consumidor, han adoptado regímenes de la insolvencia que procuran distinguir entre los deudores que son simplemente consumidores y aquellos cuyas obligaciones se derivan de pequeñas empresas. Puesto que con frecuencia se utilizan préstamos personales para financiar pequeñas empresas, ya sea como capital inicial o como fondo de operaciones, puede ocurrir que no siempre sea posible dividir las deudas en categorías claras. Por esa razón, cuando un ordenamiento jurídico reconoce tanto las deudas comerciales como las deudas de consumidores, tal vez carezca de sentido adoptar normas que

regulen las deudas comerciales de personas físicas que difieran de las reglas aplicables a las deudas de consumidores.

13. Cabe señalar que la exoneración de un deudor que sea persona física no suele afectar a la responsabilidad de un tercero que haya garantizado las obligaciones de ese deudor.

2. Exoneración de deudas y modificación de créditos en procedimientos de reorganización

14. A fin de que el deudor cuya empresa se reorganice tenga las mayores posibilidades de salir adelante, el régimen de la insolvencia puede disponer la exoneración de las deudas o la modificación de los créditos cuando tal exoneración o modificación se haya previsto en el plan de reorganización. Este criterio respalda el objetivo de fomentar la seguridad en el comercio al dar carácter vinculante a la condonación, la cancelación o la modificación de las deudas conforme al plan aprobado. Este principio es particularmente importante para garantizar el cumplimiento del plan por parte de los acreedores que lo rechazaron y de los que no participaron en el procedimiento de aprobación. Asimismo, permite a otros prestamistas e inversionistas saber con certeza que no tendrán que hacer frente a una liquidación imprevista ni a créditos ocultos o no declarados. De este modo, la exoneración garantiza de manera inequívoca que en el plan se atienda plenamente a los derechos de los acreedores.

15. La exoneración concedida en un procedimiento de reorganización podría surtir efecto a partir del momento en que el plan adquiriera eficacia conforme al régimen de la insolvencia o a partir del momento en que se hubiera ejecutado en su totalidad. En el caso de que el plan no se ejecutara en su totalidad o de que fracasara su ejecución, muchos regímenes disponen que se anule la exoneración.

Recomendaciones 194 a 196

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones sobre la exoneración del deudor tienen por objeto:

a) Permitir que un deudor que sea una persona física quede definitivamente exonerado del pago de sus deudas anteriores a la apertura del procedimiento, dándole así la oportunidad de comenzar de nuevo;

b) Determinar las circunstancias en que podrá concederse la exoneración y las condiciones de su concesión.

Recomendaciones 194 a 196 (*continuación*)

Contenido de las disposiciones legislativas

Exoneración de un deudor que sea persona física en procedimientos de liquidación (párrs. 1, 2 y 4 a 13)

194. Cuando una persona física pueda acogerse al régimen de la insolvencia en calidad de deudor, convendría regular la cuestión de la exoneración del deudor de su responsabilidad por las deudas contraídas antes de la apertura del procedimiento. El régimen de la insolvencia podrá disponer que la exoneración no se conceda hasta la expiración de un plazo concreto, contado a partir de la fecha de apertura del procedimiento, durante el cual se espera que el deudor coopere con el representante de la insolvencia. Al expirar el plazo, el deudor podrá quedar exonerado si no ha actuado fraudulentamente y si ha cooperado con el representante de la insolvencia en el cumplimiento de las obligaciones que le imponga el régimen de la insolvencia. El régimen podrá prever la revocación de toda exoneración obtenida por medios fraudulentos.

195. Cuando el régimen de la insolvencia prevea que ciertas deudas se excluirán de la exoneración, convendrá reducir al mínimo las deudas excluidas con objeto de facilitar que el deudor pueda reemprender su negocio sobre una base firme, y enunciar claramente tales exclusiones en el régimen de la insolvencia.

196. Cuando el régimen de la insolvencia disponga que podrán imponerse condiciones para conceder la exoneración al deudor, convendrá reducir al mínimo esas condiciones con objeto de que el deudor pueda reemprender su negocio sobre una base firme y enunciarlas claramente en el régimen.

B. Clausura del procedimiento

16. Los regímenes de la insolvencia regulan de distinta manera la forma de concluir o clausurar un procedimiento, los requisitos de clausura y los trámites correspondientes. Es conveniente que en el régimen de la insolvencia se especifique qué parte podrá solicitar la conclusión del procedimiento, la eventual publicidad de la solicitud de conclusión y de la decisión de dar por concluido el procedimiento, y la posibilidad de que los acreedores puedan exponer sus argumentos al presentarse la solicitud.

1. Liquidación

17. Diversos regímenes de la insolvencia adoptan un criterio en virtud del cual se exige en general que, una vez que los bienes se hayan convertido en efectivo y se haya procedido a la distribución, el representante de la insolvencia convoque una junta de acreedores en la que presente el balance final de las cuentas. Si los acreedores aceptan ese balance, lo único que exigen algunos regímenes (cuando el deudor sea una sociedad) es que se presenten las cuentas definitivas y un informe de la última junta al órgano administrativo competente para la inscripción en el registro público de

sociedades, tras lo cual se disolverá la empresa deudora. Otros regímenes exigen la presentación de una solicitud formal ante el tribunal para obtener una orden judicial de disolución. Este criterio general se aplica con ligeras diferencias entre los trámites requeridos, en función de si la solicitud de apertura del procedimiento ha sido presentada por los acreedores o por el deudor.

2. Reorganización

18. En general, los regímenes de la insolvencia eligen entre dos o tres formas de regular la clausura del procedimiento de reorganización. Se puede dar por concluido el procedimiento cuando se aprueba el plan de reorganización (y, cuando proceda, al ser confirmado); cuando se han cumplido las obligaciones de conformidad con el plan y, en cualquier caso, cuando se ha ejecutado plenamente éste (independientemente de que para ello se haya requerido o no una orden judicial, a pesar de que algunos regímenes disponen que el tribunal deberá dictar una orden por la que ponga fin a las obligaciones del representante de la insolvencia); o cuando el tribunal declara sin lugar el procedimiento por considerar que se ha recurrido indebidamente al régimen de la insolvencia o que el deudor no cumplía los requisitos de apertura cuando se abrió el procedimiento.

19. También puede clausurarse el procedimiento cuando se cumpla lo que a tal efecto disponga el plan o cualquier otro acuerdo contractual con los acreedores. Cuando el plan de reorganización no se haya ejecutado en su totalidad, el régimen de la insolvencia puede disponer que el tribunal dicte una orden por la que el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación, a fin de evitar que el deudor quede en situación de insolvencia sin que se resuelva su situación financiera. Otra posibilidad consiste en que el régimen de la insolvencia prevea el sobreseimiento del procedimiento cuando se den las debidas circunstancias, como, por ejemplo, cuando los bienes restantes estén gravados y los acreedores con créditos no garantizados no vayan a beneficiarse de la distribución. Cada régimen determinará si la conversión de un procedimiento de reorganización en liquidación constituye o no la clausura formal del procedimiento de reorganización y el inicio de un procedimiento de liquidación (véase más arriba el cap. IV, párrs. 72 a 75). Cuando el régimen prevea que el procedimiento de reorganización se clausurará tras la aprobación (y, en su caso, con la confirmación judicial) del plan, los derechos y obligaciones previstos en el plan se ejecutarán con arreglo a leyes distintas del régimen de la insolvencia.

Recomendaciones 197 y 198

Finalidad de las disposiciones legislativas

La disposiciones relativas a la conclusión del procedimiento de insolvencia tienen por objeto determinar la forma en que deberá ponerse fin al mismo una vez logrados sus objetivos.

Contenido de las disposiciones legislativas

Reorganización (párrs. 18 y 19)

197. El régimen de la insolvencia debería establecer los trámites que habrá que cumplir para clausurar un procedimiento de reorganización.

Liquidación (párr. 16)

198. El régimen de la insolvencia debería especificar los trámites que habrá que seguir para clausurar un procedimiento de liquidación una vez efectuada la distribución final del producto de la liquidación o cuando se resuelva que no es posible realizar ninguna distribución.

Anexo I

Tratamiento de los acreedores garantizados en un procedimiento de insolvencia

La *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* no contiene un capítulo separado en el que se aborde el tratamiento de los acreedores garantizados durante todo el procedimiento de insolvencia, sino que se refiere a ese tratamiento en el contexto de cada uno de los temas. Con respecto a algunas cuestiones, en la *Guía* se hace referencia concreta a los acreedores garantizados y a la forma en que pueden verse afectados por la apertura del procedimiento, por ejemplo, en lo que respecta a la constitución de la masa de la insolvencia, la aplicación de la paralización y la financiación posterior a la apertura del procedimiento. En otros aspectos se tratará a los acreedores garantizados de la misma manera que a los demás acreedores, por ejemplo, con respecto al tratamiento de los contratos, las disposiciones relativas a la anulación y los procedimientos relacionados con los créditos. En las referencias (tanto a los párrafos del comentario como a las recomendaciones) que figuran más adelante se enumeran ciertas secciones concretamente relacionadas con los acreedores garantizados. Sin embargo, para tener una idea cabal de la forma en que éstos se ven afectados por la apertura del procedimiento de insolvencia, es preciso leer la *Guía* como un todo.

Capítulo			*Párrafos*	*Recomendaciones*
Primera parte.		**Formulación de los objetivos fundamentales y la estructura de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente**		
I.	Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente			
	A.8	Reconocer los derechos existentes de los acreedores y establecer reglas claras para la clasificación de los créditos según su prelación	13	7
Segunda parte.		**Disposiciones fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente**		
I.	Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia			
	C.4	Régimen aplicable a los procedimientos de insolvencia: excepciones a la *lex fori concursus*	88	31
II.	Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia			
	A.2	Bienes comprendidos en la masa de la insolvencia	7-12	35
	B.2	Protección de la masa mediante una paralización	27-29	
	B.3	Alcance de la paralización	30-32, 36-40	
	B.5	Inicio de la paralización	49, 53	
	B.6	Duración de la paralización	56, 57	

(Continuación)

Capítulo			*Párrafos*	*Recomendaciones*
	B.8	Protección de los acreedores garantizados	59-69	39 a), 46, 49-51
	C.2	Bienes de la masa de la insolvencia	74, 83-86, 88, 89	
	C.4	Régimen aplicable al producto en efectivo de la venta	92, 93	52, 53, 58, 59, 62
	D.1	Necesidad de financiación posterior a la apertura del procedimiento	97	
	D.3	Obtención de crédito con posterioridad a la apertura del procedimiento: concesión de una garantía real o de cierta prelación	101-106	65-67
	F.3	Tipos de operaciones sujetas a anulación	180, 181	88
	G.	Derechos de compensación	206	
	H.	Contratos financieros y compensación global por saldos netos	215	103, 104
III.	Participantes			
	C.2	Grado de participación de los acreedores en el proceso de adopción de decisiones	87	
	C.5	Cuestiones que requieren una votación de los acreedores	98	
	C.6	Comité de acreedores	102, 103	126
	E.	Acreedores garantizados	121-123	
IV.	Reorganización			
	A.3	Propuesta de un plan de reorganización	11	
	A.5	Aprobación del plan	26, 29, 31, 34-39	146-152
	A.7	Vía para hacer que el plan sea vinculante para las categorías de acreedores disconformes	54	
	A.8	Confirmación judicial del plan	58, 62	
	A.14	Conversión del procedimiento de reorganización en liquidación	74	
	B.3	Procedimiento para aplicar un acuerdo voluntario de reestructuración	86	
V.	Administración del procedimiento			
	A.2	Comunicación de los créditos de los acreedores	2-5	172, 179
	B.1	Prelación	57, 62-65, 67-71	187
	C.2	Responsabilidad del grupo por las deudas externas	91	

Anexo II

Decisión de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y resolución 59/40 de la Asamblea General

A. Decisión de la Comisión

1. En su 792ª sesión, celebrada el 25 de junio, la Comisión adoptó la siguiente decisión[a]:

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

Reconociendo la importancia que tiene para todos los países un sólido régimen de la insolvencia,

Reconociendo también que es manifiestamente de interés público contar con un régimen de la insolvencia eficaz como medio para fomentar el desarrollo económico y la inversión,

Observando que cada vez se es más consciente de que los regímenes de reorganización tienen una importancia decisiva para la recuperación económica y de las empresas, el fomento de la actividad empresarial, la preservación del empleo y la disponibilidad de capital de riesgo,

Observando también que la eficacia de los regímenes de reorganización afecta a la disponibilidad de finanzas en los mercados de capital, y que el análisis comparado de esos sistemas ya es común e indispensable a efectos de la concesión de préstamos, lo cual repercute en todos los países, sea cual sea su nivel de desarrollo económico,

Observando además la importancia que tienen los criterios de política social, incluidos los derechos de las partes interesadas en la insolvencia de un deudor, para la elaboración de un régimen de la insolvencia,

Reconociendo que la solución de las cuestiones económicas, jurídicas y legislativas fundamentales que plantea la insolvencia y que se negocian en el plano internacional en un proceso en el que intervienen muy diversos participantes será útil tanto para los Estados que no cuentan con un régimen efectivo y eficaz de la insolvencia como para los Estados que están

---

[a] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/59/17), párr. 55.

iniciando un proceso de examen y modernización de su régimen de la insolvencia,

Observando que la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (a la que se han adjuntado como anexos la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza[b] y la Guía para su incorporación al derecho interno[c]) y una guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, que actualmente prepara el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales), constituirán los pilares de un marco moderno de derecho mercantil,

Recordando el mandato encomendado al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) de preparar una declaración general de objetivos y características fundamentales de un régimen sólido de la insolvencia, que rija las relaciones entre deudor y acreedores, incluido el examen de la reestructuración extrajudicial, así como una guía legislativa que previera formas flexibles de aplicar esos objetivos y características, además de examinar otros posibles criterios y las ventajas e inconvenientes que tuvieran esos criterios y recomendaciones,

Reconociendo el apoyo que prestaron en la preparación de la Guía Legislativa organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales que se ocupan de la reforma del régimen de la insolvencia,

Tomando nota con aprobación de la colaboración entre el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales), así como de su empeño en solucionar de manera coherente las cuestiones comunes relativas al tratamiento de los acreedores garantizados y a las garantías reales en el régimen de la insolvencia,

Confirmando su intención de mantener la coordinación y la cooperación con el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional para facilitar la elaboración de un derecho internacional uniforme en lo relativo al régimen de la insolvencia,

Expresando su reconocimiento al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) por su labor en la elaboración del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia,

1. *Aprueba* la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, que consiste en el texto que figura en el documento de trabajo del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)[d], enmendado en la nota de la Secretaría del 30 de abril de 2004[e], con las enmiendas

---

[b] Ibíd., *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/52/17), anexo I.

[c] A/CN.9/442, anexo.

[d] A/CN.9/WG.V/WP.70 (Partes I y II).

[e] A/CN.9/559 y Adds. 1 a 3.

introducidas por la Comisión en su 37º período de sesiones[f], texto al que se han adjuntado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza[b] y la Guía para su incorporación al derecho interno[c] y autoriza a la Secretaría a que introduzca los cambios de redacción pertinentes en el texto de la Guía Legislativa y lo ultime teniendo en cuenta las deliberaciones de la Comisión;

2. *Pide* al Secretario General que haga llegar el texto de la Guía Legislativa a los Estados Miembros y a otros órganos interesados;

3. *Recomienda* que todos los Estados utilicen la Guía Legislativa para evaluar la eficiencia económica de sus respectivos regímenes de la insolvencia y que tengan en cuenta la Guía Legislativa al revisar o al promulgar legislación relativa a la insolvencia, e invita a los Estados que hayan utilizado la Guía Legislativa a tal efecto a que informen a la Comisión al respecto;

4. *Recomienda* que todos los Estados sigan estudiando la posibilidad de aplicar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

B. Resolución 59/40 de la Asamblea General

2. El 2 de diciembre de 2004, la Asamblea General aprobó la siguiente resolución:

Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre el Régimen de la Insolvencia

La Asamblea General,

Reconociendo la importancia que reviste para todos los países un régimen de la insolvencia sólido, eficaz y eficiente como medio para fomentar el desarrollo económico y las inversiones,

Observando que cada vez se es más consciente de que los regímenes de reorganización tienen una importancia decisiva para la recuperación económica y de las empresas, el fomento de la actividad empresarial, la preservación del empleo y la disponibilidad de financiación en el mercado de capitales,

Observando también la importancia que revisten las cuestiones de política social para la elaboración de un régimen de la insolvencia,

---

[f] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/59/17), párrs. 12 a 53.

Tomando nota con satisfacción de la ultimación y aprobación por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, el 25 de junio de 2004, durante su 37º período de sesiones[g], de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia,*

Estimando que la *Guía Legislativa*, que comprende el texto de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza y la Guía para su incorporación al derecho interno recomendado por la Asamblea General en su resolución 52/158, de 15 de diciembre de 1997, contribuye en medida significativa a la creación de un marco jurídico armonizado en relación con la insolvencia y resultará de utilidad tanto para los Estados que no tienen un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente como para aquellos que están desarrollando un proceso de revisión y modernización de sus regímenes de la insolvencia,

Reconociendo la necesidad de coordinación y cooperación entre las organizaciones internacionales que realizan actividades de reforma del régimen de la insolvencia con miras a garantizar la compatibilidad y armonización de esa labor y a facilitar la elaboración de normas internacionales,

Observando que la preparación de la *Guía Legislativa* fue objeto de deliberaciones adecuadas y de amplias consultas con los gobiernos y las organizaciones internacionales, intergubernamentales y no gubernamentales que desarrollan actividades en materia de reforma del régimen de la insolvencia,

1. *Expresa su reconocimiento* a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por haber ultimado y aprobado la *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*[g];

2. *Pide* al Secretario General que publique la *Guía Legislativa* y adopte todas las disposiciones necesarias para lograr que pase a ser ampliamente conocida y esté disponible en general;

3. *Recomienda* que todos los Estados tomen debidamente en consideración la *Guía Legislativa* al evaluar la eficiencia económica de sus respectivos regímenes de la insolvencia y al revisar o aprobar legislación que sea relevante para la insolvencia;

4. *Recomienda también* que todos los Estados sigan considerando la posibilidad de aplicar la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Insolvencia Transfronteriza.

---

[g] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/59/17), cap. III.

Anexo III

Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su incorporación al derecho interno

Índice

Página

Primera parte. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza

Preámbulo 351

Capítulo I. Disposiciones generales 351

Artículo 1. Ámbito de aplicación 351

Artículo 2. Definiciones 352

Artículo 3. Obligaciones internacionales del Estado 352

Artículo 4. [*Tribunal o autoridad competente*] 352

Artículo 5. Autorización dada a [*indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar la reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno de este Estado*] para actuar en un Estado extranjero 353

Artículo 6. Excepción de orden público 353

Artículo 7. Asistencia adicional en virtud de alguna otra norma 353

Artículo 8. Interpretación 353

Capítulo II. Acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado 353

Artículo 9. Derecho de acceso directo 353

Artículo 10. Jurisdicción limitada 353

Artículo 11. Solicitud del representante extranjero de que se abra un procedimiento con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] 354

Artículo 12. Participación de un representante extranjero en un procedimiento abierto con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] 354

Artículo 13. Acceso de los acreedores extranjeros a un procedimiento seguido con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] 354

Artículo 14. Notificación a los acreedores en el extranjero con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] 355

Capítulo III. Reconocimiento de un procedimiento extranjero y medidas otorgables 355

Artículo 15. Solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero 355

Artículo 16. Presunciones relativas al reconocimiento 356

Página

Artículo 17. Resolución de reconocimiento de un procedimiento extranjero 356
Artículo 18. Información subsiguiente 356
Artículo 19. Medidas otorgables a partir de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero 357
Artículo 20. Efectos del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal 357
Artículo 21. Medidas otorgables a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero 358
Artículo 22. Protección de los acreedores y de otras personas interesadas 359
Artículo 23. Acciones de impugnación de actos perjudiciales para los acreedores 359
Artículo 24. Intervención de un representante extranjero en procedimientos que se sigan en este Estado 359

Capítulo IV. Cooperación con tribunales y representantes extranjeros 359
Artículo 25. Cooperación y comunicación directa entre un tribunal de este Estado y los tribunales o representantes extranjeros 359
Artículo 26. Cooperación y comunicación directa entre [*indíquese la denominación de la persona, o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro*] y los tribunales o representantes extranjeros 360
Artículo 27. Formas de cooperación 360

Capítulo V. Procedimientos paralelos 360
Artículo 28. Apertura de un procedimiento con arreglo a [*identifíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] tras el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal 360
Artículo 29. Coordinación de un procedimiento seguido con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] y un procedimiento extranjero 361
Artículo 30 Coordinación de varios procedimientos extranjeros 361
Artículo 31. Presunción de insolvencia basada en el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal 362
Artículo 32. Regla de pago para procedimientos paralelos 362

Segunda parte. Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza

		Párrafos	*Página*
I.	Finalidad y origen de la Ley Modelo	1-8	363
	A. Finalidad de la Ley Modelo	1-3	363
	B. La labor preparatoria y la adopción de la Ley Modelo	4-8	364
II.	Finalidad de la Guía para la incorporación al derecho interno	9-10	365
III.	La Ley Modelo como vehículo de armonización del derecho	11-12	366

				Párrafos	*Página*
IV.	Características principales de la Ley Modelo			13-48	366
	A.	Antecedentes		13-19	366
	B.	Integración de la Ley Modelo en el derecho interno existente		20-21	368
	C.	Ámbito de aplicación de la Ley Modelo		22	369
	D.	Tipos de procedimientos extranjeros considerados		23-25	369
	E.	Asistencia extranjera para un procedimiento de insolvencia abierto en el Estado promulgante		26-27	370
	F.	Acceso del representante extranjero a los tribunales del Estado promulgante		28-29	370
	G.	Reconocimiento de un procedimiento extranjero		30-37	371
	H.	Cooperación transfronteriza		38-41	372
	I.	Coordinación de procedimientos paralelos		42-48	373
V.	Observaciones a cada uno de los artículos			49	374
	A.	El título		49-53	374
	B.	Preámbulo		54-56	375
	C.	Capítulo I.	Disposiciones generales	57-92	375
		Artículo 1.	Ámbito de aplicación	57-66	375
		Artículo 2.	Definiciones	67-75	378
		Artículo 3.	Obligaciones internacionales del Estado	76-78	380
		Artículo 4.	[*Tribunal o autoridad competente*]	79-83	381
		Artículo 5.	Autorización dada a [*indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar la reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno de este Estado*] para actuar en un Estado extranjero	84-85	382
		Artículo 6.	Excepción de orden público	86-89	383
		Artículo 7.	Asistencia adicional en virtud de alguna otra norma	90	384
		Artículo 8.	Interpretación	91-92	384
	D.	Capítulo II.	Acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado	93-111	385
		Artículo 9.	Derecho de acceso directo	93	385
		Artículo 10.	Jurisdicción limitada	94-96	386
		Artículo 11.	Solicitud del representante extranjero de que se abra un procedimiento con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*]	97-99	387
		Artículo 12.	Participación de un representante extranjero en un procedimiento abierto con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*]	100-102	387
		Artículo 13.	Acceso de los acreedores extranjeros a un procedimiento seguido con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*]	103-105	388

		Párrafos	*Página*
	Artículo 14. Notificación a los acreedores en el extranjero con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*]	106-111	389
E.	Capítulo III. Reconocimiento de un procedimiento extranjero y medidas otorgables	112-172	392
	Artículo 15. Solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero	112-121	392
	Artículo 16. Presunciones relativas al reconocimiento	122-123	395
	Artículo 17. Resolución de reconocimiento de un procedimiento extranjero	124-132	395
	Artículo 18. Información subsiguiente	133-134	397
	Artículo 19. Medidas otorgables a partir de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero	135-140	398
	Artículo 20. Efectos del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal	141-153	400
	Artículo 21. Medidas otorgables a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero	154-160	403
	Artículo 22. Protección de los acreedores y de otras personas interesadas	161-164	405
	Artículo 23. Acciones de impugnación de actos perjudiciales para los acreedores	165-167	406
	Artículo 24. Intervención de un representante extranjero en procedimientos que se sigan en este Estado	168-172	408
F.	Capítulo IV. Cooperación con tribunales y representantes extranjeros	173-183	409
	Artículo 25. Cooperación y comunicación directa entre un tribunal de este Estado y los tribunales o representantes extranjeros	179	410
	Artículo 26. Cooperación y comunicación directa entre [*indíquese la denominación de la persona o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro*] y los tribunales o representantes extranjeros	180	410
	Artículo 27. Formas de cooperación	181-183	411
G.	Capítulo V. Procedimientos paralelos	184-200	412
	Artículo 28. Apertura de un procedimiento con arreglo a [*identifíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] tras el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal	184-187	412
	Artículo 29. Coordinación de un procedimiento seguido con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] y un procedimiento extranjero	188-191	413
	Artículo 30. Coordinación de varios procedimientos extranjeros	192-193	415
	Artículo 31. Presunción de insolvencia basada en el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal	194-197	415

		Párrafos	*Página*
	Artículo 32. Regla de pago para procedimientos paralelos	198-200	416
VI.	Asistencia de la Secretaría de la CNUDMI.....	201-202	417
	A. Asistencia en la labor preparatoria de normas legales	201	417
	B. Información sobre interpretación de normas legales basadas en la Ley Modelo	202	417
Apéndice	Resolución 52/158 de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1997.....		419

Primera parte. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza

Preámbulo

La finalidad de la presente Ley es la de establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza con miras a promover el logro de los objetivos siguientes:

a) La cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de este Estado y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza;

b) Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones;

c) Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor;

d) La protección de los bienes del deudor, y la optimización de su valor; así como

e) Facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo.

Capítulo I. Disposiciones generales

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. La presente Ley será aplicable a los casos en que:

a) Un tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia en este Estado en relación con un procedimiento extranjero; o

b) Se solicite asistencia en un Estado extranjero en relación con un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*]; o

c) Se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un procedimiento en este Estado con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*]; o

d) Los acreedores u otras personas interesadas, que estén en un Estado extranjero, tengan interés en solicitar la apertura de un procedimiento o en participar en un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*].

2. La presente Ley no será aplicable a un procedimiento relativo a [*indíquense todas las clases de entidades sometidas en este Estado a un régimen especial de la insolvencia, tales como sociedades bancarias y de seguros, y que se desee excluir de la presente Ley*].

Artículo 2. Definiciones

Para los fines de la presente Ley:

a) Por "procedimiento extranjero" se entenderá el procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo incluido el de índole provisional, que se siga en un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa a la insolvencia y en virtud del cual los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación;

b) Por "procedimiento extranjero principal" se entenderá el procedimiento extranjero que se siga en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses;

c) Por "procedimiento extranjero no principal" se entenderá un procedimiento extranjero, que no sea un procedimiento extranjero principal, que se siga en un Estado donde el deudor tenga un establecimiento en el sentido del inciso f) del presente artículo;

d) Por "representante extranjero" se entenderá la persona o el órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor o para actuar como representante del procedimiento extranjero;

e) Por "tribunal extranjero" se entenderá la autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control o la supervisión de un procedimiento extranjero;

f) Por "establecimiento" se entenderá todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios.

Artículo 3. Obligaciones internacionales del Estado

En caso de conflicto entre la presente Ley y una obligación de este Estado nacida de un tratado u otra forma de acuerdo en el que este Estado sea parte con uno o más Estados, prevalecerán las disposiciones de ese tratado o acuerdo.

Artículo 4. [Tribunal o autoridad competente][a]

Las funciones a las que se refiere la presente Ley relativas al reconocimiento de procedimientos extranjeros y en materia de cooperación con tribunales extranjeros serán ejercidas por ... [*indíquese el tribunal o tribunales o la autoridad o autoridades que, conforme al derecho interno, sean competentes para ejercer estas funciones*].

---

[a] Aquellos Estados en los que algunas de las funciones relacionadas con el procedimiento de insolvencia sean habitualmente conferidas a determinados mandatarios judiciales u órganos públicos podrán, si así lo desean, insertar en el artículo 4, o en algún otro lugar del capítulo I, la disposición siguiente:

> "Nada de lo dispuesto en la presente Ley afectará a las disposiciones de este Estado relativas a los poderes de que goza [*indíquese la denominación de la persona u órgano habitualmente designado*]."

Artículo 5. Autorización dada a [indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar la reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno de este Estado] para actuar en un Estado extranjero

... [*indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar la reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno de este Estado*], estará facultado(a) para actuar en un Estado extranjero en representación de un procedimiento abierto en este Estado con arreglo a [*indicar aquí la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*], en la medida en que lo permita la ley extranjera aplicable.

Artículo 6. Excepción de orden público

Nada de lo dispuesto en la presente Ley impedirá que el tribunal se niegue a adoptar una medida en ella regulada, de ser esa medida manifiestamente contraria al orden público de este Estado.

Artículo 7. Asistencia adicional en virtud de alguna otra norma

Nada de lo dispuesto en la presente Ley limitará las facultades que pueda tener un tribunal o [*indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar una reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno*] para prestar asistencia adicional al representante extranjero con arreglo a alguna otra norma de este Estado.

Artículo 8. Interpretación

En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

Capítulo II. Acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado

Artículo 9. Derecho de acceso directo

Todo representante extranjero estará legitimado para comparecer directamente ante un tribunal del Estado.

Artículo 10. Jurisdicción limitada

El solo hecho de la presentación de una solicitud, con arreglo a la presente Ley, ante un tribunal del Estado por un representante extranjero no supone la sumisión de éste ni de los bienes y negocios del deudor en el extranjero, a la jurisdicción de los tribunales del Estado para efecto alguno que sea distinto de la solicitud.

Artículo 11. Solicitud del representante extranjero de que se abra un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

Todo representante extranjero estará facultado para solicitar la apertura de un procedimiento con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] si por lo demás se cumplen las condiciones para la apertura de ese procedimiento.

Artículo 12. Participación de un representante extranjero en un procedimiento abierto con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero estará facultado para participar en todo procedimiento que se haya abierto respecto del deudor con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*].

Artículo 13. Acceso de los acreedores extranjeros a un procedimiento seguido con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un procedimiento en este Estado y de la participación en él con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*].

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no afectará al orden de prelación de los créditos en un procedimiento abierto con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*], salvo que no se asignará a los créditos de acreedores extranjeros una prelación inferior a [*indíquese la categoría de créditos ordinarios no preferentes, y que todo crédito extranjero tendrá una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes cuando el crédito equivalente en el país (por ejemplo, una sanción pecuniaria o un crédito con pago diferido) tenga una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes*][b].

---

[b] El Estado promulgante tal vez desee considerar la posibilidad de reemplazar el párrafo 2 del artículo 13 por el texto siguiente:

> "2. Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no afectará al orden de prelación de los créditos en un procedimiento entablado con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] ni a la exclusión de ese procedimiento de los créditos extranjeros por concepto de impuestos o seguridad social. No obstante, no se dará a los créditos extranjeros que no se refieran a obligaciones tributarias o de seguridad social una prelación inferior a la de [*indíquese la categoría de créditos ordinarios no preferentes, y que todo crédito extranjero tendrá una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes cuando los créditos equivalentes en el país (por ejemplo una sanción pecuniaria o un crédito con pago diferido) tengan una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes*]."

Artículo 14. Notificación a los acreedores en el extranjero con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

1. Siempre que, con arreglo [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*], se haya de notificar algún procedimiento, a los acreedores que residan en este Estado, esa notificación deberá practicarse también a los acreedores conocidos que no tengan una dirección en este Estado. El tribunal podrá ordenar que se tomen las medidas oportunas a fin de notificar a todo acreedor cuya dirección aún no se conozca.

2. Esa notificación deberá practicarse a cada uno de los acreedores extranjeros por separado, a no ser que el tribunal considere que alguna otra forma de notificación sea más adecuada en las circunstancias del caso. No se requerirá carta rogatoria ni ninguna otra formalidad similar.

3. Cuando se haya de notificar a los acreedores extranjeros la apertura de un procedimiento, la notificación deberá:

a) Señalar un plazo razonable para la presentación de los créditos e indicar el lugar en el que se haya de efectuar esa presentación;

b) Indicar si los acreedores con créditos garantizados necesitan presentar esos créditos; y

c) Contener cualquier otra información requerida para esa notificación conforme a las leyes de este Estado y a las resoluciones del tribunal.

Capítulo III. Reconocimiento de un procedimiento extranjero y medidas otorgables

Artículo 15. Solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. El representante extranjero podrá solicitar ante el tribunal el reconocimiento del procedimiento extranjero en el que haya sido nombrado.

2. Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de:

a) Una copia certificada conforme de la resolución por la que se declare abierto el procedimiento extranjero y se nombre el representante extranjero; o

b) Un certificado expedido por el tribunal extranjero en el que se acredite la existencia del procedimiento extranjero y el nombramiento del representante extranjero; o

c) En ausencia de una prueba conforme a los incisos a) y b), acompañada de cualquier otra prueba admisible por el tribunal de la existencia del procedimiento extranjero y del nombramiento del representante extranjero.

3. Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de una declaración en la que se indiquen debidamente los datos de todos los procedimientos extranjeros abiertos respecto del deudor de los que tenga conocimiento el representante extranjero.

4. El tribunal podrá exigir que todo documento presentado en apoyo de una solicitud de reconocimiento sea traducido a un idioma oficial de este Estado.

Artículo 16. Presunciones relativas al reconocimiento

1. Si la resolución o el certificado de los que se trata en el párrafo 2 del artículo 15 indican que el procedimiento extranjero es un procedimiento en el sentido del inciso *a)* del artículo 2 y que el representante extranjero es una persona o un órgano en el sentido del inciso *d)* del artículo 2, el tribunal podrá presumir que ello es así.

2. El tribunal estará facultado para presumir que los documentos que le sean presentados en apoyo de la solicitud de reconocimiento son auténticos, estén o no legalizados.

3. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el domicilio social del deudor o su residencia habitual, si se trata de una persona natural, es el centro de sus principales intereses.

Artículo 17. Resolución de reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. Salvo lo dispuesto en el artículo 6, se otorgará reconocimiento a un procedimiento extranjero cuando:

a) El procedimiento extranjero sea un procedimiento en el sentido del inciso *a)* del artículo 2;

b) El representante extranjero que solicite el reconocimiento sea una persona o un órgano en el sentido del inciso *d)* del artículo 2;

c) La solicitud cumpla los requisitos del párrafo 2 del artículo 15; y

d) La solicitud haya sido presentada al tribunal competente conforme al artículo 4.

2. Se reconocerá el procedimiento extranjero:

a) Como procedimiento extranjero principal, si se está tramitando en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses; o

b) Como procedimiento extranjero no principal, si el deudor tiene en el territorio del Estado del foro extranjero un establecimiento en el sentido del inciso *f)* del artículo 2.

3. Se dictará a la mayor brevedad posible la resolución relativa al reconocimiento de un procedimiento extranjero.

4. Lo dispuesto en los artículos 15, 16, 17 y 18 no impedirá que se modifique o revoque el reconocimiento caso de demostrarse la ausencia parcial o total de los motivos por los que se otorgó, o que esos motivos han dejado de existir.

Artículo 18. Información subsiguiente

A partir del momento en que se presente la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero informará sin demora al tribunal de:

a) Todo cambio importante en la situación del procedimiento extranjero reconocido o del nombramiento del representante extranjero; y

b) Todo otro procedimiento extranjero que se siga respecto del mismo deudor y del que tenga conocimiento el representante extranjero.

Artículo 19. Medidas otorgables a partir de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. Desde la presentación de una solicitud de reconocimiento hasta que se resuelva esa solicitud, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero y cuando las medidas sean necesarias y urgentes para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, otorgar medidas provisionales, incluidas las siguientes:

a) Paralizar toda medida de ejecución contra los bienes del deudor;

b) Encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona designada por el tribunal, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor que se encuentren en el territorio de este Estado, para proteger y preservar el valor de aquellos que, por su naturaleza o por circunstancias concurrentes, sean perecederos, susceptibles de devaluación, o estén amenazados por cualquier otra causa;

c) Aplicar cualquiera de las medidas previstas en los incisos *c)*, *d)* y *g)* del párrafo 1 del artículo 21.

2. [*Insértense las disposiciones (o hágase una remisión a las disposiciones vigentes en el Estado promulgante) relativas a la notificación*].

3. A menos que se prorroguen con arreglo a lo previsto en el inciso *f)* del párrafo 1 del artículo 21, las medidas otorgadas con arreglo al presente artículo quedarán sin efecto cuando se dicte una resolución sobre la solicitud de reconocimiento.

4. El tribunal podrá denegar toda medida prevista en el presente artículo cuando esa medida afecte al desarrollo de un procedimiento extranjero principal.

Artículo 20. Efectos del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

1. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero que sea un procedimiento principal:

a) Se paralizará la iniciación o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;

b) Se paralizará asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor; y

c) Se suspenderá todo derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes.

2. El alcance, la modificación y la extinción de los efectos de paralización y suspensión de que trata el párrafo 1 del presente artículo estarán supeditados a [*indíquese toda norma de derecho interno relativa a la insolvencia que sea aplicable a las excepciones, las limitaciones, las modificaciones o la extinción referentes a los efectos de paralización y suspensión de que trata el párrafo 1 del presente artículo*].

3. El inciso *a)* del párrafo 1 del presente artículo no afectará al derecho de iniciar acciones o procedimientos individuales en la medida en que ello sea necesario para preservar un crédito contra el deudor.

4. El párrafo 1 del presente artículo no afectará al derecho de solicitar el inicio de un procedimiento con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] o a presentar créditos en ese procedimiento.

Artículo 21. Medidas otorgables a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero, ya sea principal o no principal, de ser necesario para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero, otorgar toda medida apropiada, incluidas las siguientes:

a) Paralizar la iniciación o la continuación de acciones o procedimientos individuales relativos a los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor, en cuanto no se hayan paralizado con arreglo al inciso *a)* del párrafo 1 del artículo 20;

b) Paralizar asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor, en cuanto no se haya paralizado con arreglo al inciso *b)* del párrafo 1 del artículo 20;

c) Suspender el ejercicio del derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de esos bienes de algún otro modo, en cuanto no se haya suspendido ese derecho con arreglo al artículo 20;

d) Disponer el examen de testigos, la presentación de pruebas o el suministro de información respecto de los bienes, negocios, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;

e) Encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona nombrada por el tribunal, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor, que se encuentren en el territorio de este Estado;

f) Prorrogar toda medida cautelar otorgada con arreglo al párrafo 1 del artículo 19;

g) Conceder cualquier otra medida que, conforme a la legislación de este Estado, sea otorgable a [*indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar una reorganización o una liquidación con arreglo al derecho interno*].

2. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, principal o no principal, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero, encomendar al representante extranjero, o a otra persona nombrada por el tribunal, la distribución de todos o de parte de los bienes del deudor que se encuentren en el territorio de este Estado, siempre que el tribunal se asegure de que los intereses de los acreedores en este Estado están suficientemente protegidos.

3. Al otorgar medidas con arreglo a este artículo al representante de un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que las medidas atañen a bienes que, con arreglo al derecho de este Estado, hayan de ser administrados en el marco del procedimiento extranjero no principal o que atañen a información requerida en ese procedimiento extranjero no principal.

Artículo 22. Protección de los acreedores y de otras personas interesadas

1. Al conceder o denegar una medida con arreglo a los artículos 19 ó 21 o al modificar o dejar sin efecto esa medida con arreglo al párrafo 3 del presente artículo, el tribunal deberá asegurarse de que quedan debidamente protegidos los intereses de los acreedores y de otras personas interesadas, incluido el deudor.

2. El tribunal podrá supeditar toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 ó 21 a las condiciones que juzgue convenientes.

3. A instancia del representante extranjero o de toda persona afectada por alguna medida otorgada con arreglo a los artículos 19 ó 21, o de oficio, el tribunal podrá modificar o dejar sin efecto la medida impugnada.

Artículo 23. Acciones de impugnación de actos perjudiciales para los acreedores

1. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero estará legitimado para entablar [*indíquese los tipos de acciones que, para evitar o de otro modo dejar sin efecto todo acto perjudicial para los acreedores, pueda entablar en este Estado una persona o un órgano que esté administrando una reorganización o una liquidación*].

2. Cuando el procedimiento extranjero sea un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que la acción afecta a bienes que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en el marco del procedimiento extranjero no principal.

Artículo 24. Intervención de un representante extranjero en procedimientos que se sigan en este Estado

Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero podrá intervenir, conforme a las condiciones prescritas por el derecho interno de este Estado, en todo procedimiento en el que el deudor sea parte.

Capítulo IV. Cooperación con tribunales y representantes extranjeros

Artículo 25. Cooperación y comunicación directa entre un tribunal de este Estado y los tribunales o representantes extranjeros

1. En los asuntos indicados en el artículo 1, el tribunal deberá cooperar en la medida de lo posible con los tribunales extranjeros o los representantes extranjeros, ya sea directamente o por conducto de [*indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro*].

2. El tribunal estará facultado para ponerse en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros o para recabar información o asistencia directa de los mismos.

Artículo 26. Cooperación y comunicación directa entre [indíquese la denominación de la persona, o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro] y los tribunales o representantes extranjeros

1. En los asuntos indicados en el artículo 1, ... [*indíquese la denominación de la persona o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro*] deberá cooperar, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, con los tribunales y representantes extranjeros.

2. ... [*indíquese la denominación de la persona o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro*] estará facultado(a), en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, para ponerse en comunicación directa con los tribunales o los representantes extranjeros.

Artículo 27. Formas de cooperación

La cooperación de la que se trata en los artículos 25 y 26 podrá ser puesta en práctica por cualquier medio apropiado, y en particular mediante:

a) El nombramiento de una persona o de un órgano para que actúe bajo dirección del tribunal;

b) La comunicación de información por cualquier medio que el tribunal considere oportuno;

c) La coordinación de la administración y la supervisión de los bienes y negocios del deudor;

d) La aprobación o la aplicación por los tribunales de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos;

e) La coordinación de los procedimientos que se estén siguiendo simultáneamente respecto de un mismo deudor;

f) [*El Estado que incorpore el nuevo régimen tal vez desee indicar otras formas o ejemplos de cooperación*].

Capítulo V. Procedimientos paralelos

Artículo 28. Apertura de un procedimiento con arreglo a [identifíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] tras el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, sólo se podrá iniciar un procedimiento con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] cuando el deudor tenga bienes en este Estado y los efectos de este

procedimiento se limitarán a los bienes del deudor que se encuentren en este Estado y, en la medida requerida para la puesta en práctica de la cooperación y coordinación previstas en los artículos 25, 26 y 27, a otros bienes del deudor que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en este procedimiento.

Artículo 29. Coordinación de un procedimiento seguido con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] y un procedimiento extranjero

Cuando se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un procedimiento con arreglo a [*indíquese la norma de la ley del foro relativa a la insolvencia*], el tribunal procurará colaborar y coordinar sus actuaciones con las del otro procedimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 27, en los términos siguientes:

a) Cuando el procedimiento seguido en este Estado esté en curso en el momento de presentarse la solicitud de reconocimiento del procedimiento extranjero:

i) Toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 ó 21 deberá ser compatible con el procedimiento seguido en este Estado; y

ii) De reconocerse el procedimiento extranjero en este Estado como procedimiento extranjero principal, el artículo 20 no será aplicable;

b) Cuando el procedimiento seguido en este Estado se inicie tras el reconocimiento, o una vez presentada la solicitud de reconocimiento, del procedimiento extranjero:

i) Toda medida que estuviera en vigor con arreglo a los artículos 19 ó 21 será reexaminada por el tribunal y modificada o revocada caso de ser incompatible con el procedimiento en este Estado; y

ii) De haberse reconocido el procedimiento extranjero como procedimiento extranjero principal, la paralización o suspensión de que se trata en el párrafo 1 del artículo 20 será modificada o revocada con arreglo al párrafo 2 del artículo 20 caso de ser incompatible con el procedimiento abierto en este Estado;

c) Al conceder, prorrogar o modificar una medida otorgada a un representante de un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que esa medida afecta a bienes que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en el procedimiento extranjero no principal o concierne a información requerida para ese procedimiento.

Artículo 30. Coordinación de varios procedimientos extranjeros

En los casos contemplados en el artículo 1, cuando se siga más de un procedimiento extranjero respecto de un mismo deudor, el tribunal procurará que haya cooperación y coordinación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 27, y serán aplicables las siguientes reglas:

a) Toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 ó 21 a un representante de un procedimiento extranjero no principal, una vez reconocido un procedimiento extranjero principal, deberá ser compatible con este último;

b) Cuando un procedimiento extranjero principal sea reconocido tras el reconocimiento o una vez presentada la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero no principal, toda medida que estuviera en vigor con arreglo a los artículos 19 ó 21 deberá ser reexaminada por el tribunal y modificada o dejada sin efecto caso de ser incompatible con el procedimiento extranjero principal;

c) Cuando, una vez reconocido un procedimiento extranjero no principal, se otorgue reconocimiento a otro procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá conceder, modificar o dejar sin efecto toda medida que proceda para facilitar la coordinación de los procedimientos.

Artículo 31. Presunción de insolvencia basada en el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

Salvo prueba en contrario, el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal constituirá prueba válida de que el deudor es insolvente a los efectos de la apertura de un procedimiento con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*].

Artículo 32. Regla de pago para procedimientos paralelos

Sin perjuicio de los derechos de los titulares de créditos garantizados o de los derechos reales, un acreedor que haya percibido un cobro parcial respecto de su crédito en un procedimiento seguido en un Estado extranjero con arreglo a una norma relativa a la insolvencia no podrá percibir un nuevo dividendo por ese mismo crédito en un procedimiento de insolvencia que se siga con arreglo [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] respecto de ese mismo deudor, en tanto que el dividendo percibido por los demás acreedores de la misma categoría sea proporcionalmente inferior al cobro ya percibido por el acreedor.

Segunda parte. Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza

I. Finalidad y origen de la Ley Modelo

A. Finalidad de la Ley Modelo

1. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza, aprobada en 1997, tiene por objeto ayudar a los Estados a dotar a su derecho de la insolvencia con una normativa moderna, equitativa y armonizada para resolver con mayor eficacia los casos de insolvencia transfronteriza, es decir, los casos en que el deudor tiene bienes en más de un Estado o en los que algunos de los acreedores del deudor no son del Estado en el que se ha abierto el procedimiento de insolvencia.

2. La Ley Modelo recoge las prácticas, en materia de insolvencia internacional transfronteriza, que caracterizan a los sistemas más modernos y eficientes de administración de las insolvencias internacionales. Los Estados que incorporen la Ley Modelo a su derecho interno (designados en adelante "Estados promulgantes") estarán introduciendo mejoras y adiciones útiles a su régimen interno de la insolvencia destinadas a resolver problemas peculiares de los casos de insolvencia transfronterizos. La Ley Modelo será un instrumento valioso no sólo para las jurisdicciones ya habituadas a tener que resolver numerosos casos de insolvencia transfronteriza, sino también para aquellas otras que deseen prepararse como es debido para la eventualidad cada vez más probable de que esos casos proliferen.

3. La Ley Modelo respeta las diferencias que se dan de un derecho procesal interno a otro y no intenta unificar el derecho sustantivo de la insolvencia, pero su régimen sí ofrece soluciones que pueden ser útiles por razones que no por modestas dejan de ser significativas, entre las que cabe citar las siguientes:

a) Dar acceso a la persona que administra un procedimiento de insolvencia extranjero ("representante extranjero") a los tribunales del Estado promulgante, lo que le permitirá recabar cierto "margen" temporal, y dará ocasión para que esos tribunales puedan determinar qué medidas de coordinación judicial o de otra índole procede otorgar para optimizar la administración de la insolvencia;

b) Determinar cuándo debe otorgarse el "reconocimiento" a un procedimiento de insolvencia extranjero y cuáles serán las consecuencias de ese reconocimiento;

c) Enunciar en términos transparentes el derecho de los acreedores a entablar un procedimiento de insolvencia en el Estado promulgante o a participar en un procedimiento de esa índole;

d) Facultar a los tribunales para cooperar más eficazmente con los tribunales y representantes extranjeros que intervengan en un asunto de insolvencia;

e) Autorizar a los tribunales del Estado promulgante y a las personas que administren procedimientos de insolvencia en ese Estado a solicitar asistencia en el extranjero;

f) Determinar la competencia de los tribunales y establecer reglas para la coordinación caso de haberse abierto procedimientos paralelos en el Estado promulgante y en otro Estado;

g) Establecer reglas para la coordinación de las medidas otorgadas en el Estado promulgante en favor de dos o más procedimientos de insolvencia que tal vez se sigan en Estados extranjeros respecto de un mismo deudor.

B. La labor preparatoria y la adopción de la Ley Modelo

4. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, denominada en adelante "la Comisión") inició este proyecto con la estrecha colaboración de la INSOL[c], que le prestó su asesoramiento pericial en todas las etapas de la labor preparatoria. Recibió asimismo asistencia, para la formulación del texto de la Ley, del Comité J (Insolvencia) de la Sección de Derecho Empresarial de la Asociación Internacional de Abogados.

5. Antes de que decidiera emprender su labor sobre la insolvencia transfronteriza, la Comisión organizó con INSOL dos coloquios internacionales para profesionales de la insolvencia, jueces, cargos públicos y representantes de otros sectores interesados[d]. Se sugirió, a raíz de esos coloquios, que la labor de la Comisión se ciñera a la finalidad restringida pero valiosa de facilitar la cooperación judicial, el acceso de los administradores de la insolvencia extranjeros a los tribunales y el reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros.

6. Al decidir en 1995 que se elabore un instrumento jurídico relativo a la insolvencia transfronteriza, la Comisión encomendó esta tarea al Grupo de Trabajo sobre el régimen de la insolvencia, uno de los tres órganos subsidiarios de la Comisión [e]. El Grupo de

---

[c] Conocida actualmente por el nombre de “INSOL International”.

[d] El primero fue el Coloquio CNUDMI/INSOL sobre la insolvencia transfronteriza, que se celebró en Viena del 17 al 19 de abril de 1994 (para el informe del Coloquio, véase *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Volumen XXV: 1994* (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta: S.95.V.20), documento A/CN.9/398; para las actas del Coloquio, véase *International Insolvency Review*, Special Conference Issue, vol. 4, 1995; y para las consideraciones de la Comisión relativas al Coloquio, véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/49/17), párrs. 215-222). El segundo fue el Coloquio Judicial CNUDMI/INSOL sobre insolvencia transfronteriza que se celebró en Toronto los días 22 y 23 de marzo de 1995 con la finalidad de recabar el parecer de los jueces sobre esta materia (para el informe del Coloquio Judicial véase *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Volumen XXVI: 1995* (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.96.V.8), documento A/CN.9/413; y para las observaciones de la Comisión relativas al Coloquio Judicial: véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/50/17), párrs. 382 a 393).

[e] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/50/17), párrs. 392 y 393.

Trabajo dedicó cuatro períodos de sesiones, de dos semanas cada uno, a su labor sobre este proyecto[f].

7. En marzo de 1997, se celebró otra reunión internacional de profesionales para examinar el proyecto de texto preparado por el Grupo de Trabajo. Los participantes (en su mayoría jueces y otros cargos públicos o judiciales) fueron en general del parecer que, de ser promulgado, el régimen modelo aportaría una notable mejora al tratamiento de los casos de insolvencia transfronteriza[g].

8. La negociación definitiva del proyecto se hizo en el trigésimo período de sesiones de la Comisión (Viena, 12 a 30 de mayo de 1997) al final del cual la Comisión aprobó la Ley Modelo por consenso el 30 de mayo de 1997[h]. Junto con los 36 Estados miembros de la Comisión, participaron en las deliberaciones de la Comisión y del Grupo de Trabajo representantes de 40 Estados observadores y de 13 organizaciones internacionales. Poco después, la Asamblea General aprobó la resolución 52/158, de 15 de diciembre de 1997 (véase el anexo), en la que expresó su reconocimiento a la Comisión por haber terminado y aprobado la Ley Modelo.

II. Finalidad de la Guía para la incorporación al derecho interno

9. La Comisión estimó que la Ley Modelo resultaría más eficaz para el legislador, si se complementaba su texto con información general y explicativa. Esa información iría

---

[f] Para el informe del Grupo de Trabajo sobre su decimoctavo período de sesiones, celebrado en Viena del 30 de octubre al 10 de noviembre de 1995, véase *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Volumen XXVII: 1996* (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.98.V.7), documento A/CN.9/419 y Corr.1; para el informe sobre su décimo noveno período de sesiones, celebrado en Nueva York del 1 al 12 de abril de 1996, véase *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Volumen XXVII: 1996* (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.98.V.7), documento A/CN.9/422; y para el informe sobre su vigésimo período de sesiones, celebrado en Viena del 7 al 18 de octubre de 1996, véase *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Volumen XXVIII: 1997*, documento A/CN.9/433, que será publicado como publicación de ventas de las Naciones Unidas; y para el informe de su vigésimo período de sesiones, celebrado en Nueva York del 20 al 31 de enero de 1997, véase *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Volumen XXVIII: 1997*, documento A/CN.9/435, que se publicará como publicación de venta de las Naciones Unidas.

[g] El segundo Coloquio judicial multinacional CNUDMI/INSOL sobre insolvencia transfronteriza se celebró en Nueva Orleans los días 22 y 23 de marzo de 1997, con ocasión del 5º Congreso Mundial de INSOL, que tuvo lugar en la misma ciudad los días 23 a 26 de marzo de 1997. Se encontrará una breve reseña de este Coloquio en el informe de la Comisión sobre la labor de su trigésimo período de sesiones, celebrado en Viena los días 12 a 30 de mayo de 1997 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/52/17), párrs. 17 a 22).

[h] Las deliberaciones figuran en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/52/17), párrs. 12 a 225.

destinada en primer lugar a los ramos del ejecutivo y del legislativo encargados de revisar las leyes pertinentes, pero facilitaría además la consulta del texto legal por jueces, profesionales y personal académico. Estimó asimismo que esa información ayudaría a identificar las disposiciones que, llegado el caso, convendría adaptar a la situación interna del Estado interesado.

10. La presente Guía, que ha sido preparada por la Secretaría a raíz de la solicitud formulada por la Comisión al final de su trigésimo período de sesiones en 1997, está basada en las deliberaciones y decisiones del período de sesiones en el que la Comisión aprobó la Ley Modelo[i], así como en las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el régimen de la insolvencia, que se encargó de la labor preparatoria.

III. La Ley Modelo como vehículo de armonización del derecho

11. Una ley modelo es un texto legislativo que se recomienda a los Estados para su incorporación al derecho interno. A diferencia de lo que sucede con un convenio internacional, el Estado que adopte su régimen no está obligado a dar aviso de ello a las Naciones Unidas o a otros Estados que tal vez hayan también adoptado su régimen.

12. Al incorporar la Ley Modelo a su derecho interno, todo Estado puede modificar o suprimir algunas de sus disposiciones. En el supuesto de una convención, la posibilidad de que un Estado modifique el texto uniforme (conocida por el término de "reserva") está mucho más restringida; las convenciones de derecho mercantil suelen proscribir toda reserva o autorizar únicamente algunas reservas bien definidas. La flexibilidad inherente a toda ley modelo es aún más de desear si es probable que el Estado desee introducir diversas modificaciones en su texto uniforme previas a su incorporación a su derecho interno. Cabe prever ciertas modificaciones en casos en los que el texto uniforme tenga alguna vinculación estrecha con el derecho procesal o jurisdiccional interno (como sucede con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza). Ello significa, no obstante, que será menor el grado de armonización y menor también la certidumbre de conseguirla que si se hubiera recurrido al régimen de una convención. Por ello, en aras de esa armonización y certidumbre, se recomienda a los Estados que, al incorporar la Ley Modelo, introduzcan el menor número posible de cambios en su texto uniforme al incorporarlo a su derecho interno.

IV. Características principales de la Ley Modelo

A. Antecedentes

13. La incidencia cada vez mayor de la insolvencia transfronteriza refleja la incesante expansión mundial del comercio y de las inversiones. Ahora bien, el derecho interno se ha rezagado en gran medida de esta evolución, por lo que no está en condiciones de atender a las necesidades de la insolvencia transfronteriza. Ello da lugar a menudo a soluciones jurídicas inadecuadas y desequilibradas, que dificultan la rehabilitación de empresas en dificultades financieras, no facilitan una administración eficiente y

---

[i] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/52/17), párr. 220.

equitativa de las insolvencias transfronterizas, impide la protección de los bienes del deudor insolvente contra su dispersión, y obstaculiza la optimización del valor de esos bienes. Además, la falta de previsibilidad, sobre cómo se administrará una eventual insolvencia transfronteriza, obstaculiza el flujo de capitales y desincentiva la inversión transfronteriza.

14. Las operaciones fraudulentas de deudores insolventes, encaminadas en particular a ocultar o transferir bienes a jurisdicciones extranjeras, constituyen un problema cada vez más grave en términos de su frecuencia y magnitud y son cada vez más fáciles de planear y ejecutar gracias a la interconexión actual del mundo. Los mecanismos de cooperación transfronteriza establecidos por la Ley Modelo tienen por finalidad combatir ese fraude internacional.

15. Sólo un reducido número de Estados disponen de un marco legal para la insolvencia transfronteriza que responda a las necesidades del comercio y de las inversiones internacionales. A falta de un marco convencional o legal idóneo, se recurre a diversas nociones y técnicas para resolver los casos de insolvencia transfronteriza. Cabe citar, al respecto, la aplicación de la doctrina de la cortesía internacional por los tribunales del *common law*; la emisión de mandatos de *exequatur* en los ordenamientos de tradición romanista; la ejecución de mandatos emanados de procedimientos de insolvencia extranjeros apoyándose en la normativa interna para la ejecución de sentencias extranjeras; técnicas como la comisión o carta rogatoria para la transmisión de solicitudes de asistencia.

16. La mera dependencia del principio de la cortesía internacional o del *exequatur* no proporciona el grado de fiabilidad o predecibilidad que cabe esperar de una ley especial, como la Ley Modelo, en materia de cooperación judicial, reconocimiento de procedimientos de insolvencia extranjeros y acceso a los tribunales para los representantes extranjeros. Por ejemplo, la normativa general relativa al reconocimiento recíproco de sentencias, y de mandatos de *exequatur*, tal vez se limite, en un ordenamiento dado, a la ejecución de mandatos financieros cautelares en litigios bilaterales, y no ser aplicable a una decisión de apertura de un procedimiento colectivo de insolvencia. Además, el reconocimiento de un procedimiento de insolvencia extranjero tal vez no se considere como el reconocimiento de una "sentencia" extranjera, por ejemplo, de considerarse la declaración extranjera de quiebra como meramente declaratoria de la situación legal del deudor o como un pronunciamiento de carácter no definitivo.

17. Todo defecto de comunicación y de coordinación entre los tribunales y los administradores de las jurisdicciones interesadas hace más probable la dispersión o la ocultación fraudulenta de los bienes, o incluso su liquidación sin exploración previa de otras soluciones más ventajosas. A resultas de ello, no sólo disminuirán las probabilidades de que los acreedores sean reembolsados sino también las probabilidades de que empresas financieramente viables sean rescatadas, salvándose con ello empleos. Por el contrario todo dispositivo de derecho interno que permita coordinar la administración de insolvencias transfronterizas abre vías para adoptar soluciones sensatas que pueden interesar tanto a los acreedores como al deudor, por lo que la presencia de ese tipo de mecanismos en el derecho interno de un Estado es percibida como un factor ventajoso para toda inversión u operación comercial en ese Estado.

18. La Ley Modelo toma en consideración los resultados de otros trabajos internacionales, entre los que cabe citar el Reglamento del Consejo de Europa Nº 1346/2000 relativo al procedimiento de insolvencia (el "Reglamento del CE"), el Convenio europeo sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra (1990)[j], los Tratados de Derecho internacional privado comercial de Montevideo de 1889 y 1940, la Convención sobre la quiebra en los Estados Nórdicos de 1933, así como la Convención de Derecho internacional privado de 1928 ("Código Bustamante")[k]. Se han tomado en consideración propuestas de organizaciones no gubernamentales como la *Model Internacional Insolvency Cooperation Act (MIICA)* y el *Cross-Border Insolvency Concordat*, dos instrumentos jurídicos preparados por el Comité J de la Sección de Derecho Empresarial de la Asociación Internacional de Abogados.

19. El Reglamento del CE, establece un régimen transnacional de la insolvencia, propio de la Unión, para los casos en los que el deudor tenga el centro de sus principales intereses en un Estado miembro de la Unión. El Reglamento del CE no se ocupa de los asuntos de insolvencia que trascienden del territorio de un Estado miembro al territorio de un Estado no miembro de la Unión. De este modo, la Ley Modelo ofrece a los Estados miembros de la Unión Europea un régimen complementario de considerable interés práctico para los numerosos casos de insolvencia transfronteriza a los que no es aplicable el Reglamento del CE.

B. Integración de la Ley Modelo en el derecho interno existente

20. Al limitar su alcance a algunos aspectos procesales de la insolvencia transfronteriza, se ha procurado que la Ley Modelo pueda funcionar como parte integrante del derecho interno de la insolvencia. Ello se refleja en los siguientes rasgos:

a) Se ha limitado la terminología que pudiera resultar nueva para el derecho interno existente a términos propios del contexto transfronterizo, tales como "procedimiento extranjero" y "representante extranjero". No es probable que haya incompatibilidades entre los términos empleados en la Ley Modelo y la terminología en vigor en el derecho interno. Además, cuando es probable que un término varíe de un ordenamiento a otro, la Ley Modelo, en vez de optar por un término dado, describe en cursiva y entre corchetes el significado del término e invita a los redactores de la nueva norma legal a utilizar el término que proceda en el derecho interno;

b) La Ley Modelo ofrece al Estado promulgante la posibilidad de alinear las medidas resultantes del reconocimiento de un procedimiento extranjero con las otorgables en un procedimiento comparable a tenor del derecho interno;

c) El reconocimiento de un procedimiento extranjero no impide que los acreedores locales entablen o prosigan un procedimiento local colectivo de insolvencia (artículo 28);

d) Las medidas otorgables al representante extranjero están supeditadas al amparo que merecen los acreedores locales y demás personas interesadas, incluido el deudor, frente a todo perjuicio indebido, así como a los requisitos procesales y a los deberes de notificación dimanantes de la ley del foro (artículo 22 y artículo 19, párrafo 2);

---

[j] European Treaty Series, Nº 136.

[k] Sociedad de las Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. LXXXVI, Nº 1950.

e) La Ley Modelo preserva la posibilidad de excluir o limitar, por imperativo de orden público, toda medida en favor de un procedimiento extranjero, incluido su reconocimiento, aun cuando se prevé que la excepción de orden público será rara vez invocada (artículo 6);

f) La Ley Modelo posee la flexibilidad formal de un régimen modelo respetuoso de los diversos enfoques del derecho interno de la insolvencia, así como de la mayor o menor propensión de los Estados a cooperar y coordinar las actuaciones en materia de insolvencia (artículos 25 a 27).

21. Esa flexibilidad de adaptación al derecho interno debe ser utilizada con cautela para no arriesgar la necesaria uniformidad de su interpretación y el interés del Estado promulgante en introducir prácticas internacionales modernas y aceptables en materia de insolvencia. Se aconseja, por ello, limitar al mínimo todo desvío respecto del texto uniforme. La uniformidad tiene la ventaja adicional de facilitar la obtención en otros Estados de medidas de asistencia en asuntos de insolvencia.

C. Ámbito de aplicación de la Ley Modelo

22. La Ley Modelo es aplicable a diversos supuestos que pueden darse en casos de insolvencia transfronteriza. Cabe citar al respecto: *a)* la recepción de una solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero; *b)* el envío por un tribunal o administrador del propio Estado de una solicitud de reconocimiento de un procedimiento de insolvencia abierto con arreglo al derecho interno; *c)* la coordinación de procedimientos de insolvencia paralelos seguidos en dos o más Estados; y *d)* la participación de acreedores extranjeros en procedimientos de insolvencia seguidos en el propio Estado (artículo 1).

D. Tipos de procedimientos extranjeros considerados

23. Para caer dentro del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, un procedimiento extranjero de insolvencia deberá poseer ciertos atributos: un fundamento en el derecho interno de la insolvencia del Estado de origen; una representación colectiva de los acreedores; el control o la supervisión de los bienes o negocios del deudor por un tribunal u otro órgano oficial; y la reorganización o liquidación del negocio del deudor como finalidad del procedimiento (artículo 2, inciso *a)*).

24. Conforme a esos criterios son reconocibles diversos tipos de procedimientos colectivos: obligatorios o voluntarios; relativos a personas jurídicas o a personas naturales; de liquidación o de reorganización. También lo serían los procedimientos en los que el deudor conserva cierto control sobre sus bienes, aun cuando haya de actuar bajo la supervisión del tribunal (suspensión de pagos; "deudor en posesión").

25. Se utiliza también un criterio global para indicar los tipos de deudor a los que será aplicable la Ley Modelo. La Ley Modelo menciona, no obstante, la posibilidad de excluir de su ámbito de aplicación ciertos tipos de entidades que sean objeto de un régimen especial en su derecho interno, tales como bancos y compañías de seguros (artículo 1, párrafo 2).

E. Asistencia extranjera para un procedimiento de insolvencia abierto en el Estado promulgante

26. Además de habilitar a los tribunales del Estado promulgante para dar curso a las solicitudes de reconocimiento que reciban, la Ley Modelo autoriza a esos tribunales para recabar asistencia en el extranjero para un procedimiento que se esté siguiendo en su jurisdicción (artículo 25). La autorización dada a los tribunales para recabar asistencia en el extranjero puede colmar una laguna en el derecho interno de algunos Estados. Sin esa autorización legal, los tribunales se sentirían, en algunos ordenamientos, reacios a recabar esa asistencia, lo que puede suscitar obstáculos a una respuesta internacional coordinada en casos de insolvencia transfronteriza.

27. La Ley Modelo puede ayudar también a un Estado que la adopte a colmar toda eventual laguna de su derecho interno en orden a la habilitación "en el extranjero" de las personas designadas con arreglo a su normativa interna para administrar un procedimiento de insolvencia. El artículo 5 faculta a esas personas para solicitar ante los tribunales extranjeros el reconocimiento de esos procedimientos y medidas de asistencia para llevarlos a buen término.

F. Acceso del representante extranjero a los tribunales del Estado promulgante

28. Un objetivo importante de la Ley Modelo es dar a los representantes extranjeros un acceso directo y rápido a los tribunales del Estado promulgante. La Ley evita la necesidad de tener que recurrir a procedimientos engorrosos y lentos como la carta o comisión rogatoria, o a otras vías diplomáticas o consulares, que sin ella tal vez sean requeridos. Ello facilitaría la adopción de un enfoque cooperativo y coordinado, y agilizaría, de ser necesario, la adopción de medidas.

29. Además de enunciar el principio de acceso directo del representante extranjero a los tribunales, la Ley Modelo:

a) Simplifica los requisitos de prueba para pedir el reconocimiento y la adopción de medidas en favor del procedimiento extranjero, que soslayan el lento requisito de la "legalización" basado en trámites consulares y notariales (artículo 15);

b) Dispone que el representante extranjero goza de legitimación procesal para entablar (con arreglo a los requisitos del derecho interno) un procedimiento de insolvencia en el Estado promulgante y para participar en uno de esos procedimientos (artículos 11 y 12);

c) Confirma, a reserva de los requisitos de la ley del foro, el acceso de los acreedores extranjeros a los tribunales del Estado promulgante a objeto de entablar un procedimiento de insolvencia o de participar en un procedimiento de esa índole (artículo 13);

d) Faculta al representante extranjero para intervenir en actuaciones, en el Estado promulgante, en las que se ventilen acciones individuales relativas al deudor o sus bienes (artículo 24);

e) Dispone que el mero hecho de presentar una demanda de reconocimiento en el Estado promulgante no extiende la competencia de sus tribunales a todos los bienes y negocios del deudor (artículo 10).

G. Reconocimiento de un procedimiento extranjero

Decisión de reconocer o no un procedimiento extranjero

30. La Ley Modelo establece criterios para determinar cuándo un procedimiento extranjero ha de ser reconocido (arts. 15 a 17) y dispone que, cuando así proceda, el tribunal podrá otorgar medidas provisionales previas a la resolución de reconocimiento (art. 19). La decisión de reconocer conlleva la determinación de si el fundamento jurisdiccional que justificó la apertura de ese procedimiento puede justificar su reconocimiento como procedimiento extranjero "principal" o "no principal". Los aspectos procesales del aviso que debe darse de la presentación de una solicitud de reconocimiento o de la resolución por la que se otorga ese reconocimiento no son objeto de la Ley Modelo; se dejan al arbitrio de la norma por lo demás aplicable de derecho interno.

31. Un procedimiento extranjero se tendrá por "principal" si ese procedimiento se ha abierto en el Estado "donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses". Esta formulación refleja la del Reglamento (CE), artículo 3, contribuyendo así al consenso que se va formando sobre la noción de procedimiento "principal". La determinación de si un procedimiento es o no "principal" puede afectar a las medidas que le sean otorgadas al representante extranjero.

Efectos del reconocimiento y medidas otorgables al representante extranjero

32. Entre las medidas clave otorgables tras el reconocimiento del representante de un procedimiento extranjero “principal” cabe citar la paralización de toda acción de un acreedor individual contra el deudor o de toda medida de ejecución sobre los bienes del deudor, y la suspensión del derecho del deudor a transmitir o gravar sus bienes (art. 20, párr. 1)). Esa paralización y suspensión son medidas "imperativas" (o "automáticas") en el sentido de que dimanan automáticamente del reconocimiento de un procedimiento extranjero "principal" o, en caso de que la paralización o suspensión requiera un mandato judicial expreso, obligan al tribunal a dictar el correspondiente mandato. La paralización de toda acción y medida de ejecución dará el "margen" requerido para adoptar medidas apropiadas de reorganización o de liquidación equitativa de los bienes del deudor. La suspensión de toda transferencia viene impuesta por la facilidad que tienen los deudores multinacionales, en el moderno sistema económico mundial, para desplazar con rapidez dinero y bienes a través de las fronteras. La moratoria imperativa impuesta por el reconocimiento del procedimiento extranjero principal equivale a una "congelación" rápida que se juzga indispensable para evitar fraudes y amparar el interés legítimo de toda parte afectada hasta que el tribunal haya tenido tiempo de dar aviso a todos los interesados y de evaluar la situación.

33. Las excepciones y limitaciones que pueda haber al alcance de esa paralización y suspensión (por ejemplo, excepciones relativas a los créditos garantizados, pagos del deudor efectuados en el giro normal de su negocio, compensaciones, ejecución de derechos reales) y la posibilidad de modificar la paralización o suspensión, o de dejarla sin efecto, se regirán por la normativa de derecho interno aplicable a supuestos similares de insolvencia (art. 20, párr. 2).

34. Además de esas medidas imperativas, la Ley Modelo faculta al tribunal para otorgar medidas "discrecionales" en provecho de todo procedimiento extranjero, sea "principal" o no (art. 21). Esas medidas discrecionales podrán consistir en paralizar actuaciones o suspender el derecho a constituir gravámenes sobre los bienes (en la medida en que esa paralización o suspensión no se haya producido automáticamente con

arreglo al art. 20), en dar acceso a información relativa a los bienes y obligaciones del deudor, en nombrar a una persona para que administre la totalidad o parte de esos bienes, y en cualquier otra medida otorgable con arreglo a la ley del foro. Se podrán otorgar medidas de urgencia desde el momento de la presentación de una solicitud de reconocimiento (art. 21).

Protección de los acreedores y demás personas interesadas

35. La Ley Modelo contiene disposiciones, como las reseñadas a continuación, para amparar los intereses de los acreedores (en particular de los acreedores locales), del deudor y de otras personas afectadas: se deja a la discreción del tribunal la concesión de medidas provisionales a partir de la presentación de una solicitud de reconocimiento o a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero; se dispone expresamente que al conceder tal medida el tribunal deberá asegurarse de que los intereses de los acreedores y demás personas interesadas, incluido el deudor, quedan debidamente protegidos (art. 22, párr. 1); el tribunal podrá supeditar la medida que otorgue a las condiciones que juzgue convenientes; y, a solicitud de la persona afectada, podrá modificar o dejar sin efecto la medida otorgada (art. 22, párr. 2 y 3).

36. Además de esas disposiciones específicas, la Ley Modelo dispone en general que el tribunal podrá denegar toda medida prevista por la Ley que sea contraria al orden público interno (art. 6).

37. La Ley Modelo no reglamenta en general la cuestión de las notificaciones que han de darse a las personas interesadas, pese a su estrecha vinculación con la protección de sus intereses. Estas cuestiones se rigen por reglas procesales de derecho interno, algunas de ellas inspiradas en principios de orden público. Por ejemplo, el derecho interno determinará si se ha de dar aviso al deudor o a alguna otra persona de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero y el plazo en el que habrá de darse ese aviso.

H. Cooperación transfronteriza

38. La falta de un marco legislativo o la incertidumbre sobre las facultades del tribunal local para cooperar con tribunales extranjeros limitan a menudo la cooperación y coordinación entre tribunales de diversas jurisdicciones en casos de insolvencia transfronteriza.

39. La experiencia demuestra que, cualquiera que sea el grado de discrecionalidad de los tribunales, la introducción de un marco legal adecuado promueve la cooperación internacional en los casos transfronterizos. Por ello, la Ley Modelo cubre la laguna existente en muchos ordenamientos, al facultar expresamente a los tribunales para cooperar con otros tribunales en cuestiones que se rijan por la Ley Modelo (arts. 25 a 27).

40. Por razones similares, la Ley Modelo autoriza también expresamente la cooperación entre los tribunales internos y un representante extranjero, y entre la persona que administre la insolvencia en el propio Estado y un tribunal o un representante extranjero (art. 26).

41. La Ley Modelo enumera posibles formas de cooperación y deja al legislador la posibilidad de añadir otras (art. 27). Se aconseja que esa lista sea ilustrativa y no exhaustiva, a fin de no cercenar las facultades del tribunal para idear remedios idóneos para las circunstancias del caso.

I. Coordinación de procedimientos paralelos

Competencia para dar apertura a un procedimiento local

42. La Ley Modelo apenas impone limitaciones a la competencia de un tribunal del propio Estado para declarar abierto o proseguir un procedimiento de insolvencia. A tenor del artículo 28, aún después del reconocimiento de un procedimiento extranjero "principal", el tribunal conserva su competencia para abrir un procedimiento de insolvencia si el deudor posee bienes en el Estado del foro. Si el Estado promulgante desea limitar su competencia a los casos en que el deudor tenga no sólo bienes sino un establecimiento en su territorio, esa limitación no sería contraria a los principios en que se inspira la Ley Modelo.

43. La Ley Modelo considera además que el procedimiento extranjero principal reconocido constituye prueba suficiente de que el deudor es insolvente a efectos de iniciar un procedimiento local (art. 31). Esta regla puede ser útil en ordenamientos en los que se ha de probar la insolvencia del deudor antes de abrir un procedimiento de insolvencia. El no tener que repetir la prueba del fracaso financiero del deudor reduce las probabilidades de que éste pueda demorar el inicio del procedimiento lo bastante para ocultar o llevarse bienes a otro lugar.

Coordinación de medidas en caso de procedimientos paralelos

44. La Ley Modelo se ocupa de la coordinación entre un procedimiento local y un procedimiento relativo al mismo deudor (art. 29) y facilita la coordinación entre dos o más procedimientos extranjeros relativos al mismo deudor (art. 30). El objetivo de su normativa es favorecer la adopción de decisiones coordinadas conformes con los objetivos de ambos procedimientos (por ejemplo, optimizar el valor de los bienes del deudor o reorganizar lo más ventajosamente posible la empresa). Para conseguir una coordinación satisfactoria y para ir adaptando las medidas otorgadas a la evolución de la situación, el tribunal deberá, en todos los supuestos previstos por la Ley Modelo, incluso cuando haya de adoptar medidas que limiten los efectos de un procedimiento extranjero frente a un procedimiento local, cooperar al máximo con los tribunales y representantes extranjeros (arts. 25 y 30).

45. Cuando se esté ya tramitando el procedimiento local al ser solicitado el reconocimiento de un procedimiento extranjero, la Ley Modelo exige que toda medida otorgada al procedimiento extranjero sea compatible con el procedimiento local. Más aún, la existencia de un procedimiento local al ser reconocido el procedimiento extranjero principal deja sin efecto al artículo 20. De no estarse siguiendo un procedimiento local, el artículo 20 impone la paralización de las acciones individuales y de las medidas de ejecución contra el deudor y suspende todo derecho del deudor a transferir o gravar sus propios bienes.

46. Cuando el procedimiento local comienza habiendo sido ya presentada la solicitud de reconocimiento o reconocido el procedimiento extranjero, se habrán de reconsiderar las medidas otorgadas al procedimiento extranjero para modificarlas o dejarlas sin efecto si son incompatibles con el procedimiento local. De ser el procedimiento extranjero un procedimiento principal, toda paralización o suspensión impuesta a tenor del artículo 20 deberá ser también modificada o dejada sin efecto si es incompatible con el procedimiento local.

47. Cuando el tribunal ha de atender a más de un procedimiento extranjero, el artículo 30 le invita a modular las medidas otorgadas con miras a facilitar la

coordinación de esos procedimientos; cuando uno de los procedimientos extranjeros sea el procedimiento principal, toda medida otorgada deberá ser compatible con ese procedimiento.

48. Otra regla destinada a mejorar la coordinación entre procedimientos paralelos es la de la tasa de pago de los acreedores (art. 32). En ella se dispone que el acreedor que reclame el pago en más de un procedimiento deberá ser pagado de modo que su dividendo no sea superior al percibido por los demás acreedores de su misma categoría.

V. Observaciones a cada uno de los artículos

A. El título

"Ley Modelo"

49. Todo Estado que decida incorporar el régimen de la Ley Modelo a su normativa interna en materia de insolvencia deberá ajustar, según convenga, el texto de su título y sustituir, siempre que proceda, la palabra "Ley" que aparece en el título y en diversos lugares del texto de la Ley Modelo.

50. Al incorporar la Ley Modelo al derecho interno, se recomienda seguir lo más de cerca posible su texto uniforme a fin de mantenerlo lo más transparente posible para los extranjeros que hayan de consultarlo (véanse también los anteriores párrs. 11, 12 y 21).

"Insolvencia"

51. En su empleo del término "insolvencia", la Ley Modelo se refiere, en su título, a diversos tipos de procedimientos colectivos incoables ante la autoridad competente contra el deudor insolvente. La razón está en que (como se indicó en los párrs. 23 y 24), el régimen de la Ley Modelo se ocupa de procedimientos contra diversos tipos de deudores, así como de procedimientos destinados no sólo a reorganizar el patrimonio del deudor sino también a liquidar sus bienes y su personalidad en tanto que entidad comercial.

52. Cabe observar que en algunos ordenamientos, el término "procedimiento de insolvencia" posee un significado técnico restringido que tal vez se refiera únicamente al procedimiento colectivo incoable contra una sociedad mercantil o entidad jurídica similar, o, por el contrario, únicamente al procedimiento colectivo incoable contra una persona natural. En su empleo en el título de la presente Ley, el término "insolvencia" no establece ninguna de esas distinciones ya que su régimen está destinado a ser aplicable a todo procedimiento colectivo incoable contra un deudor con independencia de que éste sea una persona jurídica o una persona natural. Si en el derecho interno el término "insolvencia" pudiera dar lugar a algún malentendido, el Estado promulgante deberá escoger otro término que se refiera a todos los tipos de procedimientos colectivos incoables con arreglo a la Ley Modelo.

53. Ahora bien, al hacer referencia a los procedimientos de insolvencia extranjeros, conviene utilizar el propio texto del inciso *a)* del artículo 2 a fin de no excluir el reconocimiento de ningún procedimiento extranjero que, a tenor de ese inciso, deba ser reconocido.

B. Preámbulo

La finalidad de la presente Ley es la de establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza con miras a promover el logro de los objetivos siguientes:

a) La cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de este Estado y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza;

b) Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones;

c) Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor;

d) La protección de los bienes del deudor, y la optimización de su valor; así como

e) Facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo.

54. El preámbulo enuncia sucintamente los objetivos básicos de la Ley Modelo, pero su finalidad no es crear derechos sustantivos sino servir de orientación general para la aplicación de la Ley Modelo y facilitar la labor de interpretación de su normativa.

55. En aquellos Estados en que no sea usual enunciar la política normativa en un preámbulo, cabría enunciar los objetivos de la nueva norma ya sea en el propio texto legislativo o en un documento aparte, a fin de preservar esta valiosa herramienta de interpretación de su régimen.

"Estado"

56. El término "Estado" que aparece en el preámbulo y a lo largo de la Ley Modelo se utiliza para designar a la entidad que promulgará el nuevo régimen (el "Estado promulgante"), pero no debe entenderse como referido, por ejemplo, a los Estados miembros de un Estado federal.

Examen en la Comisión o en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 136 a 139.

A/CN.9/422, párrs. 19 a 23.

A/CN.9/433, párrs. 22 a 28.

A/CN.9/435, párr. 100.

C. Capítulo I. Disposiciones generales

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. La presente Ley será aplicable a los casos en que:

a) Un tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia en este Estado en relación con un procedimiento extranjero; o

Artículo 1 (*continuación*)

b) Se solicite asistencia en un Estado extranjero en relación con un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*]; o

c) Se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un procedimiento en este Estado con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*]; o

d) Los acreedores u otras personas interesadas, que estén en un Estado extranjero, tengan interés en solicitar la apertura de un procedimiento o en participar en un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*].

2. La presente Ley no será aplicable a un procedimiento relativo a [*indíquense todas las clases de entidad sometidas en este Estado a un régimen especial de la insolvencia, tales como sociedades bancarias y de seguros, y que se desee excluir de la presente Ley*].

Párrafo 1

57. El párrafo 1 del artículo 1 esboza los tipos de cuestión que pueden plantearse en casos de insolvencia transfronteriza y para los que la Ley Modelo ha previsto una solución: *a)* recepción de una solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero; *b)* envío por un tribunal o administrador del Estado promulgante de una solicitud de reconocimiento de un procedimiento incoado con arreglo a su derecho interno; *c)* coordinación de procedimientos que se estén celebrando simultáneamente en dos o más Estados; y *d)* participación de acreedores extranjeros en procedimientos de insolvencia que se estén tramitando con arreglo al derecho interno.

58. La expresión "este Estado" sirve para designar, en el preámbulo y a lo largo de la Ley Modelo, a todo Estado que incorpore su régimen al derecho interno. El texto eventualmente promulgado podrá utilizar la expresión de derecho interno que sea habitual a ese respecto.

59. El término "asistencia" que se utiliza en los incisos *a)* y *b)* del párrafo 1 engloba diversos supuestos, regulados en la Ley Modelo, en los que un tribunal o el administrador de una insolvencia en un Estado podrá solicitar de un tribunal o del administrador de una insolvencia en otro Estado la adopción de una medida prevista por la Ley Modelo. Algunas de esas medidas están expresamente previstas en el texto de la Ley Modelo (por ejemplo, en el art. 19 incisos 1 *a)* y *b)*; art. 21, incisos *a)* a *f)* y párr. 2; y art. 27, incisos *a)* a *e)*), mientras que otras están previstas en términos más genéricos (como en el art. 21, inciso 1 *g)*).

Párrafo 2 (Regímenes especiales de la insolvencia)

60. En principio, la Ley Modelo fue formulada para regular todo procedimiento que cumpla con los requisitos enunciados en el inciso *a)* del artículo 2, con independencia de cuál sea la índole o condición jurídica especial del deudor en el derecho interno. Las únicas excepciones posibles previstas en el texto de la Ley Modelo son las indicadas en el párrafo 2 (pero véase lo relativo al "consumidor" en el párr. 66, *infra*).

61. Se mencionan las sociedades bancarias y de seguros como ejemplos de entidades que el Estado promulgante pudiera decidir excluir del ámbito de aplicación de la Ley Modelo. Esta exclusión se atribuye normalmente a que la insolvencia de esas entidades da lugar a una necesidad especial de proteger intereses vitales de un gran número de

personas, o a que la insolvencia de esas entidades suele requerir la adopción de medidas prontas y oportunas (por ejemplo, para evitar una retirada masiva de depósitos). A ello se debe que la insolvencia de esos tipos de entidad suela ser administrada en muchos Estados con arreglo a un régimen especial.

62. El párrafo 2 da a entender que el Estado promulgante podrá excluir la insolvencia de entidades que no sean bancos y compañías de seguros cuando las consideraciones de política general motivadoras del régimen especial de la insolvencia aplicable a esos tipos de entidad (por ejemplo, empresas de servicios públicos) reclamen la adopción de soluciones especiales en los casos de insolvencia transfronteriza.

63. No es aconsejable que se excluyan todos los supuestos de insolvencia de las entidades mencionadas en el párrafo 2. Por ejemplo, tal vez un Estado desee que el procedimiento de insolvencia relativo a un banco o compañía de seguros sea tratado, a los efectos de su reconocimiento, como un procedimiento de insolvencia ordinario, si la insolvencia de la sucursal o de los bienes de la entidad extranjera involucrada no caen bajo el régimen especial de la insolvencia de su derecho interno. Ese mismo Estado pudiera desear también no excluir el reconocimiento de un procedimiento extranjero relativo a una de esas entidades, cuando la ley del país de origen de ese procedimiento no haya previsto, a su respecto, un régimen especial.

64. Al incorporar el párrafo 2 a su derecho interno, el Estado tal vez desee asegurarse de que su texto no limite sin querer el derecho de un administrador de la insolvencia o de un tribunal local a solicitar asistencia o reconocimiento en el extranjero para un procedimiento interno de insolvencia por el mero hecho de que ese procedimiento esté sujeto a un régimen especial. Además, aun cuando determinada insolvencia sea objeto de un régimen especial, sería aconsejable que, antes de excluirla globalmente del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, se sopesara la conveniencia de que una parte de su régimen le fuera, no obstante, aplicable (por ejemplo, en materia de cooperación y coordinación, y en lo relativo a ciertos tipos de medidas cautelares).

65. En todo caso, a fin de dar mayor transparencia a su régimen de la insolvencia (en provecho de los usuarios extranjeros de la norma interna basada en la Ley Modelo), sería aconsejable que el Estado promulgante enunciara expresamente, en el párrafo 2, esas exclusiones de su ámbito de aplicación.

Personas naturales o no comerciantes

66. En los ordenamientos en que no esté prevista la insolvencia del consumidor, o cuyo régimen de la insolvencia prevea un trato especial para la insolvencia del consumidor, el Estado promulgante tal vez desee excluir del régimen de la Ley Modelo a las insolvencias de las personas naturales residentes en su territorio que hayan contraído sus deudas para fines más personales y domésticos que comerciales, o a las insolvencias de los no comerciantes. También es posible que ese Estado desee disponer que esa exclusión no surtirá efecto en aquellos casos en que la suma total adeudada supere cierto nivel.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 141 a 150.

A/CN.9/422, párrs. 24 a 33.

A/CN.9/433, párrs. 29 a 32.

A/CN.9/435, párrs.102 a 106 y 179.

Artículo 2. Definiciones

Para los fines de la presente Ley:

a) Por "procedimiento extranjero" se entenderá el procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo incluido el de índole provisional, que se siga en un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa a la insolvencia y en virtud del cual los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación;

b) Por "procedimiento extranjero principal" se entenderá el procedimiento extranjero que se siga en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses;

c) Por "procedimiento extranjero no principal" se entenderá un procedimiento extranjero, que no sea un procedimiento extranjero principal, que se siga en un Estado donde el deudor tenga un establecimiento en el sentido del inciso *f)* del presente artículo;

d) Por "representante extranjero" se entenderá la persona o el órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor o para actuar como representante del procedimiento extranjero;

e) Por "tribunal extranjero" se entenderá la autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control o la supervisión de un procedimiento extranjero;

f) Por "establecimiento" se entenderá todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios.

Incisos a) *a* d)

67. Puesto que la Ley Modelo será incorporada al derecho interno de la insolvencia, bastará con que el artículo 2 defina los términos propios del supuesto de la insolvencia transfronteriza. Por ello, la Ley Modelo define los términos de "procedimiento extranjero" (inciso *a)*) y "representante extranjero" (inciso *d)*), pero no la persona o el órgano al que la ley del foro encomendará la administración de los bienes del deudor en un procedimiento de insolvencia. De ser conveniente que el derecho interno defina el término por el que se designe a esa persona u órgano (en vez de limitarse a emplear el término usual), podrá añadirse ese término a la lista de definiciones de la norma por la que se incorpore la Ley Modelo al derecho interno.

68. Al definir los requisitos de un "procedimiento extranjero" y de un "representante extranjero", se está limitando el ámbito de aplicación de La Ley Modelo. Para que un procedimiento sea susceptible de reconocimiento o de cooperación con arreglo a la Ley Modelo y para que se dé a un representante extranjero acceso a los tribunales locales, el procedimiento extranjero y el representante extranjero deberán poseer los atributos enunciados en los incisos *a)* y *d)*.

69. Las definiciones de los incisos *a)* y *d)* abarcan también al "procedimiento de índole provisional" y al representante "designado a título provisional". En Estados en los que el procedimiento provisional no exista o no haya de cumplir con los requisitos enunciados en la definición, puede suscitarse la cuestión de si el reconocimiento de un "procedimiento de índole provisional" con arreglo a la Ley Modelo no dará lugar a consecuencias potencialmente disruptivas que el caso no justifica. Es aconsejable que,

sea cual sea la conceptuación del procedimiento de índole provisional en el derecho interno, se mantengan en los incisos *a)* y *d)* las respectivas referencias al "procedimiento de índole provisional" y al representante designado "a título provisional", ya que, en la práctica de muchos Estados, los procedimientos de insolvencia se inician a menudo, o incluso habitualmente, como procedimientos de índole "provisional". Con la salvedad de esa calificación de provisional, esos procedimientos cumplen con todos los demás requisitos de la definición del artículo 2, inciso *a)*. Esos procedimientos suelen prolongarse semanas e incluso meses a título "provisional" bajo la administración de personas designadas igualmente a título "provisional", debiendo transcurrir cierto tiempo antes de que el tribunal emita un mandato confirmando la continuación de las actuaciones con carácter no provisional. Los objetivos de la Ley Modelo son plenamente aplicables a estos "procedimientos provisionales" (con tal de que se satisfagan los requisitos de los incisos *a)* y *d)*); no debe establecerse por ello una distinción entre esos procedimientos y otros procedimientos de insolvencia, meramente por que sean de índole provisional. En el párrafo 1 del artículo 17 se insiste en el punto de que el representante y el procedimiento extranjero provisional deberán cumplir con todos los requisitos del artículo 2, a cuyo tenor sólo podrá reconocerse un procedimiento extranjero cuando ese procedimiento "sea un procedimiento en el sentido del inciso *a)* del artículo 2" y cuando "el representante extranjero que solicite el reconocimiento sea una persona o un órgano en el sentido del inciso *d)* del artículo 2".

70. El artículo 18 se ocupa del caso de que, una vez presentada o aceptada la solicitud de reconocimiento, el procedimiento extranjero o el representante extranjero, sean o no provisionales, dejan de satisfacer los requisitos de los incisos *a)* y *d)* del artículo 2. El artículo 18 impone al representante extranjero el deber de informar con prontitud al tribunal de "todo cambio importante en la situación del procedimiento extranjero o en el nombramiento del representante extranjero" que se produzca tras la presentación de la solicitud de reconocimiento del procedimiento. La finalidad de esa obligación es que el tribunal pueda, llegado el caso, modificar los efectos del reconocimiento o poner término a esos efectos.

71. Al definir actuaciones procesales o personas ubicadas en jurisdicciones extranjeras, se ha evitado el empleo de términos y tecnicismos que pudieran tener diverso significado en distintos ordenamientos, mediante el recurso a una descripción de su finalidad o función. Se ha recurrido a esta técnica para no limitar, sin querer, la gama de procedimientos extranjeros susceptibles de ser reconocidos y para evitar posibles incompatibilidades con la terminología legal interna de algunos países. Como se observó en el anterior párrafo 52, el término "procedimiento de insolvencia" puede tener en algunos ordenamientos un significado técnico distinto del que se le da en el inciso *a)*, en donde se utiliza para referirse en sentido lato a las empresas que se encuentran en graves apuros financieros.

72. La expresión "centro de sus principales intereses", utilizada en el inciso *b)* para definir un procedimiento extranjero principal, se utiliza también en el Reglamento (CE).

73. Según el inciso *c)*, para que haya un "procedimiento extranjero no principal". ha de haber en el territorio del foro un establecimiento del deudor. Por ello, un procedimiento extranjero no principal sólo podrá ser reconocido, a tenor del párrafo 2 del artículo 17, de haber sido incoado en el territorio de un Estado en donde el deudor tenga un establecimiento en el sentido del inciso *f)* del artículo 2. Esta regla no menoscaba la regla del artículo 28 por la que se autoriza a iniciar un procedimiento en el territorio de todo Estado en donde el deudor posea bienes. Cabe señalar, no obstante, que los efectos de un procedimiento de insolvencia iniciado en un Estado en donde el

deudor posea únicamente bienes estarán normalmente circunscritos a los bienes situados en el territorio de ese Estado; caso de que, con arreglo a la ley del foro, se vayan a administrar, en el marco de ese procedimiento de insolvencia previsto en el artículo 28, otros bienes del deudor ubicados en el extranjero, la problemática transfronteriza que ello suscite habrá de ser resuelta en el marco de los arts. 25 a 27, como un asunto de cooperación o de coordinación internacional.

Inciso e)

74. El trato dispensado a un procedimiento extranjero que satisfaga los requisitos del inciso *a)* del artículo 2 deberá ser el mismo con independencia de si el órgano que lo inicia y supervisa es un órgano judicial o administrativo. Por ello, para no tener que referirse a un órgano no judicial cada vez que la Ley Modelo se refiere a un tribunal judicial, se ha hecho extensiva la definición de "tribunal extranjero", que se da en el inciso *e)*, a las autoridades no judiciales. El inciso *e)* está inspirado en una definición similar que figura en el inciso *d)* del artículo 2 del Reglamento (CE).

Inciso f)

75. La definición del término "establecimiento" (inciso *f)*) está inspirada en el inciso *h)* del artículo 2 del Reglamento (CE). Se utiliza este término en la definición de "procedimiento extranjero no principal" (inciso *c)* del art. 2) y en el párrafo 2 del artículo 17, a cuyo tenor, para que se pueda reconocer un procedimiento extranjero no principal, es preciso que el deudor tenga un establecimiento en el territorio del Estado extranjero (véase también el anterior párr. 73).

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 152 a 158.

A/CN.9/419, párrs. 95 a 117.

A/CN.9/422, párrs. 34 a 65.

A/CN.9/433, párrs. 33 a 41 y 147.

A/CN.9/435, párrs. 108 a 113.

Artículo 3. Obligaciones internacionales del Estado

En caso de conflicto entre la presente Ley y una obligación de este Estado nacida de un tratado u otra forma de acuerdo en el que este Estado sea parte con uno o más Estados, prevalecerán las disposiciones de ese tratado o acuerdo.

76. El artículo 3, en el que se enuncia el principio de la supremacía de las obligaciones internacionales del Estado promulgante sobre el derecho interno, está inspirado en otras leyes Modelo preparadas por la CNUDMI.

77. Al promulgar este artículo, el legislador quizá desee considerar si sería conveniente adoptar medidas para evitar una interpretación excesivamente lata de los tratados internacionales. Por ejemplo, este artículo pudiera dar precedencia a un tratado internacional que, aunque se refiera a asuntos regulados por la Ley Modelo (por ejemplo, acceso a los tribunales y cooperación entre los tribunales o entre las autoridades administrativas competentes), tenga por objeto resolver problemas distintos

de los regulados en la Ley Modelo. Por razón de su lenguaje impreciso, cabría interpretar erróneamente algunos de esos tratados como referidos también a cuestiones reguladas por la Ley Modelo. Ese resultado comprometería la uniformidad legislativa y la simplificación de la cooperación internacional perseguidas por la Ley Modelo, lo que reduciría la certidumbre y previsibilidad de su aplicación. El Estado promulgante podría disponer que, para que el artículo 3 desplace una disposición de derecho interno, habrá de existir un nexo suficiente entre el tratado internacional invocado y la cuestión que se rija por esa disposición de derecho interno. Con esa condición se evitaría cualquier restricción excesiva y no deseada de los efectos de la norma legal por la que se incorpore la Ley Modelo al derecho interno. Ahora bien, no conviene que esa disposición llegue a imponer como condición que el tratado involucrado ha de referirse expresamente a cuestiones de insolvencia para satisfacer esta condición.

78. Es digno de mención que, si bien en algunos Estados los tratados internacionales vinculantes son normas directamente invocables ante los tribunales, en otros Estados no lo son, salvo alguna excepción, y se ha de promulgar una norma legal para darles fuerza vinculante interna. Habida cuenta de su práctica interna respecto de los acuerdos y tratados internacionales, este último grupo de Estados no necesitará la regla del artículo 3, por lo que no procederá incorporarla a su derecho interno, salvo tal vez en forma modificada.

Examen previo en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 160 a 162.

A/CN.9/422, párrs. 66 y 67.

A/CN.9/433, párrs. 42 y 43.

A/CN.9/435, párrs. 114 a 117.

Artículo 4. [Tribunal o autoridad competente][a]

Las funciones a las que se refiere la presente Ley relativas al reconocimiento de procedimientos extranjeros y en materia de cooperación con tribunales extranjeros serán ejercidas por ...[*indíquese el tribunal o tribunales o la autoridad o autoridades que, conforme al derecho interno, sean competentes para ejercer estas funciones*].

[a] Aquellos Estados en los que algunas de las funciones relacionadas con el procedimiento de insolvencia sean habitualmente conferidas a determinados mandatarios judiciales u órganos públicos podrán, si así lo desean, insertar en el artículo 4, o en algún otro lugar del capítulo I, la disposición siguiente:

Nada de lo dispuesto en la presente Ley afectará a las disposiciones de este Estado relativas a los poderes de que goza [*indíquese la denominación de la persona u órgano habitualmente designado*].

79. Si en el Estado promulgante alguna autoridad que no sea un tribunal de justicia ejerce cualquiera de las funciones mencionadas en el artículo 4, ese Estado insertará el nombre de la autoridad competente en ese artículo y en todo otro lugar que proceda de la norma promulgada.

80. Es posible que en el derecho interno diversos tribunales sean competentes para ejercer las funciones mencionadas en la Ley Modelo, en cuyo caso procederá que el Estado promulgante adapte el texto de este artículo al régimen jurisdiccional interno. El interés del artículo 4 está en dar mayor transparencia y accesibilidad al régimen interno de la insolvencia, lo que redundaría en provecho especialmente de los representante y tribunales extranjeros.

81. Al definir la competencia de alguna autoridad o tribunal para conocer de los asuntos mencionados en el artículo 4, no debe limitarse sin necesidad la competencia de otros tribunales del Estado promulgante para conocer, en particular, de toda demanda de medidas cautelares presentada por un representante extranjero.

Nota de pie de página

82. En algunos Estados, la normativa aplicable a la insolvencia ha encomendado ciertas tareas de supervisión general del procedimiento de insolvencia a mandatarios públicos, tomados de la administración o la judicatura, que desempeñan su cometido con carácter permanente. Suelen ser designados por diversos nombres, por ejemplo los de "síndico de la quiebra" o "administrador judicial". Sus actividades y el alcance y la índole de sus funciones varían de un Estado a otro. La Ley Modelo no restringe los poderes conferidos a dichos mandatarios, punto que tal vez algún Estado deseará aclarar en la forma indicada por la nota al pie del artículo. Ahora bien, de los términos empleados en el derecho interno (al incorporar los artículos 25 y 26 de la Ley Modelo) para designar a la persona o el órgano "*encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro*", dependerá que estos mandatarios públicos queden o no sujetos al deber de cooperar con arreglo a lo dispuesto en los artículos 25 a 27.

83. A tenor de algunos ordenamientos, los mandatarios a que se refiere el párrafo anterior pueden ser también designados para actuar como administradores en determinados casos de insolvencia. En la medida en que ello suceda, esos mandatarios quedarán sujetos al régimen de la Ley Modelo.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 163 a 166.

A/CN.9/419, párr. 69

A/CN.9/422, párrs. 68 y 69.

A/CN.9/433, párrs. 44 y 45.

A/CN.9/435, párrs. 118 a 122.

Artículo 5. Autorización dada a [indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar la reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno de este Estado] *para actuar en un Estado extranjero*

... [*indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar la reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno de este Estado*], estará facultado(a) para actuar en un Estado extranjero en representación de un procedimiento abierto en este Estado con arreglo a [*indicar aquí la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*], en la medida en que lo permita la ley extranjera aplicable.

84. La finalidad del artículo 5 es la de facultar al administrador o a toda otra entidad designada en un procedimiento de insolvencia incoado en el Estado promulgante para actuar en el extranjero en calidad de representante extranjero de ese procedimiento. La falta de esa autorización ha obstaculizado de hecho en algunos Estados toda cooperación eficaz en casos transfronterizos. Todo Estado en el que los administradores estén ya facultados para actuar como representantes extranjeros podrá omitir el artículo 5, aun cuando ese Estado tal vez desee mantener el artículo 5 para enunciar sin ambages esa autorización.

85. El artículo 5 se ha redactado en términos que hacen ver claramente que el alcance de los poderes en el extranjero del administrador dependerá de los tribunales extranjeros y de la ley y los tribunales extranjeros. Las medidas que el administrador nombrado en el Estado promulgante desee adoptar en el extranjero serán del tipo previsto en la Ley Modelo, pero la autoridad para actuar en un país extranjero no dependerá de que ese país haya o no adoptado el régimen de la Ley Modelo.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 167 a 169.

A/CN.9/419, párrs. 36 a 39.

A/CN.9/422, párrs. 70 a 74.

A/CN.9/433, párrs. 46 a 49.

A/CN.9/435, párrs. 123 y 124.

Artículo 6. Excepción de orden público

Nada de lo dispuesto en la presente Ley impedirá que el tribunal se niegue a adoptar una medida en ella regulada, de ser esa medida manifiestamente contraria al orden público de este Estado.

86. Al depender la noción de orden público del derecho interno, su contenido puede diferir de un Estado a otro, por lo que no se ha intentado definir esa noción en el artículo 6.

87. En algunos Estados, se da a la noción de orden público un sentido muy amplio que puede referirse en principio a cualquier regla de derecho imperativo interno. Sin embargo, son muchos los Estados en que la excepción de orden público está restringida a los principios fundamentales del derecho y, en particular, a las garantías de rango constitucional; en estos Estados sólo se invocaría la excepción de orden público para denegar la aplicación de una norma extranjera, o para denegar el reconocimiento de una resolución judicial o de un laudo arbitral extranjero cuando esa aplicación o reconocimiento daría lugar a la violación de uno de esos principios fundamentales.

88. Conviene recordar, respecto de la aplicabilidad de la excepción de orden público en el contexto de la Ley Modelo, que en un creciente número de países se observa una dicotomía entre la noción de orden público aplicable a cuestiones internas y la noción de orden público aplicable en cuestiones de cooperación internacional y al reconocimiento de los efectos de normas legales extranjeras. En este último supuesto en particular es donde se suele dar a la noción de orden público una interpretación más restrictiva que la del orden público interno. Esta dicotomía refleja el deseo de no obstaculizar

indebidamente la cooperación internacional con una interpretación amplia del "orden público".

89. La finalidad de la palabra "manifiestamente", utilizada en muchos otros textos internacionales como calificativo de toda violación significativa del "orden público", es la de subrayar que la excepción de orden público ha de interpretarse restrictivamente y la de que sólo debe invocarse el artículo 6 en circunstancias excepcionales concernientes a asuntos de importancia fundamental para el Estado promulgante.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 170 a 173.

A/CN.9/419, párr. 40.

A/CN.9/422, párrs. 84 y 85.

A/CN.9/433, párrs. 156 a 160.

A/CN.9/435, párrs. 125 a 128.

Artículo 7. Asistencia adicional en virtud de alguna otra norma

Nada de lo dispuesto en la presente Ley limitará las facultades que pueda tener un tribunal o [*indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar una reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno*] para prestar asistencia adicional al representante extranjero con arreglo a alguna otra norma de este Estado.

90. La finalidad de la Ley Modelo es aumentar y armonizar la asistencia que se preste en el Estado promulgante a los representantes extranjeros. Ahora bien, puesto que es posible que el derecho interno de ese Estado haya previsto ya, al promulgarse el nuevo régimen, diversos supuestos en que se haya de prestar asistencia transfronteriza al representante extranjero, y puesto que la Ley Modelo no pretende desplazar al derecho interno en la medida en que ese derecho prevea asistencia adicional o distinta de la estatuida por la Ley Modelo, es posible que el Estado promulgante desee considerar si precisa del artículo 7 para que ese punto quede claro.

Examen en la Comisión

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párr. 175.

Artículo 8. Interpretación

En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

91. Cierto número de tratados de derecho privado enuncian ya una regla similar a la del artículo 8 (por ejemplo, en el párr. 1) del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías)[l]. En tiempos más recientes se ha reconocido la conveniencia de incluir esa regla en textos de derecho uniforme no convencional, como los de una ley modelo, en razón del interés que tendrá el Estado promulgante en que se dé a su régimen una interpretación armónica. El artículo 8 está inspirado en el artículo 3, párrafo 1), de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico[m].

92. La interpretación armónica de la Ley Modelo se verá facilitada por el sistema de información "CLOUT" (jurisprudencia basada en textos de la CNUDMI), por el que la secretaría de la CNUDMI publica extractos de resoluciones judiciales (y, si ello procede, laudos arbitrales) en las que se interpreten convenciones y leyes modelos dimanantes de la labor de la Comisión. (Véase información adicional sobre este sistema más adelante, en el párr. 202.)

Examen en la Comisión

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párr. 174.

D. Capítulo II. Acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado

Artículo 9. Derecho de acceso directo

Todo representante extranjero estará legitimado para comparecer directamente ante un tribunal del Estado.

93. El artículo 9 se limita a enunciar el principio del acceso directo del representante extranjero a los tribunales del Estado promulgante, exonerándolo de tener que cumplir con ciertos requisitos formales, como determinados trámites consulares y licencias. El artículo 4 se ocupa de la competencia de los tribunales en el Estado promulgante para otorgar medidas solicitadas por el representante extranjero.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 176 a 178.

A/CN.9/419, párrs. 77 a 79, 172 y 173.

A/CN.9/422, párrs. 144 a 151.

A/CN.9/433, párrs. 50 a 58.

A/CN.9/435, párrs. 129 a 133.

---

[l] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, Nº 25567.

[m] Publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.99.V.4.

Artículo 10. Jurisdicción limitada

El solo hecho de la presentación de una solicitud, con arreglo a la presente Ley, ante un tribunal del Estado por un representante extranjero no supone la sumisión de éste ni de los bienes y negocios del deudor en el extranjero, a la jurisdicción de los tribunales del Estado para efecto alguno que sea distinto de la solicitud.

94. El artículo 10 enuncia una regla de salvaguardia destinada a evitar que el tribunal del Estado promulgante asuma jurisdicción sobre los bienes del deudor por el solo hecho de que el representante extranjero haya solicitado el reconocimiento de un procedimiento extranjero. Este artículo dispone también claramente que esa solicitud por sí sola no bastará para que el tribunal asuma jurisdicción sobre el representante extranjero respecto de asuntos no relacionados con la insolvencia. Con ello se ha tratado de responder a las inquietudes de los representantes y de los acreedores extranjeros de quedar expuestos a una jurisdicción omnicomprensiva por el solo hecho de la presentación de una solicitud con arreglo a la Ley Modelo.

95. La limitación impuesta a la jurisdicción sobre el representante extranjero en el artículo 10 no es absoluta. Con ella sólo se trata de amparar al representante extranjero en la medida necesaria para no privar de sentido a su solicitud de acceso a los tribunales. Se dispone al efecto que su comparecencia ante los tribunales del Estado promulgante para la solicitud de reconocimiento no expondrá a la jurisdicción de esos tribunales la totalidad de la masa patrimonial colocada bajo su supervisión. Ello no afecta a los demás motivos posibles que con arreglo a la ley del foro puedan tener esos tribunales para asumir jurisdicción sobre el representante extranjero o sobre los bienes que tenga bajo su supervisión. Por ejemplo, un acto ilícito o conducta indebida del representante extranjero podrá servir de fundamento para que el tribunal se declare competente para conocer de las consecuencias de esos actos o comportamiento. Además, un representante extranjero que solicite medidas en el Estado promulgante deberá respetar las condiciones a las que el tribunal las supedite (art. 22, párr. 2).

96. El artículo 10 puede parecer superfluo en Estados en los que la normativa procesal no permite que un tribunal se declare competente sobre una persona que presente una solicitud ante el tribunal por el solo hecho de su comparecencia ante el tribunal. No obstante, sería también conveniente que esos Estados promulgaran este artículo a fin de eliminar todo recelo de los representantes o acreedores extranjeros de que el solo hecho de presentar una solicitud ante el tribunal pueda servir de fundamento para que el tribunal asuma jurisdicción.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 179 a 182.

A/CN.9/422, párrs. 160 a 166.

A/CN.9/433, párrs. 68 a 70.

A/CN.9/435, párrs. 134 a 136.

Artículo 11. Solicitud del representante extranjero de que se abra un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

Todo representante extranjero estará facultado para solicitar la apertura de un procedimiento con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] si por lo demás se cumplen las condiciones para la apertura de ese procedimiento.

97. Son muchos los ordenamientos jurídicos que, al enumerar las personas que pueden solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia, no hacen mención alguna del representante extranjero; tal vez sea dudoso si, en tales ordenamientos, el representante extranjero estaría facultado para presentar esa solicitud.

98. El artículo 11 está formulado en términos que garantizan que el representante extranjero (de un procedimiento extranjero principal o no principal) goce de legitimidad procesal ("legitimación procesal activa") para solicitar el comienzo de un procedimiento de insolvencia. Ahora bien, su texto dispone con igual claridad (al decir "si por lo demás se cumplen las condiciones para la apertura de ese procedimiento") que, por lo demás, no se modifican en nada las condiciones del derecho interno para la apertura de un procedimiento de insolvencia.

99. El representante extranjero goza de este derecho sin necesidad de que medie el previo reconocimiento del procedimiento extranjero, ya que, en casos de gran urgencia, puede ser crucial iniciar un procedimiento de insolvencia para la preservación de los bienes del deudor. El artículo reconoce que no ya el representante de un procedimiento extranjero principal sino incluso el representante de un procedimiento extranjero no principal pueden tener un interés legítimo en poner en marcha un procedimiento de insolvencia en el Estado promulgante. La obligación de cumplir con los requisitos de derecho interno por lo demás aplicables para la apertura de este tipo de procedimientos constituye una garantía contra el eventual abuso de este derecho.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 183 a 187.

A/CN.9/422, párrs. 170 a 177.

A/CN.9/433, párrs. 71 a 75.

A/CN.9/435, párrs. 137 a 146.

Artículo 12. Participación de un representante extranjero en un procedimiento abierto con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero estará facultado para participar en todo procedimiento que se haya abierto respecto del deudor con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*].

100. El artículo 12 tiene por finalidad la de asegurar que, cuando se esté siguiendo un procedimiento de insolvencia relativo al deudor en el Estado promulgante, el representante de un procedimiento extranjero relativo a ese deudor gozará de

legitimidad procesal ("legitimación procesal activa") para presentar demandas, solicitudes o peticiones respecto de cuestiones de protección, liquidación o distribución de los bienes del deudor o de cooperación con el procedimiento extranjero.

101. Este artículo 12 se limita a legitimar al representante extranjero ante los tribunales del país, pero sin conferirle ningún poder o derecho en particular. El artículo tampoco especifica los tipos de peticiones que el representante extranjero podrá presentar y no afecta en modo alguno a las reglas de derecho interno de la insolvencia de las que dependa la suerte de esas peticiones.

102. Cuando el derecho interno del Estado promulgante utilice otro término, en vez de "participar", para expresar este concepto, nada impide que se utilice ese otro término en la disposición promulgada. Conviene, no obstante, recordar que el término "intervenir" se utiliza ya en el artículo 24 para referirse al supuesto de que el representante extranjero intervenga en alguna acción individual entablada ya sea por el deudor o contra él (en contraposición al caso del procedimiento colectivo de insolvencia).

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 188 y 189.

A/CN.9/422, párrs. 114 y 115, 147 y 149.

A/CN.9/433, párr. 58.

A/CN.9/435, párrs. 147 a 150.

Artículo 13. Acceso de los acreedores extranjeros a un procedimiento seguido con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un procedimiento en este Estado y de la participación en él con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*].

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no afectará al orden de prelación de los créditos en un procedimiento abierto con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*], salvo que no se asignará a los créditos de acreedores extranjeros una prelación inferior a [*indíquese la categoría de créditos ordinarios no preferentes, y que todo crédito extranjero tendrá una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes cuando el crédito equivalente en el país (por ejemplo, una sanción pecuniaria o un crédito con pago diferido) tenga una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes*][b].

[b] El Estado promulgante tal vez desee considerar la posibilidad de reemplazar el párrafo 2 del artículo 13 por el texto siguiente:

"2. Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no afectará al orden de prelación de los créditos en un procedimiento entablado con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] ni a la exclusión de ese procedimiento de los créditos extranjeros por concepto de impuestos o seguridad social. No obstante, no se dará a los créditos extranjeros que no se refieran a obligaciones tributarias o de seguridad social una prelación inferior a la de [*indíquese la categoría de créditos ordinarios no preferentes, y que todo crédito extranjero tendrá una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes cuando los créditos equivalentes en el país (por ejemplo una sanción pecuniaria o un crédito con pago diferido) tengan una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes*]."

103. Con la salvedad enunciada en el párrafo 2, el artículo 13 incorpora el principio de que los acreedores extranjeros deberán recibir igual trato que los acreedores locales, cuando soliciten la apertura de un procedimiento de insolvencia, o presenten sus créditos en un procedimiento ya abierto, en el Estado promulgante.

104. En el párrafo 2 se precisa que el principio de no discriminación enunciado en el párrafo 1 deja intacto el orden de prelación de los créditos en el régimen de la insolvencia de la ley del foro, sin exceptuar aquellas disposiciones que sólo afecten a la prelación de los créditos de acreedores extranjeros. Son pocos los Estados cuyo actual derecho interno asigna un rango especial a los créditos de acreedores extranjeros. Ahora bien, a fin de no dejar sin efecto el principio de la no discriminación, en el párrafo 2 se dispone que no podrá asignarse a los créditos de los acreedores extranjeros una prelación inferior a la de los créditos ordinarios sin garantía. La sola excepción que se hace a esa regla de la prelación mínima es la de aquellos créditos que, aún cuando el acreedor fuera interno, serían de rango inferior a los créditos ordinarios sin garantía (por ejemplo, créditos dimanantes de multas o sanciones administrativas, créditos de pago diferido por razón de alguna relación especial entre el acreedor y el deudor, o créditos presentados estando ya expirado el plazo procesal para hacerlo). La prelación de esos créditos especiales puede ser inferior, en el derecho interno, a la de los créditos ordinarios sin garantía por razones que no dependan ni de la nacionalidad ni de la ubicación del deudor.

105. La variante que figura en la nota al pie del artículo sólo difiere de la disposición en el cuerpo del artículo en el hecho de ofrecer una fórmula apta para aquellos Estados que no deseen reconocer, en su jurisdicción, los créditos fiscales y de la seguridad social extranjeros.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 190 a 192.

A/CN.9/422, párrs. 179 a 187.

A/CN.9/433, párrs. 77 a 85.

A/CN.9/435, párrs. 151 a 156.

Artículo 14. Notificación a los acreedores en el extranjero con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

1. Siempre que, con arreglo [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*], se haya de notificar algún procedimiento, a los acreedores que residan en este Estado, esa notificación deberá practicarse también a los acreedores conocidos que no tengan una dirección en este Estado. El tribunal podrá ordenar que se tomen las medidas oportunas a fin de notificar a todo acreedor cuya dirección aún no se conozca.

2. Esa notificación deberá practicarse a cada uno de los acreedores extranjeros por separado, a no ser que el tribunal considere que alguna otra forma de notificación sea más adecuada en las circunstancias del caso. No se requerirá carta rogatoria ni ninguna otra formalidad similar.

3. Cuando se haya de notificar a los acreedores extranjeros la apertura de un procedimiento, la notificación deberá:

Artículo 14 (*continuación*)

a) Señalar un plazo razonable para la presentación de los créditos e indicar el lugar en el que se haya de efectuar esa presentación;

b) Indicar si los acreedores con créditos garantizados necesitan presentar esos créditos; y

c) Contener cualquier otra información requerida para esa notificación conforme a las leyes de este Estado y a las resoluciones del tribunal.

Párrafos 1 y 2

106. La principal finalidad del deber de notificar a los acreedores extranjeros, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1, es la de informarles del comienzo del procedimiento de insolvencia y del plazo para la presentación de sus créditos. Como corolario del principio de igualdad de trato, enunciado en el artículo 13, el artículo 14 requiere además que se notifique a los acreedores extranjeros en todos los supuestos en los que la ley del foro requiera que los acreedores sean notificados.

107. Los métodos o prácticas seguidas para la notificación de los acreedores varían de un Estado a otro; por ejemplo, publicación en la gaceta oficial o en los diarios locales, notificación individual, colocación de un anuncio en la sede del tribunal o una combinación de dos o más métodos. De dejarse la forma de la notificación al arbitrio del derecho interno, los acreedores extranjeros se encontrarían en desventaja respecto de los nacionales, al no tener tal vez acceso directo a las publicaciones locales. Por ello, el párrafo 2 requiere en principio la notificación individual de los acreedores extranjeros (salvo, por ejemplo, que esa notificación ocasione gasto excesivo o no sea viable en las circunstancias del caso).

108. Respecto de la forma de la notificación individual, el derecho interno tal vez requiera trámites especiales para la notificación en el extranjero (por ejemplo, la vía diplomática). En el contexto de un procedimiento de insolvencia, esos trámites tenderían a ser engorrosos y lentos, por lo que su empleo impediría probablemente la notificación oportuna del procedimiento de insolvencia a los acreedores extranjeros. Es, por ello, aconsejable que el tribunal disponga que la notificación se efectúe por la vía que considere oportuna en las circunstancias del caso. A ello se debe que el texto del párrafo 2 disponga que "no se requerirá carta rogatoria ni ninguna otra similar."

109. Muchos Estados son parte en tratados bilaterales o multilaterales sobre cooperación judicial, que prevén ciertas formalidades para el envío de ciertos documentos judiciales o extrajudiciales a destinatarios en el extranjero. Cabe citar, al respecto, el Convenio sobre la presentación en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en asuntos civiles o comerciales de 1965[n], aprobado bajo los auspicios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Si bien los procedimientos previstos en esos tratados pueden constituir una simplificación respecto de la vía diplomática tradicional, es probable que, por las antedichas razones, esos procedimientos sigan resultando inadecuados para los casos de insolvencia transfronteriza. Puede suscitarse la cuestión de si el párrafo 2, que dispensa del recurso a las cartas rogatorias o a otras formalidades similares, es compatible con esos tratados. Cada Estado deberá considerar esta cuestión a la luz de sus propios tratados, pero cabe

[n] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 658, Nº 9342.

decir en general que la regla del párrafo 2 no tiene porqué contravenir esas eventuales obligaciones internacionales de un Estado, ya que la finalidad de esos tratados suele ser facilitar las comunicaciones internacionales, y no obstaculizar el recurso a vías de comunicación todavía más sencillas que las en ellos previstas; por ejemplo, el artículo 10 del mencionado Convenio se expresa en los siguientes términos:

> "Con tal de que el Estado de destino no tenga nada que objetar, el presente Convenio no interferirá con:
>
> *a)* la libertad de enviar documentos judiciales, por vía postal, directamente a destinatarios en el extranjero,
>
> *b)* la libertad de los oficiales de justicia, cargos públicos o demás personas competentes del Estado de origen de presentar documentos a través de los oficiales de justicia, cargos públicos o demás personas competentes del Estado de destino,
>
> *c)* la libertad de toda persona interesada en un procedimiento de judicial de presentar documentos judiciales por conducto directo de los oficiales de justicia, cargos públicos o demás personas competentes del Estado de destino."

En la medida en que la segunda frase del párrafo 2 del artículo 14 sea incompatible con algún tratado, la solución ha de buscarse en el artículo 3 de la Ley Modelo.

110. Si bien, el párrafo 2 menciona la carta rogatoria como formalidad no requerida para toda notificación efectuada conforme al artículo 14, cabe observar que en muchos Estados esas notificaciones no se efectuarían nunca por carta rogatoria. En esos Estados la carta rogatoria se utilizaría para fines como solicitar pruebas en otro Estado u obtener permiso para efectuar algún acto judicial en un país extranjero. Ese recurso a la carta rogatoria se regirá, por ejemplo, por el Convenio relativo a la práctica de la prueba en el extranjero en asuntos civiles o comerciales de 1970)[o], aprobado bajo los auspicios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

Párrafo 3

111. En algunos ordenamientos se considera que un acreedor, que presente un crédito garantizado en un procedimiento de insolvencia, renuncia a su garantía o a algunos de los privilegios del crédito, mientras que en otros ordenamientos el no presentar dicho crédito equivale a una renuncia de esa garantía o privilegio. De ser así, convendría que el Estado promulgante incorporara al inciso *b)* del párrafo 3) el requisito de que la notificación deberá informar sobre los efectos de presentar, o de no presentar, un crédito garantizado.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 193 a 198.

A/CN.9/419, párr. 84 a 87.

A/CN.9/422, párrs. 188 a 191.

A/CN.9/433, párrs. 86 a 98.

A/CN.9/435, párrs. 157 a 164.

---

[o] Ibíd., vol. 847, Nº 12140.

E. Capítulo III: Reconocimiento de un procedimiento extranjero y medidas otorgables

Artículo 15. Solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. El representante extranjero podrá solicitar ante el tribunal el reconocimiento del procedimiento extranjero en el que haya sido nombrado.

2. Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de:

a) Una copia certificada conforme de la resolución por la que se declare abierto el procedimiento extranjero y se nombre el representante extranjero; o

b) Un certificado expedido por el tribunal extranjero en el que se acredite la existencia del procedimiento extranjero y el nombramiento del representante extranjero; o

c) En ausencia de una prueba conforme a los incisos a) y b), acompañada de cualquier otra prueba admisible por el tribunal de la existencia del procedimiento extranjero y del nombramiento del representante extranjero.

3. Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de una declaración en la que se indiquen debidamente los datos de todos los procedimientos extranjeros abiertos respecto del deudor de los que tenga conocimiento el representante extranjero.

4. El tribunal podrá exigir que todo documento presentado en apoyo de una solicitud de reconocimiento sea traducido a un idioma oficial de este Estado.

El artículo 15 en su conjunto

112. El artículo 15 define los requisitos procesales básicos para toda solicitud de reconocimiento de un representante extranjero. Al incorporar la disposición al derecho interno, sería conveniente no sobrecargar este procedimiento con más requisitos que los enunciados. El artículo 15, junto con el artículo 16, proporcionan al representante extranjero un procedimiento sencillo y rápido para obtener el reconocimiento.

Artículo 15, párrafo 2 y artículo 16, párrafo 2

113. La Ley Modelo presume que los documentos presentados en apoyo de la solicitud de reconocimiento no requieren de autenticación especial alguna, no necesitan ser legalizados. Según el párrafo 2 del artículo 16, el tribunal podrá presumir que esos documentos son auténticos, estén o no legalizados. "Legalización" es un término por el que se suele designar una formalidad por la que un agente consular o diplomático del Estado donde se haya de presentar certifica la autenticidad de la firma, la capacidad en la que la persona que firma haya actuado y, si procede, la identidad del sello sobre el documento.

114. Del párrafo 2 del artículo 16 (según el cual el tribunal “estará facultado para presumir” la autenticidad de los documentos que complementen la solicitud de reconocimiento) se desprende la discrecionalidad del tribunal para no apoyarse en esa presunción o para concluir que existen pruebas válidas contra la autenticidad. La flexibilidad de esta solución prevé el supuesto de que el tribunal disponga de medios para cerciorarse de que un documento emana de determinado tribunal sin necesidad de que esté legalizado y el supuesto de que no desee aceptar un documento no legalizado, en particular si emana de un tribunal con el que no está familiarizado. La presunción

puede ser útil para eludir, si procede, el trámite engorroso y lento de la legalización (que en algunos Estados requiere la intervención de diversas autoridades).

115. Cabe preguntarse si esta mayor flexibilidad del requisito de legalización no entrará en conflicto con alguna obligación internacional del Estado promulgante. Varios Estados son parte en tratados bilaterales y multilaterales sobre legalización y reconocimiento mutuo de documentos, como el Convenio por el que se suprime el requisito de la legalización de los documentos extranjeros de 1961[p], aprobado bajo los auspicios de la Conferencia de La Haya para el Derecho Internacional Privado, que simplifica ciertos trámites para la legalización de documentos provenientes de Estados signatarios. Ahora bien, al igual que se observó respecto de la carta rogatoria y formalidades similares, los tratados sobre legalización de documentos acostumbran a dejar en vigor toda ley o reglamento por el que se supriman o simplifiquen los trámites de legalización, por lo que no es probable que se susciten conflictos. Por ejemplo, el mencionado Convenio de La Haya dispone en el párrafo 2 de su artículo 3:

> "Ahora bien, no podrá requerirse la [legalización] mencionada en el párrafo anterior cuando alguna ley, reglamento o práctica en vigor en el Estado donde se haya de presentar el documento, o un acuerdo en vigor entre dos o más Estados, haya abolido o simplificado ese trámite, o haya exonerado del mismo a ese documento".

De suscitarse, no obstante, un conflicto entre la Ley Modelo y un tratado, el tratado prevalecería a tenor del artículo 3 de la Ley Modelo.

Párrafo 2, inciso c)

116. Para no impedir el reconocimiento por la inobservancia de alguna mera formalidad (por ejemplo, que el solicitante no consiga presentar documentos en todo conformes a los requisitos de los incisos *a)* y *b)* del párrafo 2, el inciso *c)* permite que el tribunal admita alguna otra prueba en su lugar; ello no menoscaba, sin embargo, la facultad del tribunal para insistir que se le presente una prueba que pueda aceptar. Es aconsejable que se mantenga esa flexibilidad al promulgar la Ley Modelo. Lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 16, de que el tribunal "estará facultado para presumir" la autenticidad de los documentes que acompañen la solicitud de reconocimiento, se aplica igualmente a los documentos presentados al amparo del inciso *c)* del párrafo 2 (véanse párrs. 114 y 115, *supra*).

Párrafo 3

117. El párrafo 3 requiere que la solicitud de reconocimiento se presente acompañada de una declaración con los datos de todos los procedimientos extranjeros relativos al deudor de que tenga noticia el representante extranjero. El tribunal precisará de esos datos no tanto al decidir si debe otorgar el reconocimiento sino al decidir si debe otorgar medidas cautelares. Para determinar la procedencia de esas medidas y su compatibilidad con todo otro procedimiento de insolvencia relativo al mismo deudor, el tribunal necesita estar al corriente de todo otro procedimiento que se siga contra el deudor en terceros países.

118. Es conveniente imponer expresamente este deber de informar, primero, por ser probable que el representante extranjero esté mejor informado que el tribunal sobre los

---

[p] Ibíd., vol. 527, Nº 7625.

asuntos del deudor en terceros Estados y, segundo, por el probable menor interés del representante extranjero en coordinar su procedimiento con otros procedimientos que en obtener medidas cautelares que favorezcan el suyo. (El deber del representante extranjero de informar al tribunal de todo procedimiento del que tenga noticia con posterioridad al reconocimiento se enuncia en el artículo 18; respecto del deber de coordinación de los procedimientos extranjeros que incumbe al tribunal, véase el artículo 30).

Párrafo 4

119. El párrafo 4 faculta, pero no obliga, al tribunal para exigir la traducción de algunos o todos los documentos que se presenten en apoyo de la solicitud de reconocimiento. De ser compatible con la práctica del foro, esta discrecionalidad permite, siempre que el tribunal entienda los documentos, agilizar la decisión de reconocimiento y reducir gastos.

Notificación

120. Existen diferentes soluciones sobre si el tribunal debe dar aviso de una solicitud de reconocimiento. En algunos ordenamientos, se diría que ciertos principios fundamentales de legalidad del proceso, consagrados incluso en la constitución, no permiten adoptar una decisión tan importante como el reconocimiento de un procedimiento de insolvencia extranjero sin haber oído a las partes interesadas. En cambio en otros países se juzga que una solicitud de reconocimiento de un procedimiento de insolvencia extranjero ha de tramitarse rápidamente (ya que se presenta a menudo en situación de peligro inmediato de dispersión u ocultación de los bienes) y que ello justifica que no se requiera aviso previo de la decisión por la que el tribunal reconozca el procedimiento. Conforme a este parecer, imponer ese requisito ocasionaría una demora indebida y sería incompatible con el párrafo 3 del artículo 17, que dispone que una solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero deberá ser despachada a la mayor brevedad posible.

121. La Ley Modelo no se ocupa de los aspectos procesales de esa notificación, que se regirán por la norma por lo demás aplicable de la ley del foro. El que no se haga referencia expresa a la necesidad de dar aviso de la presentación de una solicitud de reconocimiento o de una resolución por la que se conceda ese reconocimiento, no impide que el tribunal emita una notificación cuando así lo requiera la ley procesal del foro en materia civil o de insolvencia. Por idéntica razón, la Ley Modelo no impone que se emita esa notificación en aquellos países en que no exista ese requisito.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 199 a 209.

A/CN.9/419, párrs. 62 a 69, 178 a 189.

A/CN.9/422, párrs. 76 a 93, 152 a 159.

A/CN.9/433, párrs. 59 a 67, 99 a 104.

A/CN.9/435, párrs. 165 a 173.

Artículo 16. Presunciones relativas al reconocimiento

1. Si la resolución o el certificado de los que se trata en el párrafo 2 del artículo 15 indican que el procedimiento extranjero es un procedimiento en el sentido del inciso *a)* del artículo 2 y que el representante extranjero es una persona o un órgano en el sentido del inciso *d)* del artículo 2, el tribunal podrá presumir que ello es así.

2. El tribunal estará facultado para presumir que los documentos que le sean presentados en apoyo de la solicitud de reconocimiento son auténticos, estén o no legalizados.

3. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el domicilio social del deudor o su residencia habitual, si se trata de una persona natural, es el centro de sus principales intereses.

122. Este artículo establece presunciones que permiten al tribunal agilizar la práctica de la prueba, sin que ello impida que, con arreglo a la ley procesal interna, se pidan o tomen en consideración otras pruebas cuando el tribunal o una parte interesada cuestione alguna de las presunciones.

123. Véanse las observaciones relativas al párrafo 2, que dispensa del requisito de legalización, en los párrafos 113 a 115.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General quincuagésimo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 204 a 206.

A/CN.9/435, párrs. 170 a 172.

Artículo 17. Resolución de reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. Salvo lo dispuesto en el artículo 6, se otorgará reconocimiento a un procedimiento extranjero cuando:

a) El procedimiento extranjero sea un procedimiento en el sentido del inciso *a)* del artículo 2;

b) El representante extranjero que solicite el reconocimiento sea una persona o un órgano en el sentido del inciso *d)* del artículo 2;

c) La solicitud cumpla los requisitos del párrafo 2 del artículo 15; y

d) La solicitud haya sido presentada al tribunal competente conforme al artículo 4.

2. Se reconocerá el procedimiento extranjero:

a) Como procedimiento extranjero principal, si se está tramitando en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses; o

b) Como procedimiento extranjero no principal, si el deudor tiene en el territorio del Estado del foro extranjero un establecimiento en el sentido del inciso *f)* del artículo 2;

Artículo 17 (*continuación*)

3. Se dictará a la mayor brevedad posible la resolución relativa al reconocimiento de un procedimiento extranjero;

4. Lo dispuesto en los artículos 15, 16, 17 y 18 no impedirá que se modifique o revoque el reconocimiento caso de demostrarse la ausencia parcial o total de los motivos por los que se otorgó, o que esos motivos han dejado de existir.

Párrafos 1 a 3

124. La finalidad del artículo 17 es indicar que, si el reconocimiento no es contrario al orden público del Estado promulgante, y si la solicitud cumple con los requisitos enunciados en el artículo, se concederá sin más el reconocimiento.

125. Merece señalarse que, con la salvedad de la excepción de orden público (véase el art. 6), no se ha fijado ningún requisito del reconocimiento que permita que el tribunal que examine la solicitud considere los méritos de la resolución por la que el tribunal extranjero haya abierto el procedimiento de insolvencia o nombrado al representante extranjero. La prontitud con la que el representante extranjero consiga su reconocimiento (y el subsiguiente derecho a invocar los arts. 20, 21, 23 y 24) suele ser esencial para poder proteger los bienes del deudor de cualquier tentativa de dispersión u ocultación. Por ello, el párrafo 3 exige que el tribunal decida sobre la solicitud "a la mayor brevedad posible", por lo que el tribunal deberá estar en condiciones de poder concluir el proceso de reconocimiento con la brevedad requerida.

126. El artículo 17 establece en el párrafo 2 la distinción básica entre procedimiento extranjero "principal" y los procedimientos extranjeros que no merecen esa calificación que depende de la base jurisdiccional del foro extranjero para abrir el procedimiento (véase párr. 75, *supra*). Las medidas dimanantes del reconocimiento pueden depender de la categoría que se atribuya al procedimiento extranjero, por ejemplo el reconocimiento de un procedimiento "principal" conlleva una paralización automática de toda acción individual de los acreedores cuyos efectos recaigan sobre los bienes del deudor (art. 20, incisos *a)* y *b)* del párr. 1) y la "congelación" automática de esos bienes (art. 20, inciso *c)* del párr. 1), con ciertas excepciones mencionadas en el párrafo 2 del artículo 20.

127. No es aconsejable enunciar dos o más criterios para calificar un procedimiento extranjero de "principal" y disponer que cualquiera de ellos puede servir de base para calificar un procedimiento de principal. Tal enfoque "multicriterio" podría ser un semillero de conflictos entre *solicitudes contrapuestas de reconocimiento como procedimiento principal*.

128. Respecto del inciso *b)* del párrafo 2, se observó anteriormente, en el párrafo 73, que la Ley Modelo no tiene previsto el reconocimiento de un procedimiento abierto en un Estado extranjero en el que el deudor tenga bienes pero no disponga de un establecimiento en el sentido del inciso *c)* del artículo 2.

Párrafo 4

129. Toda decisión de reconocer un procedimiento extranjero será normalmente impugnable y revocable, al igual que toda otra decisión judicial. El párrafo 4 aclara que la cuestión de la eventual reconsideración del reconocimiento, por ejemplo, de demostrarse una ausencia total o parcial de motivos para concederla o de haber cesado esos motivos, se regirá por la norma de derecho procesal interno por lo demás aplicable.

130. La modificación o revocación del reconocimiento puede resultar de un cambio de circunstancias subsiguiente al reconocimiento, por ejemplo, si se ha interrumpido el procedimiento extranjero de insolvencia o si ha cambiado de índole (por ejemplo, si un procedimiento de reorganización pasa a ser de liquidación). Pueden producirse, también, nuevos hechos que obliguen a reconsiderar el reconocimiento, por ejemplo, si el representante extranjero ignoró las condiciones impuestas por el tribunal al otorgar ciertas medidas.

131. El reconocimiento podrá ser también reconsiderado si no se han observado al otorgarlo los requisitos procesales necesarios. El derecho procesal interno faculta a veces al tribunal de apelación a reconsiderar los méritos del caso en su totalidad, incluidas las cuestiones de hecho. Lo más conforme con la finalidad de la Ley Modelo, y con la índole de la resolución por la que se otorga el reconocimiento (limitada a verificar si la solicitud cumple con los requisitos del art. 17), sería que se limitara la reconsideración del reconocimiento a la cuestión de verificar si se respetaron, al decidir otorgarlo, los requisitos de los artículos 15 y 16.

Notificación del reconocimiento de un procedimiento extranjero

132. Como se observó anteriormente (párrs. 120 y 121), la Ley Modelo no se ocupa de los aspectos procesales de la obligación de notificar el reconocimiento, sino que los deja al arbitrio de la norma de derecho interno por lo demás aplicable.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 29 a 33, 201 y 202.

A/CN.9/419, párrs. 62 a 69.

A/CN.9/422, párrs. 76 a 93.

A/CN.9/433, párrs. 99 a 104.

A/CN.9/435, párrs. 167 a 173.

Artículo 18. Información subsiguiente

A partir del momento en que se presente la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero informará sin demora al tribunal de:

a) Todo cambio importante en la situación del procedimiento extranjero reconocido o en el nombramiento del representante extranjero; y

b) Todo otro procedimiento extranjero que se siga respecto del mismo deudor y del que tenga conocimiento el representante extranjero.

Inciso a)

133. Es posible que, presentada ya la solicitud de reconocimiento o ya otorgado el reconocimiento, se produzcan cambios en el procedimiento extranjero que pudieran afectar a la decisión de otorgarlo o de otorgar medidas en base al reconocimiento. Por ejemplo, es posible que se interrumpa el procedimiento extranjero o que ese procedimiento se transforme de un procedimiento de liquidación en un procedimiento de reorganización, o que se modifique el mandato o se ponga término al nombramiento del representante extranjero. El inciso *a)* tiene en cuenta que es frecuente que se

produzcan cambios técnicos en la situación del procedimiento o en el mandato del representante extranjero, pero que sólo alguno de esos cambios afectarían a la decisión de otorgar medidas cautelares o de reconocer el procedimiento; la disposición se limita a exigir, por ello, que se informe de todo cambio "importante". El tribunal tendrá particular interés en que se le mantenga informado de todo cambio cuando su decisión se refiera a un "procedimiento de índole provisional" o a un representante extranjero nombrado "a título provisional" (véase artículo 2, incisos *a)* y *d)*).

Inciso b)

134. El párrafo 3 del artículo 15 requiere que toda solicitud de reconocimiento vaya acompañada por una declaración en la que se indiquen debidamente los datos de todos los procedimientos extranjeros relativos al deudor de que tenga conocimiento el representante extranjero. El inciso *b)* extiende ese deber más allá del momento de presentarse la solicitud de reconocimiento. Esa información permitirá al tribunal considerar si procede coordinar las medidas cautelares ya otorgadas con el procedimiento de insolvencia iniciado con posterioridad al reconocimiento (véase el artículo 30).

Examen en la Comisión

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 113 a 116, 201 y 202, 207.

Artículo 19. Medidas otorgables a partir de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. Desde la presentación de una solicitud de reconocimiento hasta que se resuelva esa solicitud, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero y cuando las medidas sean necesarias y urgentes para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, otorgar medidas provisionales, incluidas las siguientes:

a) Paralizar toda medida de ejecución contra los bienes del deudor;

b) Encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona designada por el tribunal, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor que se encuentren en el territorio de este Estado, para proteger y preservar el valor de aquellos que, por su naturaleza o por circunstancias concurrentes, sean perecederos, susceptibles de devaluación, o estén amenazados por cualquier otra causa;

c) Aplicar cualquiera de las medidas previstas en los incisos c), d) y g) del párrafo 1 del artículo 21.

2. [*Insértense las disposiciones (o hágase una remisión a las disposiciones vigentes en el Estado promulgante) relativas a la notificación*].

3. A menos que se prorroguen con arreglo a lo previsto en el inciso *f)* del párrafo 1 del artículo 21, las medidas otorgadas con arreglo al presente artículo quedarán sin efecto cuando se dicte una resolución sobre la solicitud de reconocimiento.

4. El tribunal podrá denegar toda medida prevista en el presente artículo cuando esa medida afecte al desarrollo de un procedimiento extranjero principal.

Párrafo 1

135. El artículo 19 se ocupa de las medidas " necesarias y urgentes" que el tribunal podrá decretar a su arbitrio desde el momento en que se solicite el reconocimiento (a diferencia de las medidas previstas en el art. 21 que quedan al arbitrio del tribunal, pero sólo son otorgables a partir del reconocimiento).

136. El artículo 19 faculta al tribunal para conceder ciertas medidas que sólo suelen ser otorgables en procedimientos de insolvencia colectivos (es decir, del mismo tipo que las otorgables con arreglo al art. 21, a diferencia del tipo de medidas "individuales" que pueden otorgarse antes del comienzo del procedimiento de insolvencia con arreglo al derecho procesal civil (es decir, medidas relativas a determinados bienes identificados por un acreedor). Ahora bien, las medidas colectivas discrecionales previstas en el artículo 19, son algo más restringidas que las previstas en el art. 21.

137. La disponibilidad, aun cuando en forma limitada, de estas medidas colectivas, está motivada por la posibilidad de que sea necesario adoptar medidas colectivas urgentes antes de que se decida sobre el reconocimiento a fin de proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores. De excluirse esas medidas colectivas, peligraría este objetivo. Ahora bien, el reconocimiento no ha sido aún concedido, por lo que sólo son otorgables medidas provisionales y urgentes. Se alude a la urgencia de las medidas en la apertura del párrafo 1, y en el inciso *a)* del párrafo 1 se limita el efecto de paralización a las medidas de ejecución, mientras que se restringe la medida mencionada en el inciso *b)* del párrafo 1 a los bienes perecederos, susceptibles de devaluación o amenazados por cualquier otra causa. Por lo demás, esas medidas son esencialmente iguales a las previstas en el artículo 21.

Párrafo 2

138. En muchos ordenamientos se ha de dar aviso (ya sea por el administrador de la insolvencia, a instancia del tribunal, o por el propio tribunal) cuando se conceden medidas del tipo mencionado en el artículo 19. El párrafo 2 sería el lugar adecuado para que el Estado promulgante dispusiera lo procedente en materia de notificación.

Párrafo 3

139. Las medidas que se otorguen con arreglo al artículo 19 son provisionales, ya que, a tenor del párrafo 3, esas medidas quedarán sin efecto cuando se dicte una resolución sobre la solicitud de reconocimiento; ahora bien, el tribunal podrá prorrogarlas conforme a lo previsto en el párrafo 1, inciso *f)*, del artículo 21. El tribunal tal vez desee hacerlo para evitar toda discontinuidad temporal entre las medidas dictadas antes y después del reconocimiento.

Párrafo 4

140. El párrafo 4 del artículo 19, al igual que el inciso *a)* del artículo 30, tiene por objetivo garantizar que, de estarse siguiendo un procedimiento extranjero principal, toda medida otorgada al procedimiento no principal deberá ser compatible (o no deberá interferir) con el procedimiento extranjero principal. Para facilitar esa coordinación de las medidas previas al reconocimiento, el párrafo 3 del artículo 15 exige que el representante extranjero que solicite el reconocimiento adjunte a la solicitud de reconocimiento una declaración en la que indique debidamente todo procedimiento extranjero relativo al deudor del que tenga conocimiento.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 34 a 46.

A/CN.9/419, párrs.174 a 177.

A/CN.9/422, párrs. 116, 119, 122 y 123.

A/CN.9/433, párrs. 110 a 114.

A/CN.9/435, párrs. 17 a 23.

Artículo 20. Efectos del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

1. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero que sea un procedimiento principal:

a) Se paralizará la iniciación o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;

b) Se paralizará asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor; y

c) Se suspenderá todo derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes.

2. El alcance, la modificación y la extinción de los efectos de paralización y suspensión de que trata el párrafo 1 del presente artículo estarán supeditados a [*indíquese toda norma de derecho interno relativa a la insolvencia que sea aplicable a las excepciones, las limitaciones, las modificaciones o la extinción referentes a los efectos de paralización y suspensión de que trata el párrafo 1 del presente artículo*].

3. El inciso a) del párrafo 1 del presente artículo no afectará al derecho de iniciar acciones o procedimientos individuales en la medida en que ello sea necesario para preservar un crédito contra el deudor.

4. El párrafo 1 del presente artículo no afectará al derecho de solicitar el inicio de un procedimiento con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] o a presentar créditos en ese procedimiento.

141. Si bien las medidas otorgables con arreglo a los artículos 19 y 21 son discrecionales, los efectos previstos en el artículo 20 no lo son, ya que dimanan automáticamente del reconocimiento del procedimiento extranjero principal. Otra diferencia entre las medidas discrecionales de los artículos 19 y 21 y los efectos dispuestos en el artículo 20 es que las medidas discrecionales podrán ser dictadas en favor del procedimiento principal y de procedimientos no principales, mientras que los efectos automáticos se aplican únicamente al procedimiento principal.

142. Si el derecho interno requiere un mandato judicial adecuado para hacer operativos los efectos del artículo 20, convendría que el Estado promulgante insertara palabras (tal vez al comienzo del párrafo 1) por las que se ordenara al tribunal que emitiera un mandato dando curso a los efectos especificados en los incisos *a)* a *c)* del párrafo, lográndose así la finalidad del artículo.

143. Los efectos automáticos del artículo 20 son necesarios a fin de dar margen para organizar un procedimiento de insolvencia transfronteriza equitativo y ordenado. Ello es lo que justifica que el Estado promulgante (es decir, un Estado en el que la presencia comercial del deudor sea limitada) imponga al deudor insolvente los efectos del

artículo 20, aun cuando el Estado en donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses imponga otras condiciones (tal vez menos severas) para el comienzo de un procedimiento de insolvencia o aun cuando los efectos del procedimiento de insolvencia sean distintos de los efectos del artículo 20 en el Estado promulgante. Este enfoque refleja un principio inspirador básico de la Ley Modelo según el cual el reconocimiento de un procedimiento extranjero por un tribunal que respete su régimen tiene efectos que se consideran necesarios para una dirección equitativa y ordenada del procedimiento de insolvencia transfronteriza. El reconocimiento tiene, por ello, sus propios efectos que no consisten en incorporar los efectos de la ley del foro extranjero al régimen interno de la insolvencia del Estado promulgante. Por si, en un caso dado, el reconocimiento ocasiona resultados contrarios al legítimo interés de alguna parte, incluido el deudor, convendría que el derecho interno del Estado promulgante hubiera previsto medios para proteger esos intereses, conforme se indica en el párrafo 2 del artículo 20 (y se examina más adelante en el párrafo 149).

144. A tenor del inciso a) del artículo 2, los efectos del reconocimiento se extienden también al procedimiento extranjero “de índole provisional”. Ello es así por razón de que, como se explicó en el párrafo 69, no conviene establecer distinción alguna en el trato otorgado a un procedimiento de insolvencia (con tal de que cumpla los requisitos del inciso *a)* del artículo 2) por el mero hecho de que ese procedimiento sea de índole provisional. Si tras su reconocimiento, el procedimiento “provisional” extranjero dejara de tener base suficiente para los efectos automáticos del artículo 20, podrá dejarse sin efecto la paralización automática a tenor de lo que disponga la ley del Estado promulgante y conforme a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 20. (Véase también el artículo 18, que trata de la obligación del representante extranjero de informar al tribunal sin demora de "todo cambio importante en la situación del procedimiento extranjero reconocido o en el nombramiento del representante extranjero".)

145. El inciso *a)* del párrafo 1, al no hacer distinción entre los diversos tipos de acciones individuales, abarca también las entabladas ante un tribunal arbitral. De este modo, el artículo 20 establece un límite imperativo a la eficacia eventual de toda cláusula compromisoria. Se trata de un límite adicional a todo otro límite impuesto por el derecho interno a la autonomía contractual de las partes en materia de arbitraje (por ejemplo, límites en cuanto a la materia arbitrable o en cuanto a la capacidad para concluir una cláusula compromisoria). Esos límites no son contrarios al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales de 1958[q]. Ahora bien, habida cuenta de las particularidades del arbitraje internacional, en particular su independencia relativa del orden jurídico interno del Estado donde se celebre, tal vez no sea siempre posible, en términos prácticos, paralizar automáticamente las actuaciones arbitrales. Por ejemplo, si el arbitraje no se celebra en el Estado promulgante ni tampoco en el Estado donde se celebre el procedimiento principal, será tal vez difícil paralizar el procedimiento arbitral. Por otro lado, el interés de las partes puede ser una razón para que se deje proseguir el procedimiento arbitral, interés previsto en el párrafo 2 y que se deja al arbitrio del derecho interno.

146. El inciso *a)* del párrafo 1 se refiere no sólo a las acciones sino también a los procedimientos “individuales”, a fin de abarcar no sólo las "acciones" entabladas por acreedores ante un tribunal contra el deudor o sus bienes, sino también las medidas de ejecución iniciadas por acreedores al margen del sistema judicial, medidas que, en

---

[q] Ibíd., vol. 330, Nº 4739.

algunos ordenamientos, los acreedores están facultados a tomar en determinadas condiciones. Se agregó el inciso *b)* al párrafo 1 para dejar bien claro que las ejecuciones contra los bienes del deudor están cubiertas por la paralización.

147. La Ley Modelo no se ocupa de las sanciones aplicables a los actos ejecutados en contravención de la suspensión de la transferencia de bienes dimanante del inciso *c)* del artículo 20. Esas sanciones varían de un ordenamiento a otro y pueden incluir sanciones penales, penas civiles y multas, o pueden suponer que los propios actos tal vez sean nulos o anulables. Debe observarse que, desde la perspectiva de los acreedores, la finalidad principal de esas sanciones es facilitar la recuperación para el procedimiento de insolvencia de cualesquiera bienes que hayan sido indebidamente transferidos por el deudor y que, para ese fin, la anulación de esas operaciones es preferible a la imposición de sanciones penales o administrativas al deudor.

Párrafo 2

148. Pese a la índole "automática" o "imperativa" de los efectos previstos en el artículo 20, se dispone expresamente que el alcance de esos efectos dependerá de las excepciones o limitaciones impuestas por el derecho interno del Estado promulgante. Esas excepciones podrán ser , por ejemplo, la ejecución de créditos garantizados, pagos del deudor en el giro normal de su negocio, la presentación de una acción judicial por créditos surgidos tras el inicio del procedimiento de insolvencia (o tras el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal) o el perfeccionamiento de una operación en curso en el mercado financiero.

149. En ocasiones puede ser conveniente que el tribunal ponga fin a los efectos del artículo 20 o los modifique. Las reglas por las que se faculta al tribunal a hacerlo varían de un país a otro. En algunos ordenamientos se faculta a los tribunales a conceder excepciones individuales a instancia de parte interesada y caso de darse las condiciones prescritas por la ley del foro mientras que en otros los tribunales no gozan de dicha facultad, conforme al principio de que en general los tribunales no están facultados para soslayar la aplicación de una regla legal. Si se les da a los tribunales esa facultad, ciertos ordenamientos requerirían que se enunciaran los motivos por los que el tribunal podría modificar o dar por terminados los efectos automáticos del reconocimiento en virtud del párrafo 1 del artículo 20. En vista de ello, el párrafo 2 del artículo 20 dispone que la modificación de los efectos de paralización y suspensión de que se trata en ese artículo estarán supeditados a la norma de derecho interno relativa a la insolvencia.

150. Suele ser conveniente para las personas que puedan resultar perjudicadas por la paralización o suspensión previstas en el párrafo 1 del artículo 20 el que tengan la posibilidad de hacer valer su interés ante el tribunal, que debería, en ese caso, estar facultado para modificar o extinguir esos efectos. Sería congruente con los objetivos de la Ley Modelo que el Estado promulgante enunciara la normativa aplicable a esta cuestión o se remitiera ella.

Párrafo 3

151. La Ley Modelo no se ocupa de si se interrumpe la prescripción de un crédito cuando el demandante no puede entablar un procedimiento individual como resultado del inciso *a)* del párrafo 1 del artículo 20. No sería factible enunciar una regla armonizada al respecto. Ahora bien a fin de proteger a los acreedores de una pérdida eventual de sus créditos a resultas de una paralización dimanante del inciso *a)* del párrafo 1 del artículo 20, se ha añadido el párrafo 3 por el que se permite iniciar

acciones individuales en la medida en que sea necesario para preservar un crédito contra el deudor. Una vez preservado el crédito, la paralización recobra todo su alcance.

152. El párrafo 3 parecerá innecesario en todo Estado en que baste que el acreedor presente al deudor una reclamación de pago o de cumplimento o que se decrete una paralización como la prevista en el párrafo 1) *a)* para que se interrumpa dicha prescripción. Pero el párrafo 3 puede ser útil incluso en esos Estados, por ser posible que lo relativo a la interrupción del plazo de prescripción se rija, en virtud de alguna regla de conflictos de leyes, por el derecho interno de otro Estado; ese párrafo daría además a los acreedores extranjeros la seguridad de que sus créditos no se verían perjudicados a resultas de esa paralización.

Párrafo 4

153. El párrafo 4 se limita a aclarar que esa paralización o suspensión automática, a resultas del artículo 20, no impedirá que toda persona interesada, ya sea representante o acreedor extranjero, solicite el inicio de un procedimiento de insolvencia, o participe en dicho proceso. En los artículos 11 a 13 se regula en términos generales el derecho a solicitar la apertura de un procedimiento local de insolvencia y el derecho a participar en dicho proceso, mientras que el artículo 29 se ocupa de la coordinación de los procedimientos extranjeros y del procedimiento local, caso de iniciarse éste.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 47 a 60.

A/CN.9/419, párrs. 137 a 143.

A/CN.9/422, párrs. 94 a 110.

A/CN.9/433, párrs. 115 a 126.

A/CN.9/435, párrs. 24 a 48.

Artículo 21. Medidas otorgables a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero, ya sea principal o no principal, de ser necesario para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero, otorgar toda medida apropiada, incluidas las siguientes:

a) Paralizar la iniciación o la continuación de acciones o procedimientos individuales relativos a los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor, en cuanto no se hayan paralizado con arreglo al inciso *a)* del párrafo 1 del artículo 20;

b) Paralizar asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor, en cuanto no se haya paralizado con arreglo al inciso *b)* del párrafo 1 del artículo 20;

c) Suspender el ejercicio del derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de esos bienes de algún otro modo, en cuanto no se haya suspendido ese derecho con arreglo al artículo 20;

d) Disponer el examen de testigos, la presentación de pruebas o el suministro de información respecto de los bienes, negocios, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;

Artículo 21 (*continuación*)

e) Encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona nombrada por el tribunal, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor, que se encuentren en el territorio de este Estado;

f) Prorrogar toda medida cautelar otorgada con arreglo al párrafo 1 del artículo 19;

g) Conceder cualquier otra medida que, conforme a la legislación de este Estado, sea otorgable a [*indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar una reorganización o una liquidación con arreglo al derecho interno*].

2. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, principal o no principal, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero, encomendar al representante extranjero, o a otra persona nombrada por el tribunal, la distribución de todos o de parte de los bienes del deudor que se encuentren en el territorio de este Estado, siempre que el tribunal se asegure de que los intereses de los acreedores en este Estado están suficientemente protegidos.

3. Al otorgar medidas con arreglo a este artículo al representante de un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que las medidas atañen a bienes que, con arreglo al derecho de este Estado, hayan de ser administrados en el marco del procedimiento extranjero no principal o que atañen a información requerida en ese procedimiento extranjero no principal.

154. Las medidas otorgables a tenor del artículo 21 a partir del reconocimiento son discrecionales, al igual que las otorgables con anterioridad al mismo, con arreglo al artículo 19. En el artículo 21, párrafo 1, se enuncian las medidas típicas o habituales de un procedimiento de insolvencia , pero esa lista no es exhaustiva, por lo que no limita la discrecionalidad del tribunal para otorgar cualquier otra medida de que disponga con arreglo a la ley del foro y que sea necesaria en las circunstancias del caso.

155. La explicación dada respecto del empleo, en el artículo 20, inciso *a)* de su párrafo 1, de los términos "acciones individuales" y "procedimientos individuales" es igualmente aplicable al artículo 21, inciso *a)* de su párrafo 1, así como lo relativo a la inclusión bajo esa regla de las medidas de ejecución (véanse los párrs. 145 a 146).

156. La índole discrecional de las medidas permite que el tribunal las adapte al caso considerado, adaptabilidad que se ve reforzada por el artículo 22, párrafo 2, que permite supeditar las medidas otorgadas a las condiciones que juzgue convenientes.

Párrafo 2

157. La "entrega" de bienes al representante extranjero, o a otra persona, contemplada en el párrafo 2, es discrecional. Debe mencionarse que la Ley Modelo contiene varias salvaguardias, destinadas a proteger los intereses locales antes de que se proceda a la entrega de bienes al representante extranjero. Cabe citar al respecto la proclamación general en el artículo 21, párrafo 1, del principio de amparo de los intereses locales, la salvedad enunciada en el artículo 21, párrafo 2, de que el tribunal no autorice la entrega de bienes sin haberse asegurado de que los intereses de los acreedores locales están protegidos, y la regla del el artículo 22, párrafo 2, que permite que el tribunal supedite las medidas otorgadas a las condiciones que estime apropiadas.

Párrafo 3

158. Un factor importante para la adaptación de las medidas otorgadas será la índole principal o no principal del procedimiento extranjero. Se ha de tener presente que los intereses y la autoridad del representante de un procedimiento extranjero no principal son típicamente menores que los del representante de un procedimiento extranjero principal, que procurará normalmente obtener el control de todos los bienes del deudor insolvente. El párrafo 3 recoge esa idea al disponer que: *a)* las medidas otorgadas a un procedimiento extranjero no principal habrán de estar limitadas a bienes que deban administrarse en ese procedimiento extranjero no principal; y *b)* de solicitarse información sobre los bienes o negocios del deudor, las medidas otorgadas habrán de concernir información requerida en ese procedimiento. La finalidad es prevenir al tribunal de que las medidas otorgadas a un procedimiento extranjero no principal no deben dar al representante extranjero facultades demasiado amplias, y de que esas medidas no deben interferir con la administración de otros procedimientos de insolvencia, ni menos aún con la del procedimiento principal.

159. La salvedad "con arreglo al derecho de este Estado" recoge el principio inspirador de la Ley Modelo de que el reconocimiento de un procedimiento extranjero no significa que se extiendan los efectos prescritos para ese procedimiento por la ley de un Estado extranjero. De hecho ese reconocimiento supone, por el contrario, que se le adscribirán al procedimiento extranjero reconocido los efectos prescritos por el derecho interno del Estado promulgante.

160. La idea que subyace en el párrafo 3 del artículo 21 subyace igualmente en el párrafo 4 del artículo 19 (medidas previas al reconocimiento), en el apartado *c)* del artículo 29 (coordinación de un procedimiento extranjero con un procedimiento local) y en el artículo 30 (coordinación de dos o más procedimientos extranjeros).

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 61 a 73.

A/CN.9/419, párrs. 148 a 152, 154 a 166.

A/CN.9/422, párrs. 111 a 113.

A/CN.9/433, párrs. 127 a 134, 138 y 139.

A/CN.9/435, párrs. 49 a 61.

Artículo 22. Protección de los acreedores y de otras personas interesadas

1. Al conceder o denegar una medida con arreglo a los artículos 19 ó 21 o al modificar o dejar sin efecto esa medida con arreglo al párrafo 3 del presente artículo, el tribunal deberá asegurarse de que quedan debidamente protegidos los intereses de los acreedores y de otras personas interesadas, incluido el deudor.

2. El tribunal podrá supeditar toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 ó 21 a las condiciones que juzgue convenientes.

3. A instancia del representante extranjero o de toda persona afectada por alguna medida otorgada con arreglo a los artículos 19 ó 21, o de oficio, el tribunal podrá modificar o dejar sin efecto la medida impugnada.

161. La idea que subyace al artículo 22 es la necesidad de que haya cierto equilibrio entre las medidas otorgables al representante extranjero y los intereses de las personas que puedan verse afectadas por esas medidas. Este equilibrio es esencial para el equilibrio del régimen de la insolvencia transfronteriza.

162. La referencia del párrafo 1 a los intereses de los acreedores, del deudor y de otras personas interesadas proporciona un criterio valioso al tribunal para el ejercicio de sus facultades a tenor de los artículos 19 o 21. A fin de que el tribunal pueda dosificar mejor esas medidas, se autoriza al tribunal a supeditar esas medidas a ciertas condiciones (párr. 2) y a modificar o dejar sin efecto la medida otorgada (párr. 3). El párrafo 3 legitima además expresamente a las partes que puedan verse afectadas por las consecuencias de los artículos 19 y 20 para solicitar al tribunal que modifique o deje sin efecto esas consecuencias. Por lo demás, se ha previsto que el artículo funcione en el marco del derecho procesal de la ley del foro.

163. Muy a menudo los acreedores afectados serán los "locales". No obstante, no es aconsejable que, al promulgar el artículo 22, se intente limitar su efecto a los acreedores locales. Toda referencia expresa a los acreedores locales haría necesaria un definición de esos acreedores. Toda tentativa de formular esa definición (y de enunciar criterios para otorgar un trato especial a determinada categoría de acreedores) mostraría no sólo la dificultad de esa tarea sino que revelaría también la ausencia de todo fundamento para establecer distinciones entre los acreedores en función de su nacionalidad o la ubicación de su establecimiento.

164. La protección de todas las personas interesadas está vinculada al régimen interno en materia de requisitos de notificación; tal vez se trate de requisitos generales de publicidad, para informar a toda persona potencialmente interesada (por ejemplo, acreedores locales o los agentes locales de un deudor) de que se ha reconocido un procedimiento extranjero, o del requisito de una notificación individual que el tribunal, con arreglo a sus propias reglas procesales, ha de dar a las personas que serían directamente afectadas por el reconocimiento o la medida otorgada por el tribunal. La normativa interna difiere de un país a otro en cuanto a la forma, el tiempo y el contenido de la notificación que ha de darse del reconocimiento de un procedimiento extranjero, y la Ley Modelo no trata de modificar esa normativa (véase también el párr. 132, *supra*).

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 82 a 93.

A/CN.9/422, párr. 113.

A/CN.9/433, párrs. 140 a 146.

A/CN.9/435, párrs. 72 a 78.

Artículo 23. Acciones de impugnación de actos perjudiciales para los acreedores

1. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero estará legitimado para entablar [*indíquese los tipos de acciones que, para anular o de otro modo dejar sin efecto todo acto perjudicial para los acreedores, pueda entablar en este Estado una persona o un órgano que esté administrando una reorganización o una liquidación*].

2. Cuando el procedimiento extranjero sea un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que la acción afecta a bienes que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en el marco del procedimiento extranjero no principal.

165. Con arreglo al derecho interno, tanto los acreedores individuales como los administradores de la insolvencia tienen derecho a entablar acciones para anular o de otro modo dejar sin efecto los actos que pudieran ser perjudiciales para los acreedores. Ese derecho, en la medida que pertenece a deudores individuales, no suele regirse por el derecho de la insolvencia sino por disposiciones de derecho general (como las del Código Civil); este derecho no está necesariamente vinculado a la existencia de un procedimiento de insolvencia contra el deudor, de modo que esa acción puede haber sido entablada con anterioridad al inicio de ese procedimiento. El titular de ese derecho será, por lo general, un mero acreedor afectado y no otra persona como el administrador de la insolvencia. Además, las condiciones para esas acciones individuales son distintas de las aplicables a acciones similares que pudieran ser entabladas por un administrador de la insolvencia. Cabe observar que la legitimación procesal conferida por el artículo 23 se extiende únicamente a las acciones de que dispone el administrador local de la insolvencia en el marco de un procedimiento de insolvencia y que este artículo no equipara al administrador extranjero con los acreedores individuales que puedan gozar de derechos similares en diferentes condiciones. Esas acciones de los acreedores individuales caen fuera del alcance del artículo 23.

166. La Ley Modelo dispone expresamente que un representante extranjero estará "legitimado" (noción también conocida por "legitimación activa", "legitimación procesal activa", o "legitimación") para entablar acciones destinadas a anular o dejar por algún otro concepto sin efecto todo acto jurídico ejecutado en perjuicio de los acreedores. La disposición ha sido redactada en términos restrictivos ya que no crea ningún derecho sustantivo respecto de esas acciones ni proporciona tampoco ninguna solución de conflicto de leyes. El efecto de esta disposición consiste en que no se impedirá que un representante extranjero entable esas acciones por el solo hecho de que no sea el administrador de la insolvencia nombrado en el Estado promulgante.

167. El otorgar legitimidad procesal al representante extranjero para entablar esas acciones no está exento de dificultades. Es posible, en particular, que no se vea con buenos ojos esas acciones por su potencial para crear incertidumbre acerca de operaciones ya concluidas o cumplidas. Ahora bien, dado que el derecho de iniciar esas acciones es esencial para proteger la integridad de los bienes del deudor y es a menudo la única manera realista de asegurar esa protección, se ha considerado importante disponer que no se deniegue ese derecho a un representante extranjero por el solo motivo de que su nombramiento no sea local.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 210 a 216.

A/CN.9/433, párr. 134.

A/CN.9/435, párrs. 62 a 66.

Artículo 24. Intervención de un representante extranjero en procedimientos que se sigan en este Estado

Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero podrá intervenir, conforme a las condiciones prescritas por el derecho interno de este Estado, en todo procedimiento en el que el deudor sea parte.

168. La finalidad de este artículo es evitar que se niegue legitimidad al representante extranjero para "intervenir" en un procedimiento meramente por que la ley procesal del foro tal vez no haya contemplado al representante extranjero entre las personas legitimadas para ello. La regla enunciada en este artículo es aplicable a representantes de procedimientos tanto principales como no principales.

169. La palabra "intervenir" se utiliza en el contexto del artículo 24 para referirse al caso de que un representante extranjero comparezca ante el tribunal para declarar en un procedimiento, ya sea individual o de otra índole (incluido el procedimiento extrajudicial), iniciado por el deudor contra un tercero, o en un procedimiento iniciado por un tercero contra el deudor. Los procedimientos en los que el representante extranjero podrá intervenir serán sólo aquellos que no hayan sido paralizados conforme a lo previsto en el artículo 20, párrafo 1, inciso *a)* o en el artículo 21, párrafo 1, inciso *a)*.

170. El artículo 24, que sólo se ocupa de la legitimación procesal, dispone claramente (al decir, "conforme a las condiciones prescritas por el derecho interno") que siguen intactos los demás requisitos de la ley del foro para que una persona pueda intervenir.

171. El derecho procesal interno prevé siempre, o casi siempre, supuestos en los que una parte (en este artículo, sería el representante extranjero), que demuestre tener algún interés en el resultado de un litigio entre dos otras partes, podrá ser autorizada para intervenir en el procedimiento. El derecho procesal interno describe esa situación con diversos términos, entre los que predomina el de "intervención". Si en el derecho interno se utiliza algún otro término para expresar ese concepto, podrá utilizarse ese otro término al incorporar la regla del artículo 24.

172. Cabe señalar que el término "participar" tal como se utiliza en el artículo 12 contempla el caso en que el representante extranjero presenta sus argumentos en un procedimiento de insolvencia colectivo (véase párr. 102, *supra*), mientras que el término "intervenir" empleado en el artículo 24 abarca asimismo el caso en que el representante extranjero participa en una acción individual presentada por o contra el deudor.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 117 a 123.

A/CN.9/422, párrs. 148 y 149.

A/CN.9/433, párrs. 51 y 58 .

A/CN.9/435, párrs. 79 a 84.

F. Capítulo IV. Cooperación con tribunales y representantes extranjeros

173. El capítulo IV (arts. 25 a 27) relativo a la cooperación transfronteriza es un elemento clave de la Ley Modelo. Su objetivo es permitir que los tribunales y administradores de la insolvencia de dos o más países sean eficaces y optimicen sus resultados. La cooperación descrita en el presente capítulo suele ser la única vía realista para impedir, por ejemplo, la dispersión de los bienes, para optimizar el valor de los bienes (por ejemplo, cuando el equipo de producción situado en dos o más países vale más caso de venderse junto que por separado), o para encontrar la mejor solución para reorganizar la empresa.

174. Los artículos 25 y 26 no sólo autorizan la cooperación transfronteriza, sino que la imponen al disponer que el tribunal y el administrador de la insolvencia deberán "cooperar en la medida de lo posible". Estos artículos tienen por objeto remediar el difundido problema de países cuyo derecho interno carece de una normativa que sirva de base jurídica para la cooperación entre los tribunales locales y los tribunales extranjeros en asuntos de insolvencia transfronteriza. La promulgación de dicha base jurídica será particularmente útil para los ordenamientos en los que el tribunal goce de escasa discrecionalidad fuera de los supuestos en los la ley se la reconozca expresamente. Ahora bien, incluso en ordenamientos en donde los tribunales gozan de cierto margen de discrecionalidad, se ha comprobado la utilidad de disponer de un marco legislativo para esa cooperación.

175. En la medida en que la cooperación judicial transfronteriza esté basada en el Estado promulgante en el principio de la cortesía internacional, la promulgación de los artículos 25 a 27 ofrece la oportunidad de concretar mejor este principio y de adaptarlo a las circunstancias propias de la insolvencia transfronteriza.

176. En Estados en los que la base jurídica de la cooperación internacional no sea el principio de la "cortesía", sino un acuerdo internacional (por ejemplo, un tratado bilateral o multilateral o un canje de notas entre las autoridades cooperantes) basado en el principio de la reciprocidad, el capítulo IV de la Ley Modelo puede servir de modelo para la elaboración de esos acuerdos.

177. Los artículos del capítulo IV dejan que sea el tribunal competente y, bajo su supervisión, el administrador de la insolvencia los que decidan determinadas cuestiones y, en particular, el momento y la forma de la cooperación. La Ley Modelo no supedita la cooperación de un tribunal local (o de la persona o del órgano mencionados en los arts. 25 y 26) con un tribunal o un representante extranjero a una resolución formal de reconocimiento del procedimiento extranjero.

178. La importancia de que el tribunal local goce de cierto margen de discrecionalidad y flexibilidad para cooperar con el tribunal o con el representante extranjero fue subrayada por el segundo Coloquio judicial multinacional CNUDMI/INSOL relativo a la insolvencia transfronteriza. En ese Coloquio se informó sobre cierto número de casos de cooperación, por los magistrados que intervinieron en ellos. De esos informes cabe deducir los puntos siguientes: *a)* los tribunales deben poder comunicar entre sí, pero con las salvaguardias debidas que protejan los derechos sustantivos y procesales de las partes; *b)* esa comunicación no debe ser oculta, sino, salvo en situaciones extremas, en presencia de las partes interesadas, a las que se deberá notificar por adelantado; *c)* se pueden intercambiar diversas comunicaciones como, por ejemplo, resoluciones o mandatos formales de los tribunales, escritos oficiosos o informativos, preguntas y observaciones, y relaciones escritas de las actuaciones; *d)* entre los medios de

comunicación utilizables cabe citar, por ejemplo, el teléfono, el fax, el correo electrónico y el vídeo; y *e)* de ser necesaria y de ser sabiamente utilizada, la comunicación puede reportar considerables beneficios a las personas interesadas o afectadas por la insolvencia transfronteriza.

Artículo 25. Cooperación y comunicación directa entre un tribunal de este Estado y los tribunales o representantes extranjeros

1. En los asuntos indicados en el artículo 1, el tribunal deberá cooperar en la medida de lo posible con los tribunales extranjeros o los representantes extranjeros, ya sea directamente o por conducto de [*indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro*].

2. El tribunal estará facultado para ponerse en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros o para recabar información o asistencia directa de los mismos.

179. La habilitación de un tribunal, con la oportuna participación de las partes, para comunicar "directamente" y para solicitar información y asistencia "directamente" del tribunal o del representante extranjero trata de evitar que se haya de recurrir a ciertas vías tradicionales demasiado lentas, como sería la carta rogatoria. Esa habilitación es esencial si el tribunal juzga que ha de actuar con celeridad. A fin de recalcar el carácter flexible y potencialmente urgente de la cooperación requerida, tal vez convendría que el Estado promulgante incluyera en el texto que promulgara una disposición que habilitara expresamente al tribunal para prescindir de ciertas formalidades, contrarias al espíritu de esta disposición (por ejemplo, el recurso a un tribunal superior, la carta rogatoria, la vía diplomática o consular), al comunicar, conforme a lo previsto en el artículo 25, con un tribunal o representante extranjero.

Artículo 26. Cooperación y comunicación directa entre [indíquese la denominación de la persona o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro] *y los tribunales o representantes extranjeros*

1. En los asuntos indicados en el artículo 1, ... [*indíquese la denominación de la persona o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro*] deberá cooperar, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, con los tribunales y representantes extranjeros.

2. ... [*indíquese la denominación de la persona o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro*] estará facultado(a), en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, para ponerse en comunicación directa con los tribunales o los representantes extranjeros.

180. El artículo 26 sobre cooperación internacional entre las personas que hayan sido designadas para administrar los bienes de deudores insolventes es un reflejo de la función importante que esas personas pueden desempeñar en la estructuración y puesta en práctica de arreglos de cooperación, sin salirse del marco de su mandato. El artículo dispone claramente que el administrador actúa bajo la supervisión global del tribunal competente (al decir "en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal"). La Ley Modelo no modifica lo ya dispuesto por el derecho de la insolvencia

de la ley del foro sobre la función supervisora del tribunal sobre las actividades del administrador de la insolvencia. Por lo general, cabe decir que un cierto margen de discrecionalidad y de iniciativa por parte del administrador, dentro de los límites generales de la supervisión general, es el fundamento mismo de una cooperación práctica; conviene, por tanto, que el Estado promulgante no modifique esto al incorporar la Ley Modelo al derecho interno. En particular, conviene no sugerir la necesidad de una autorización explícita para cada comunicación entre el administrador y un órgano extranjero.

Artículo 27. Formas de cooperación

La cooperación de la que se trata en los artículos 25 y 26 podrá ser puesta en práctica por cualquier medio apropiado, y en particular mediante:

a) El nombramiento de una persona o de un órgano para que actúe bajo dirección del tribunal;

b) La comunicación de información por cualquier medio que el tribunal considere oportuno;

c) La coordinación de la administración y la supervisión de los bienes y negocios del deudor;

d) La aprobación o la aplicación por los tribunales de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos;

e) La coordinación de los procedimientos que se estén siguiendo simultáneamente respecto de un mismo deudor;

f) [*El Estado que incorpore el nuevo régimen tal vez desee indicar otras formas o ejemplos de cooperación*].

181. Se sugiere que el Estado promulgante se sirva del artículo 27 para facilitar a los tribunales una lista indicativa de las formas de cooperación autorizadas por los artículos 25 y 26. Esa lista podría ser particularmente útil en Estados que no tengan demasiada tradición de cooperación transfronteriza directa entre los tribunales, y en Estados que tradicionalmente limitan la discrecionalidad de los tribunales. Ninguna lista deberá ser exhaustiva, pues se correría sin querer el riesgo de excluir alguna forma apropiada de cooperación.

182. Las actividades de cooperación estarían sujetas a toda norma de derecho imperativo de la ley del foro; por ejemplo, caso de solicitarse información, sería aplicable toda regla que limite la comunicación de información (por razones, por ejemplo, de protección de la intimidad).

183. El inciso *f)* del artículo 27 ofrece al Estado promulgante la posibilidad de incluir otras formas de cooperación, por ejemplo, la suspensión o la cesación del procedimiento iniciado en ese Estado.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 124 a 129.
A/CN.9/419, párrs. 75 y 76, 80 a 83 y 118 a 133.
A/CN.9/422, párrs. 129 a 143.
A/CN.9/433, párrs. 164 a 172.
A/CN.9/435, párrs. 85 a 94.

G. Capítulo V. Procedimientos paralelos

Artículo 28. Apertura de un procedimiento con arreglo a [identifíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] *tras el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal*

Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, sólo se podrá iniciar un procedimiento con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] cuando el deudor tenga bienes en este Estado y los efectos de este procedimiento se limitarán a los bienes del deudor que se encuentren en este Estado y, en la medida requerida para la puesta en práctica de la cooperación y coordinación previstas en los artículos 25, 26 y 27, a otros bienes del deudor que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en este procedimiento.

184. El artículo 28 dispone, juntamente con el artículo 29, que el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal no impedirá que se abra un procedimiento de insolvencia local relativo al mismo deudor con tal de que el deudor tenga bienes en el Estado del foro.

185. El criterio adoptado en el artículo 28 es básicamente igual al que se sigue en diversos Estados. Ahora bien, en algunos Estados no basta la mera presencia de bienes en su territorio para que el tribunal sea competente para abrir un procedimiento de insolvencia local. Para ello es además necesario que el deudor desarrolle alguna actividad económica en ese Estado (conforme a la terminología de la Ley Modelo, el deudor deberá tener en ese Estado un "establecimiento", en el sentido del inciso *f)* del artículo 2). El artículo 28 opta por la solución menos restrictiva en un contexto en el que el deudor es ya objeto de un procedimiento extranjero principal. Si bien esta solución da amplio margen para que se abra un procedimiento local, tras el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, deja bien claro que, si el deudor no posee bienes en ese Estado, el tribunal no será competente para abrir un procedimiento de insolvencia.

186. No obstante, es posible que el Estado promulgante desee adoptar la solución más restrictiva de que sólo se podrá abrir un procedimiento de insolvencia cuando el deudor tenga un "establecimiento" en el territorio del Estado. Esa opción puede justificarse aduciendo que, cuando los bienes sitos en el territorio de un Estado no forman parte de un establecimiento, la apertura de un procedimiento local no será la forma más eficaz de proteger a los acreedores, ni siquiera a los acreedores locales. Calculando con el debido cuidado las medidas a otorgar al procedimiento extranjero principal y cooperando con el tribunal extranjero y el representante extranjero, el tribunal del Estado promulgante tendrá oportunidades suficientes para asegurar que los bienes sitos en el territorio de su jurisdicción serán administrados de tal modo que queden salvaguardados los intereses locales. Por ello, el Estado promulgante respetaría plenamente el espíritu de la Ley Modelo si sustituyera las palabras "sólo ... cuando el deudor tenga bienes en este Estado", que aparecen en el artículo 28, por "sólo ... cuando el deudor tenga un establecimiento en este Estado".

187. De ordinario, un procedimiento local del tipo previsto en el presente artículo estaría limitado a los bienes sitos en el territorio del Estado. Ahora bien, en algunas situaciones una administración de la insolvencia local carecería de sentido si no abarcara ciertos bienes en el extranjero, especialmente caso de no haber o no ser necesario un procedimiento en el Estado donde estén sitos esos bienes (por ejemplo, cuando el establecimiento local tenga una planta en funcionamiento en un país extranjero, en

donde sea posible vender bienes del deudor sitos en el Estado promulgante y bienes sitos en el extranjero "como parte del giro normal del negocio" del deudor; o cuando se hayan transferido bienes fraudulentamente al extranjero a partir del propio territorio). A fin de dar margen para esa extensión limitada del alcance transfronterizo del procedimiento local, se han insertado en el artículo las palabras "y, ... , a otros bienes del deudor que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en este procedimiento". El artículo enuncia dos restricciones a la extensión eventual de los efectos de un procedimiento local: en primer lugar, "en la medida requerida para la puesta en práctica de la cooperación y coordinación previstas en los artículos 25, 26 y 27", y, en segundo lugar, "con arreglo al derecho interno [de este Estado]". Con esas restricciones se evita facultar al tribunal para extender sin límites los efectos del procedimiento local a los bienes del deudor sitos en el extranjero, lo que crearía incertidumbre sobre el ámbito de aplicación de esta disposición y podría suscitar conflictos de jurisdicción.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 94 a 101.

A/CN.9/422, párrs. 192 a 197.

A/CN.9/433, párrs. 173 a 181.

A/CN.9/422, párrs. 180 a 183.

Artículo 29. Coordinación de un procedimiento seguido con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] *y un procedimiento extranjero*

Cuando se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un procedimiento con arreglo a [*indíquese la norma de la ley del foro relativa a la insolvencia*], el tribunal procurará colaborar y coordinar sus actuaciones con las del otro procedimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 27, en los términos siguientes:

a) Cuando el procedimiento seguido en este Estado esté en curso en el momento de presentarse la solicitud de reconocimiento del procedimiento extranjero:

i) toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 ó 21 deberá ser compatible con el procedimiento seguido en este Estado; y

ii) de reconocerse el procedimiento extranjero en este Estado como procedimiento extranjero principal, el artículo 20 no será aplicable;

b) Cuando el procedimiento seguido en este Estado se inicie tras el reconocimiento, o una vez presentada la solicitud de reconocimiento, del procedimiento extranjero:

i) toda medida que estuviera en vigor con arreglo a los artículos 19 ó 21 será reexaminada por el tribunal y modificada o revocada caso de ser incompatible con el procedimiento en este Estado; y

ii) de haberse reconocido el procedimiento extranjero como procedimiento extranjero principal, la paralización o suspensión de que se trata en el párrafo 1 del artículo 20 será modificada o revocada con arreglo al párrafo 2 del artículo 20 caso de ser incompatible con el procedimiento abierto en este Estado;

Artículo 29 (*continuación*)

c) Al conceder, prorrogar o modificar una medida otorgada a un representante de un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que esa medida afecta a bienes que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en el procedimiento extranjero no principal o concierne a información requerida para ese procedimiento.

188. El artículo 29 da orientación al tribunal que haya de entender de casos en los que el deudor sea objeto de un procedimiento extranjero y de un procedimiento local al mismo tiempo. Las palabras de apertura del artículo indican al tribunal que deberá procurar en todo momento que reine la colaboración y coordinación previstas en el capítulo IV (arts. 25 a 27) de la Ley Modelo.

189. El principio inspirador del artículo 29 es que la apertura de un procedimiento local ni impide ni rescinde el reconocimiento de un procedimiento extranjero. Este principio es esencial para el logro de los objetivos de la Ley Modelo al facultar al tribunal local para otorgar, en cualquier circunstancia, medidas en favor del procedimiento extranjero.

190. Ahora bien, el artículo consagra la preeminencia del procedimiento local sobre el procedimiento extranjero y lo hace de la siguiente manera: primero, toda medida que se conceda al procedimiento extranjero deberá ser compatible con el procedimiento local (artículo 29, inciso *a)* i)); segundo, toda medida ya otorgada al procedimiento extranjero deberá ser reexaminada y modificada o revocada, caso de ser incompatible con el procedimiento local (artículo 29, inciso *b)* i)); tercero, de ser el procedimiento extranjero un procedimiento principal, los efectos automáticos dimanantes del artículo 20 deberán ser modificados o revocados si son incompatibles con el procedimiento local (no se revocan automáticamente esos efectos automáticos, ya que el tribunal tal vez los juzgue ventajosos y desee mantenerlos) (artículo 29, inciso *b)* ii)); y cuarto, cuando esté en curso un procedimiento local en el momento de reconocerse un procedimiento extranjero como procedimiento principal, el procedimiento extranjero no gozará de los efectos automáticos del artículo 20 (artículo 29, inciso *a)* ii)). En el artículo 29 se evita establecer una jerarquía rígida entre los procedimientos, ya que ello obstaculizaría sin necesidad la libertad del tribunal para cooperar y actuar a su discreción con arreglo a los artículos 19 y 21. Se recomienda no restringir la libertad de acción del tribunal al incorporar este artículo al derecho interno.

191. En su inciso *c)*, el artículo 29 incorpora el principio de que las medidas otorgadas a un procedimiento extranjero no principal deben limitarse a los bienes que deban ser administrados en ese procedimiento no principal o deben concernir a información requerida para ese procedimiento. Este principio se enuncia en el párrafo 3 del artículo 21 (que trata en términos generales del tipo de medidas otorgables a un representante extranjero) y se reitera en el presente artículo (que trata de la coordinación de procedimientos locales y extranjeros). El párrafo 4 del artículo 19 (sobre medidas previas al reconocimiento) y el artículo 30 (sobre coordinación de más de un procedimiento extranjero) se inspiran en este mismo principio (véanse también las observaciones del anterior párr. 140).

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 106 a 110.

A/CN.9/435, párrs. 190 y 191.

Artículo 30. Coordinación de varios procedimientos extranjeros

En los casos contemplados en el artículo 1, cuando se siga más de un procedimiento extranjero respecto de un mismo deudor, el tribunal procurará que haya cooperación y coordinación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 27, y serán aplicables las siguientes reglas:

a) Toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 ó 21 a un representante de un procedimiento extranjero no principal, una vez reconocido un procedimiento extranjero principal, deberá ser compatible con este último;

b) Cuando un procedimiento extranjero principal sea reconocido tras el reconocimiento o una vez presentada la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero no principal, toda medida que estuviera en vigor con arreglo a los artículos 19 ó 21 deberá ser reexaminada por el tribunal y modificada o dejada sin efecto caso de ser incompatible con el procedimiento extranjero principal;

c) Cuando, una vez reconocido un procedimiento extranjero no principal, se otorgue reconocimiento a otro procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá conceder, modificar o dejar sin efecto toda medida que proceda para facilitar la coordinación de los procedimientos.

192. El artículo 30 trata del caso de que se hayan abierto procedimientos de insolvencia al deudor en más de un Estado extranjero y representantes de más de un procedimiento extranjero soliciten ser reconocidos o la adopción de medidas en el Estado promulgante. Este artículo será aplicable se esté siguiendo o no un procedimiento en el Estado promulgante, pero si, además de esos dos o más procedimientos extranjeros, se ha abierto un procedimiento local al deudor, el tribunal se guiará asimismo por lo dispuesto en el artículo 29.

193. La finalidad del artículo 30 es similar a la del artículo 29, ya que lo esencial en todo supuesto de procedimientos paralelos es promover la cooperación, la coordinación y la compatibilidad entre las medidas otorgadas a los diversos procedimientos. Esa compatibilidad se conseguirá procurando otorgar a cada procedimiento las medidas que mejor le correspondan, o modificando o revocando medidas ya otorgadas. A diferencia del artículo 29 (que, por principio, da primacía al procedimiento local), el artículo 30 da primacía al procedimiento extranjero principal, caso de haber uno. Caso de estarse siguiendo más de un procedimiento extranjero no principal, esta disposición no da preferencia en principio a ninguno de ellos. La prelación del procedimiento extranjero principal puede verse reflejada en el requisito de que toda medida otorgada a un procedimiento extranjero no principal (esté ya otorgada o por otorgar) habrá de ser compatible con el procedimiento extranjero principal (artículo 30, incisos *a)* y *b)*).

Examen en la Comisión

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 111 y 112.

Artículo 31. Presunción de insolvencia basada en el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

Salvo prueba en contrario, el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal constituirá prueba válida de que el deudor es insolvente a los efectos de la apertura de un procedimiento con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*].

194. En algunos ordenamientos se ha de probar que el deudor es insolvente para poder iniciar un procedimiento de insolvencia. En otros se pueden iniciar procedimientos de insolvencia caso de darse determinadas circunstancias prescritas por la ley que no significan necesariamente que el deudor sea insolvente; cabe citar, por ejemplo, la suspensión de pagos del deudor o ciertos actos del deudor, como una decisión que concierna a la empresa, la dispersión de sus bienes o el abandono de su establecimiento.

195. En los ordenamientos en los que la insolvencia sea una condición para iniciar un procedimiento de insolvencia, el artículo 31 establece, al reconocerse un procedimiento extranjero principal, una presunción *juris tantum* de insolvencia del deudor para los fines de iniciar un procedimiento en el Estado promulgante. No se da esta presunción si el procedimiento extranjero es un procedimiento no principal, ya que un procedimiento de insolvencia comenzado en un Estado que no sea el centro de los principales intereses del deudor no significa necesariamente que el deudor haya de ser sometido al régimen propio de la insolvencia en otros Estados.

196. Cuando el derecho interno no requiera prueba de la insolvencia del deudor para poder dar inicio a un procedimiento de insolvencia, es posible que la presunción que establece el artículo 31 carezca de utilidad práctica, por lo que tal vez el Estado promulgante decida no incorporarla al derecho interno.

197. La regla enunciada en este artículo será de gran importancia cuando la prueba de la insolvencia requerida para la apertura de un procedimiento de insolvencia sea un ejercicio lento y de escaso interés real, habida cuenta de que el deudor es ya objeto de un procedimiento de insolvencia en el país donde tiene el centro de sus principales intereses y de que la apertura de un procedimiento local tal vez sea urgentemente necesaria para la protección de los acreedores locales. Por lo demás, el tribunal local no estaría obligado a seguir la decisión del tribunal extranjero y los criterios locales para la determinación de la insolvencia seguirían siendo aplicables, como se deduce de las palabras "salvo prueba en contrario".

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 94, 102 a 105.

A/CN.9/422, párr. 196.

A/CN.9/433, párrs. 173, 180 a 189.

A/CN.9/435, párrs. 180 y 184.

Artículo 32. Regla de pago para procedimientos paralelos

Sin perjuicio de los derechos de los titulares de créditos garantizados o de los derechos reales, un acreedor que haya percibido un cobro parcial respecto de su crédito en un procedimiento seguido en un Estado extranjero con arreglo a una norma relativa a la insolvencia no podrá percibir un nuevo dividendo por ese mismo crédito en un procedimiento de insolvencia que se siga con arreglo [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] respecto de ese mismo deudor, en tanto que el dividendo percibido por los demás acreedores de la misma categoría sea proporcionalmente inferior al cobro ya percibido por el acreedor.

198. La regla enunciada en el artículo 32 (denominada a veces regla "hotchpotch") es una salvaguardia útil en un régimen destinado a facilitar la coordinación y cooperación de la administración de todo procedimiento de insolvencia transfronteriza. Se trata de

evitar situaciones en las que un acreedor pueda obtener un trato más favorable que otro de igual rango al obtener pagos por un mismo crédito en procedimiento de insolvencia seguidos en diversas jurisdicciones. Por ejemplo, si un acreedor no garantizado cobra en un procedimiento de insolvencia extranjero una suma equivalente al 5% de su crédito y si ese acreedor participa también en un procedimiento de insolvencia en el Estado promulgante en el que la tasa de distribución sea del 15%, ese acreedor cobraría una suma equivalente al 10% de su crédito en el Estado promulgante para que su posición fuera igual a la de los demás acreedores en ese Estado.

199. Este artículo no afecta al orden de prelación de los créditos establecido por el derecho interno y tiene por único objetivo asegurar la igualdad de trato de todos los acreedores de igual rango. En la medida que se satisfagan por completo los créditos de los acreedores respaldados por una garantía o por un derecho real (punto que depende de la ley del foro), esos créditos no se verán afectados por esta disposición.

200. El término "créditos garantizados" se refiere en general a los créditos garantizados por determinados bienes, mientras que el término "derechos reales" se refiere a derechos que recaen sobre un determinado bien y que son oponibles a terceros. Es posible que determinados derechos correspondan a ambas categorías, según cuál sea la clasificación o la terminología de la ley aplicable. El Estado promulgante podrá valerse de otro u otros términos para expresar estos conceptos.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento Nº 17 (A/52/17), párrs. 130 a 134.

A/CN.9/419, párrs. 89 a 93.

A/CN.9/422, párrs. 198 y 199.

A/CN.9/433, párrs. 182 y 183.

A/CN.9/435, párrs. 96, 197 y 198.

VI. Asistencia de la Secretaría de la CNUDMI

A. Asistencia en la labor preparatoria de normas legales

201. La secretaría de la CNUDMI puede prestar asistencia a los Estados organizando consultas técnicas para la preparación de normas legales basadas en le Ley Modelo. Cabe obtener información adicional de la secretaría de la CNUDMI (dirección postal: Centro Internacional de Viena, P.O. Box 500, A-1400 Viena (Austria); teléfono + (43-1) 26060-4060; fax +(43-1) 26060-5813; correo electrónico: uncitral@uncitral.org; página de Internet: http://www.uncitral.org).

B. Información sobre interpretación de normas legales basadas en la Ley Modelo

202. Una vez promulgada, la Ley Modelo será incluida en el sistema de información CLOUT, que se utiliza para la recolección y diseminación de información sobre jurisprudencia relativa a las convenciones y leyes modelo emanadas de la labor de la Comisión. La finalidad de este sistema es promover el conocimiento internacional de los

textos legislativos formulados por la CNUDMI y facilitar la uniformidad de su interpretación y aplicación. La secretaría publica en los seis idiomas de las Naciones Unidas, extractos de las decisiones y facilita, contra el reembolso de los gastos de reproducción, los originales de las decisiones que sirvieron de base para la preparación de los extractos. El sistema está explicado en el documento A/CN.9/SER.C/GUIDE/1, que puede obtenerse de la secretaría y de la página de la Comisión (UNCITRAL) en Internet indicada en el anterior párrafo.

Apéndice

Resolución 52/158 de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1997

52/158. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la insolvencia transfronteriza

La Asamblea General,

Recordando su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, por la que estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con el mandato de fomentar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional y de tener presente, a ese respecto, el interés de todos los pueblos, en particular el de los países en desarrollo, en el progreso amplio del comercio internacional,

Observando que en razón del comercio y de las inversiones transfronterizos es mayor el número de casos en que empresas o particulares poseen bienes en más de un Estado,

Observando también que cuando un deudor con bienes en más de un Estado es objeto de un procedimiento por insolvencia, en muchos casos es apremiante la necesidad de cooperación y coordinación transfronterizas en la supervisión y administración de los bienes y negocios del deudor insolvente,

Considerando que la coordinación y cooperación insuficientes en los casos de insolvencia transfronteriza reducen la posibilidad de rescatar empresas que son viables pero tienen dificultades financieras, entrañan una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, acrecientan las posibilidades de que el deudor oculte o dilapide bienes y dificultan la reorganización o liquidación de los bienes y negocios del deudor que sería más ventajosa para los acreedores y otros interesados, incluidos los deudores y sus empleados,

Observando que muchos Estados no tienen establecido un régimen jurídico que posibilite o facilite la coordinación y la cooperación transfronterizas,

Convencida de que una legislación equitativa e internacionalmente armonizada sobre la insolvencia transfronteriza, que sea respetuosa de los regímenes procesales y judiciales nacionales y aceptable para Estados con diferentes ordenamientos jurídicos, sociales y económicos, coadyuvaría al desarrollo del comercio y de las inversiones internacionales,

Considerando que se necesita contar con un cuerpo de disposiciones legales modelo internacionalmente armonizadas en materia de insolvencia transfronteriza a fin de ayudar a los Estados a modernizar su legislación en esa materia,

1. *Expresa su reconocimiento* a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por haber terminado y aprobado la Ley Modelo sobre la insolvencia transfronteriza que figura como anexo a la presente resolución;

2. *Pide* al Secretario General que transmita a los gobiernos y a los órganos interesados el texto de la Ley Modelo, junto con la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno preparada por la Secretaría;

3. *Recomienda* que todos los Estados examinen su legislación sobre los aspectos transfronterizos de la insolvencia a fin de determinar si está en consonancia con los objetivos de un régimen eficiente y moderno sobre insolvencia y que, en ese examen, considera con un criterio favorable la Ley Modelo, habida cuenta de la necesidad de que haya un derecho internacionalmente armonizado que rija los casos de insolvencia transfronteriza;

4. *Recomienda también* que se haga todo lo posible para que la Ley Modelo y la Guía sean ampliamente conocidas y estén a disposición de todos.

72ª sesión plenaria
15 de diciembre de 1997

Índice alfabético[a]

Acreedor (véase también *Acreedores garantizados; Acreedores no garantizados*)

apertura del procedimiento a instancia del—

liquidación — Segunda I 37 a 41

reorganización — Segunda I 48 a 53

confidencialidad, obligación de — Segunda III 86, 115

definición — Introducción 10, 12 *j)*

derechos de los acreedores en un procedimiento de insolvencia — Segunda III 86, 116 a 120

funciones que desempeñarán los acreedores en el procedimiento de insolvencia — Segunda III 77 a 83

notificación a los acreedores (véase *Notificación)*

papel de los acreedores en un procedimiento de insolvencia

asuntos que requieren la aprobación o intervención del— — Segunda II 71, 75, 77, 79 y 80, 82 a 85, 88, 92 y 93, 105, 192 a 195, III 47 y 48, 59, 69 a 74, 77 a 83, 91 a 98, 110 a 112, IV 11, IV 26 a 43, 52, 66 a 68, V 30, 33 y 34, 47

elección del representante de la insolvencia por los acreedores — Segunda III 47

supervisión de las actividades del deudor por el— — Segunda III 14

participación en el procedimiento de insolvencia — Segunda III 85

estímulo de la participación del— — Segunda III 85

mecanismos destinados a facilitar la participación del— — Segunda III 88 a 90

procedimiento de anulación, iniciación por el— — Segunda II 192 a 195

reorganización

aprobación del plan de reorganización por los acreedores — Segunda IV 26 a 43, 47 a 51

acreedor que se abstiene, trato que se le otorgará en la reorganización — Segunda IV 32

clasificación de acreedores — Segunda IV 36 y 37

trato que se ha de dar a los acreedores disconformes en la reorganización — Segunda IV 28

[a] Las referencias del índice remiten a la parte, al capítulo y al párrafo pertinentes de la *Guía Legislativa*. Por ejemplo, "Segunda II 135" significa segunda parte, capítulo II, párrafo 135.

vía para hacer que el plan sea vinculante para las categorías de acreedores disconformes	Segunda IV 54 y 55
propuesta de plan de reorganización a cargo de los acreedores	Segunda IV 11
Juntas de acreedores	Segunda III 91 a 94
Acreedores con prelación	
aprobación del plan de reorganización por los—	Segunda IV 34 y 35
clases de—	Segunda IV 36 y 37
clasificación de los créditos de los—	Segunda V 55, 67, 75
distribución a los— en procedimientos de reorganización	Segunda V 81
plan de reorganización vinculante para los—	Segunda IV 55
Acreedores garantizados (véase también *Bien gravado; Garantías reales*)	
acreedores garantizados que no están plenamente amparados por una garantía	Segunda IV 38 y 39
créditos de los—	Segunda V 2 a 5
subordinación de créditos por los—	Segunda V 57
definición	Introducción 12 *oo)*
efecto de la reorganización en los—	
aprobación del plan de reorganización por los—	Segunda IV 34 a 36, 51, 58, 62
clases de—	Segunda IV 36 y 37
plan de reorganización aprobado vinculante para los—	Segunda IV 26, 55
paralización del procedimiento	
aplicación de la paralización a los—	Segunda II 27, 29, 31 a 33, 36 a 40, 49
duración de la aplicación de la paralización a los— en	
la liquidación	Segunda II 57
la reorganización	Segunda II 56
exención de los efectos de la paralización en beneficio de los—	Segunda II 53, 60 a 62
prórroga de la aplicación de la paralización a los—	Segunda II 58
participación en el procedimiento de insolvencia	Segunda III 87, 98, 102 a 104
prelación de los— en la distribución	Segunda V 62 a 65
procedimiento de reorganización agilizado, participación en el—	Segunda IV 86
protección de los intereses de los— (véase *Protección del valor*)	
renuncia a bienes en favor de los—	Segunda II 88

tratamiento de los— en un procedimiento de insolvencia, generalidades — Segunda II 121 a 123, anexo I
venta de bienes por los— — Segunda II 83 y 84

Acreedores no garantizados (véase también *Acreedor*)
aplicación de la paralización del procedimiento a los— — Segunda II 54
clases de— — Segunda IV 27, 41 a 43
clasificación de los créditos de los— — Segunda V 57, 75
definición — Introducción 12 *tt)*
exención de los— de los efectos de la paralización — Segunda II 55, 62
financiación posterior a la apertura del procedimiento, efecto en los— — Segunda II 97, 101
participación de los— en el procedimiento de insolvencia — Segunda III, 102, 109
plan de reorganización, aprobación por los— — Segunda IV 26, 40, 59, 64
presentación de créditos por los— — Segunda V 2 y 3

Actividad económica
significado de la— — Segunda I 1

Acto de disposición (véase también *Utilización y disposición de los bienes*)
acto de disposición de bienes en copropiedad — Segunda II 87
acto de disposición del producto efectivo de la venta — Segunda II 92
definición — Introducción 12 *n)*
libertad del deudor para disponer de sus bienes — Segunda II 70

Acuerdo de compensación global
definición — Introducción 12 *aa)*

Anulación
bienes recuperados como parte de la masa de la insolvencia — Segunda II 15
compensación, impugnación de — Segunda II 207
conversión de procedimientos, efecto en la— — Segunda II 203, IV 74
criterios de— — Segunda II 156 a 168
cumplimiento de los criterios de anulabilidad — Segunda II 198 a 201
definición — Introducción 12 *c)*
derecho aplicable a la— — Segunda I 85, 89 y 90
deudor con bienes insuficientes — Segunda I 73
efecto de la— — Segunda II 186 y 187
excepciones a la— — Segunda II 169, 176, 179
financiación posterior a la apertura del procedimiento, impugnación de — Segunda II 96, 103
generalidades — Segunda II 148 a 155
grupos de sociedades mercantiles, aplicación de disposiciones que rigen el empleo de la anulación con respecto a — Segunda V 85, 92
masa de la insolvencia y bienes recuperados mediante acciones de impugnación — Segunda II 4, 6, 15, 23

obligación del deudor de revelar información relativa a la—	Segunda III 24
operaciones no autorizadas tras la solicitud	Segunda II 16, 73
operaciones no sujetas a—	Segunda II 185, 215
operaciones no autorizadas después de la apertura	Segunda II 16, III 2, 12, 33
operaciones sujetas a—	
garantías reales	Segunda II 180 y 181
operaciones con personas allegadas	Segunda II 182 a 184
operaciones preferentes	Segunda II 157, 161, 170 y 171, 175, 177 a 180, 190, 200 y 201
operaciones sin contravalor adecuado	Segunda II 174 a 176, 190
operaciones encaminadas a impedir, obstaculizar o demorar	Segunda II 172 y 173
período de sospecha para la—	Segunda II 188 a 191
procedimientos de—	
financiación de los—	Segunda II 196
iniciación de—	Segunda II 192 a 195, III 49, 81
plazos para iniciar los—	Segunda II 197
responsabilidad de las otras partes en operaciones anuladas	Segunda II 202
Apertura de un procedimiento de insolvencia	
apertura automática	Segunda I 57
criterios para la—	Segunda I 23 a 31
decisión de apertura de un procedimiento de insolvencia	Segunda I 55 a 60
definición	Introducción 12 *h)*
objeción a la—	Segunda I 34
notificación de—	
contenido de la notificación	Segunda I 71, V 5
forma de la notificación	Segunda I 69 y 70
notificación a los acreedores	Segunda I 65 y 66
notificación a otras partes	Segunda I 68
notificación al deudor	Segunda I 67
Autoridad pública	
solicitud de una— para iniciar el proceso de liquidación	Segunda I 42 a 44
Bien gravado	
definición	Introducción 12 *o)*
financiación posterior a la apertura del procedimiento, utilización de— para garantizar la	Segunda II 103 y 104
inclusión de— en la masa de la insolvencia	Segunda II 4, 7 a 9
producto en efectivo de la venta de—	Segunda II 92 y 93
protección del valor de los bienes gravados	Segunda II 8, 59 y 60, 63 a 65, 69

utilización o disposición de— Segunda II 83 y 84
valoración de los bienes gravados Segunda II 66 a 68
venta de— libre de gravámenes Segunda II 85 y 86

Bienes adquiridos después de iniciarse el procedimiento de insolvencia
inclusión de— en la masa de la insolvencia Segunda II 4, 23

Bienes del deudor
aplicación de la paralización a los— Segunda II 31
bienes del deudor y masa de la insolvencia Segunda II 2, 4
bienes extranjeros (véase *Bienes extranjeros*)
definición Introducción 12 *b)*
medidas cautelares para proteger los— Segunda II 47, 50
obligación del deudor de suministrar información sobre los— Segunda III 24
presencia de bienes como criterio para la apertura de un procedimiento de insolvencia Segunda I 17 y 18

Bienes en copropiedad
derecho del deudor sobre— como parte de la masa de la insolvencia Segunda II 6
exclusión de los— de la masa de la insolvencia Segunda II 20 y 21
utilización y disposición de los— Segunda II 77, 87

Bienes extranjeros
cooperación del deudor para recuperar— Segunda III 23
inclusión de— en la masa de la insolvencia Segunda II 13 y 14
insolvencia transfronteriza (véase también *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza*)

Bienes gravosos
definición Introducción 12 *d)*
utilización y disposición del— Segunda II 88

Bienes propiedad de terceros
—y constitución de la masa de la insolvencia Segunda II 4, 10 a 12, 17
utilización y disposición de— Segunda II 74, 90 y 91, 131

Centro de los principales intereses
centro de los principales intereses como criterio para la aplicación del régimen de la insolvencia Segunda I 13 y 14
centro de los principales intereses y enfoque universal de los regímenes de la insolvencia Segunda II 13
centro de los principales intereses y establecimiento Segunda I 15
centro de los principales intereses y legislación aplicable a la garantía real Segunda I 88
centro de los principales intereses y presencia de bienes Segunda I 17 y 18
definición Introducción 12 *f)*

insolvencia transfronteriza *(*véase también *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza)*

*Cláusulas de aceleración automática (*véase *Cláusulas de extinción automática)*

Cláusulas de extinción automática

tratamiento de— en los regímenes de la insolvencia — Segunda II 114 a 120, 215

*Clausura del procedimiento (*véase *Procedimiento de la insolvencia)*

Comité de acreedores

acreedores garantizados, representación en el— — Segunda III 87

acreedores que podrán formar parte de un— — Segunda III 101 a 106

comité de acreedores en procedimientos de reorganización agilizados — Segunda IV 87, 89

confidencialidad, obligación de — Segunda III 28, 86, 115

créditos derivados de gastos del— — Segunda V 45

definición — Introducción 12 *k)*

derechos y funciones del— — Segunda III 13, 27, 86, 110 a 112, 116 a 120

destitución y sustitución de los miembros de un— — Segunda III 114

establecimiento de un— — Segunda III 85, 90, 99 y 100, 107 a 109

generalidades — Segunda III 99 y 100

normas que rigen la celebración de las reuniones del— — Segunda III 94

notificación al— — Segunda III 86

plan de reorganización, propuesta a cargo del— — Segunda IV 11

procedimiento de anulación, iniciación por el— — Segunda II 192, 194

representante de la insolvencia,— y — Segunda III 49, 56, 70, 82

responsabilidad de un— — Segunda III 113

Compensación

compensación de créditos recíprocos — Segunda V 44

compensación y anulación — Segunda II 207

contratos financieros y— — Segunda II 210, 213, 215

definición — Introducción 12 *qq)*

legislación aplicable a la— en el procedimiento de la insolvencia — Segunda I 85, 88, 91

no aplicación de la paralización a la— — Segunda II 35, 205

posibilidad de una— en el procedimiento de la insolvencia — Primera I 26

protección de los derechos de— en el procedimiento de la insolvencia — Segunda II 204 a 206

Compensación global por saldos netos

anulación de la— — Segunda II 185

cláusulas de extinción automática, efecto en la— — Segunda II 115

compensación global por saldos netos y contratos financieros — Segunda II 210 a 213
definición — Introducción 12 *z)*
exclusión de la— de la aplicación de la paralización — Segunda II 35

Confidencialidad
confidencialidad y plan de reorganización — Segunda IV 24
obligación de—
acreedores — Segunda III 86, 115
agentes y empleados del representante de la insolvencia — Segunda III 66
comité de acreedores — Segunda III 86, 107, 115
deudor — Segunda III 28
representante de la insolvencia — Segunda III 52

Contrato
arrendamiento de terrenos y locales — Segunda II 137 y 138
cesión de— — Segunda II 139 a 142
contrato de subordinación — Segunda V 57 a 59
contrato de trabajo (véase *Contratos de trabajo*)
contrato del que tiene conocimiento el representante de la insolvencia — Segunda II 127
contrato financiero (véase *Contrato financiero*)
contrato no autorizado — Segunda II 16, 73, III 2, 12, 33
contratos después de la apertura — Segunda II 16, 73, 147, III 2, 12, 33
contratos tras la solicitud — Segunda II 16, 73
mantenimiento o rechazo de— — Segunda II 120 a 135
derecho de la otra parte a solicitar una decisión — Segunda II 125 y 126
efecto del— sobre la otra parte — Segunda II 132 a 135
mantenimiento o rechazo de contrato en supuestos de incumplimiento del deudor — Segunda II 130
mantenimiento o rechazo de contrato en una liquidación — Segunda II 122 y 123
mantenimiento o rechazo de contrato sobre servicios personales — Segunda II 146
modificación de los contratos que se mantienen en ejecución — Segunda II 136
momento en que surte efecto la notificación de— — Segunda II 128 y 129

Contrato financiero
Cláusulas de extinción automática, efecto en el— — Segunda II 115, 118
contratos financieros y compensación global por saldos netos — Segunda II 208 a 215
definición — Introducción 12 *r)*
excepciones a la aplicación de la paralización referidas a los contratos financieros — Segunda II 35

excepciones a la facultad para continuar la ejecución o rechazar contratos	Segunda II 113, 143
Contratos de trabajo	Segunda I 47, 62, 85, 87, II 145, V 72 y 73
Conversión del procedimiento de insolvencia	
aplicación de las disposiciones de anulación	Segunda II 185, 203, IV, 74
conveniencia de disposiciones relativas a la–	Primera I 6, 21 a 24, Segunda I 21, 58
conversión del procedimiento de insolvencia por inobservancia de las obligaciones por parte del deudor	Segunda III 17, 32
conversión del procedimiento de insolvencia y destitución del representante de la insolvencia	Segunda III 73
de liquidación en reorganización	Segunda I 31
de reorganización en liquidación	Segunda I 31, 52, 58, IV 16, 53, 65, 70 y 71, 72 a 75, 91, VI 19
efecto de la— en el momento de la propuesta de un plan de reorganización	Segunda IV 7, 16
efecto de la— en la financiación posterior a la apertura	Segunda II 98, 107
efecto de la— sobre la anulación	Segunda II 203
papel del acreedor en lo que respecta a solicitar la—	Segunda III 81
Conversiones de la deuda en capital	
conversiones de la deuda en capital en la reorganización	Primera I 26, Segunda IV 21, 44 y 45, 94
Costas	
costas del procedimiento de insolvencia	Segunda I 56, 76 a 78, V 66
Crédito o gasto administrativo	
crédito o gastos administrativo derivado del rechazo de un contrato	Segunda II 135
definición	Introducción 12 *a)*
evaluación de—	Segunda V 45 a 47
grado de prelación de—	Segunda II 107, V 66
pago de— en el marco de un procedimiento de reorganización	Segunda IV 54, 61
Crédito posterior a la apertura del procedimiento (véase también *Crédito o gasto administrativo; Créditos*)	
definición	Introducción 12 *ee)*
Crédito prioritario	
clasificación de créditos prioritarios	Segunda V 67 a 71
definición	Introducción 12 *hh)*
modificación del— en la reorganización	Segunda IV 34 a 37, 55, 61

Créditos
admisión de—
admisión de— a cargo del representante de la insolvencia Segunda V 32 y 33
admisión automática Segunda V 36
admisión provisional Segunda V 37 a 40
efecto de la admisión Segunda V 43
plazos de admisión Segunda V 30
admisión de— por los tribunales Primera III 4, Segunda V 34 y 35
clasificación de los— Segunda V 62 a 79
clasificación de los créditos garantizados— Segunda V 62 a 65
clasificación de los créditos no garantizados— Segunda V 75
derecho que rige la— Segunda I 84
clasificación de los— para la aprobación del plan de reorganización Segunda IV 27
creación de— régimen aplicable Segunda I 81 y 82
créditos de los empleados, prelación de Primera I 18, Segunda II 145, V 72 y 73
créditos de personas allegadas Segunda II 182, V 48, 77
créditos de titulares de capital social, clasificación Segunda V 76
créditos derivados de la administración de la insolvencia Segunda V 45 a 47, 66
créditos derivados de operaciones anuladas Segunda II 202
créditos en concepto de intereses Segunda V 49, 78 y 79
créditos exceptuados de la aplicación de la paralización Segunda II 35
créditos extranjeros
créditos en moneda extranjera, conversión de Segunda V 22
créditos fiscales extranjeros Segunda V 10, 71; anexo III
Primera art. 13, Segunda 104 y 105
determinación de la equivalencia con créditos creados según el derecho interno Segunda I 84
limitaciones a la presentación de— Segunda V 6 a 12
prelación dada a los— V 71
requisitos de forma para la presentación de— Segunda V 21
créditos falsos Segunda V 20
créditos fiscales, clasificación de Segunda V 74
créditos garantizados
clasificación de los— en la distribución Segunda V 62 a 65, 69
compensación de— Segunda V 44
presentación de— Segunda V 2 a 5
valoración de— Segunda II 8, 69
créditos impugnados Segunda V 41 y 42
créditos nacidos en la ejecución de contratos después de Segunda II 132 y 133,

la apertura del procedimiento de insolvencia	135, 138
créditos no admitidos	Segunda V 50
créditos no garantizados, clasificación de	Segunda V 75
créditos que no han vencido y apertura de un procedimiento de insolvencia	Segunda I 39
créditos que se excluyen	Segunda V 9 a 12
créditos sujetos a la aplicación de la paralización	Segunda II 33 y 34
definición	Introducción 12 *g)*
exención de los efectos de la paralización	Segunda II 60 a 62
exoneración de— en procedimientos de reorganización	Segunda VI 2 a 4, 8, 14
lista de—	Segunda III 24, 49, V 19, 28
multas y sanciones	Segunda V 12, 78 y 79
presentación de—	
acreedores que pueden tener que presentar sus créditos	Segunda V 2 a 5
lista de los créditos presentados	Segunda III 24, 49, V 28
no presentación de créditos que deben presentarse	Segunda V 24 a 26
obligación de presentar los créditos	Segunda V 17 a 20
parte autorizada a recibir los créditos	Segunda V 23
plazo para la presentación de los créditos	Segunda V 13 a 16
reclamaciones por deudas contraídas tras la apertura del procedimiento	Segunda V 8
rechazo de—	Segunda V 23, 28, 30
subordinación de los—	Primera II 12, Segunda V 55 a 61
venta de—	Segunda III 105

Créditos de sumas de dinero

Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional	Primera I 17, Segunda II 89, 140
utilización y disposición de—	Segunda II 89

Créditos garantizados (véase también *Bien gravado; Acreedores garantizados; Garantías reales*)

clasificación de los— en la distribución	Segunda V 62 a 65
definición	Introducción 12 *nn)*
presentación de—	Segunda V 2 a 5
protección del valor de los—	Segunda II 59, 63 a 69

Criterio de la corriente de efectivo (véase *Suspensión general de pagos)*

*Criterio de la liquidez (*véase *Suspensión general de pagos)*

Criterio del balance de la empresa

criterio del balance de la empresa para decidir la apertura de un procedimiento de insolvencia	Segunda I 25 a 29, 39

Curso ordinario de los negocios
curso ordinario de los negocios y criterios de anulación — Segunda II 160, 164 a 169, 172, 179, 188
definición — Introducción 12 *bb)*
operaciones al margen del— — Segunda II 100, 147, III 11
operaciones en el— — Segunda II 71, 147, III 11
utilización y disposición de los bienes en el— — Segunda II 50, 66, 75 a 80
venta de bienes al margen del— — Segunda II 31, 71, III 80, 96, 110 y 111

Desestimación de una solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia — Segunda I 41, 61 a 63, 79

Deudor
bienes del— (véase *Masa de la insolvencia*)
condiciones de admisibilidad en el régimen de la insolvencia, generalidades — Segunda I 1 y 2
vinculación con el Estado del foro — Segunda I 12
centro de los principales intereses — Segunda I 13 y 14
establecimiento — Segunda I 15 y 16
presencia de bienes — Segunda I 17 y 18
deudores que requieren un tratamiento diferenciado — Segunda I 11
deudores con bienes insuficientes — Segunda I 72 a 75
deudores que son personas físicas — Segunda I 3 a 7
empresas públicas en calidad de deudores — Segunda I 8 a 19
derechos del— en el procedimiento de la insolvencia — Segunda III 19 a 21
a ser oído — Segunda II 20 y 21, 116
entre la presentación de la solicitud y la apertura del procedimiento — Segunda II 50
deudor en posesión — Introducción 12 *l)*
Segunda III 16 a 18, 51
ejecución del plan de reorganización por el— — Segunda IV 69 y 70
exoneración del— en un procedimiento de liquidación — Segunda VI 3 a 13
función del— en el procedimiento de la insolvencia
liquidación — Segunda III 2 y 3
reorganización — Segunda III 4 a 18
remoción total del— — Segunda III 10
retención plena de control por el— (deudor en posesión del negocio) — Segunda III 16 a 18
supervisión del— por el representante de la insolvencia — Segunda III 11 a 15
libertad del— para disponer de sus bienes — Segunda II 70 a 73
obligaciones del— en el procedimiento de la insolvencia
accesorias — Segunda III, 29 y 30
confidencialidad — Segunda III 28
cooperación y prestación de asistencia — Segunda III 23

inobservancia de las—	Segunda III 32 y 33
suministro de información	Segunda III 24 a 27
plan de reorganización, propuesta a cargo del—	Segunda IV 9 y 10, 15
recurso a los servicios de profesionales o peritos para que asesoren al—	Segunda III 31
responsabilidad del— en el procedimiento de la insolvencia	Segunda III 34
solicitud de apertura de un procedimiento por el—	
liquidación	Segunda I 33 y 34
obligación de presentar una solicitud de apertura	Segunda I 35 y 36
reorganización	Segunda I 46 y 47
Deudor en posesión (véase también *Deudor*)	
definición	Introducción 12 *l)*
Deudor persona física	
bienes de propiedad conjunta del—	Segunda II 20
condiciones de admisibilidad del— para la aplicación del régimen de la insolvencia	Segunda I 3 a 7
derechos del—	Segunda III 19, 29
exclusión de la masa de bienes del—	Segunda II 18 a 21
exoneración del— en un procedimiento de liquidación	Segunda I 3, 5, VI 4 a 13
Deudor persona jurídica	Segunda I 2, 18, III 29, 33
Distribución	
distribución en la liquidación	Segunda V 80
distribución en la reorganización	Segunda V 81
distribución provisional	Segunda V 16, 24, 40
Empleados (véase también *Contratos de trabajo*)	
créditos de los—, prelación de	Segunda V 72 y 73
empleados del deudor	Segunda III 31
empleados del representante de la insolvencia	Segunda III 66 y 67
Empresas públicas	
admisibilidad de las— en calidad de deudoras	Segunda I 8 a 10
Enfoque territorial del procedimiento de insolvencia	Segunda I 13
Enfoque universal del procedimiento de insolvencia	Segunda I 13
Establecimiento	
definición	Introducción 12 *q)*
establecimiento como criterio para la aplicación del régimen de la insolvencia	Segunda I 15 a 18
insolvencia transfronteriza (véase también la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza*)	

Excepción o exención
excepción o exención a los efectos de la paralización — Segunda II 45, 55 a 57, 60 a 62, 68, 88
excepción o exención de la aplicación de medidas cautelares (véase *Medidas cautelares*)
solicitud de amparo o exoneración presentada por una parte interesada — Segunda III 119,120

Exoneración
definición — Introducción 12 *m)*
efecto de la— en un tercero que haya garantizado las operaciones del deudor — Segunda VI 13
exoneración de deudas y modificación de créditos en procedimientos de reorganización — Segunda VI 14 y 15
exoneración de un deudor que carece de bienes suficientes — Segunda I 74
exoneración en un procedimiento de liquidación
el deudor es una entidad jurídica — Segunda IV 3
el deudor es una persona física — Segunda I 3, 5, VI 4 a 13
generalidades — Segunda VI 1 y 2

Financiación posterior a la apertura del procedimiento
aprobación de la— por los acreedores — Segunda III 96
autorización de la— — Segunda II 105 y 106
efecto de la conversión de la reorganización en liquidación en la prelación para la— — Segunda II 107
fuentes de— — Segunda II 99
garantías reales para la— — Segunda II 103 y 104
necesidad de— — Segunda II 94 a 98
prelación de la— — Segunda II 100 a 102, V 53, 65

Garantías reales (véase también *Bien gravado; Créditos garantizados; Acreedores garantizados*)
anulación de las— — Segunda II 150, 161, 178 a 181
aplicación de la paralización a las— — Segunda II 7, 31 y 32, 37
definición — Introducción 12 *pp)*
garantías reales y compensación — Segunda II 206
legislación aplicable a la creación de— — Segunda I 81 y 82, 88
reclamación del valor de la garantía real — Segunda V 4 y 5
venta de bienes libres de— — Segunda II 85 y 86

Grupos de sociedades mercantiles
aplicación de disposiciones que rigen el empleo de la anulación a— — Segunda V 85, 92
aplicación de disposiciones que rigen el empleo de la subordinación a— — Segunda V 85
deudas internas — Segunda V 92

responsabilidad del grupo por las deudas externas — Segunda V 86 a 91
tratamiento de los— en un procedimiento de insolvencia — Segunda V 82 a 85

Insolvencia
definición — Introducción 12 *s)*, anexo III Segunda 51 y 52
insolvencia como criterio para la apertura del procedimiento (véase *Suspensión general de pagos*)

Insolvencia inminente
—como criterio para la apertura del procedimiento — Segunda I 30, 46

Insolvencia transfronteriza (véase también *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza*)
constitución de la masa de la insolvencia en la— — Segunda II 13 y 14
conveniencia de normas en materia de— — Primera I 14
régimen aplicable a la— — Segunda I 80
reunión de bienes extranjeros en la— — Segunda II 24

Jurisdicción
—para la aplicación del régimen de la insolvencia — Segunda II 12 a 18

Lex fori concursus
aplicación de la— — Segunda I 80, 83 y 84
definición — Introducción 12 *x)*
excepciones a la aplicación de la— — Segunda I 85 a 91

Lex rei situs
aplicación de la— — Segunda I 82
definición — Introducción 12 *y)*

Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza
acceso a los tribunales del Estado — Anexo III Primera arts. 9 a 14, Segunda 28 y 29, 94 a 111
acciones de impugnación — Anexo III Primera art. 23, Segunda 165 a 167
adopción de la— como objetivo fundamental del régimen de la insolvencia — Primera I 14
ámbito de aplicación de la— — Anexo III Primera art. 1, Segunda 22, 57 a 66
asistencia extranjera para un procedimiento de insolvencia abierto en el Estado promulgante — Anexo III Primera arts. 5, 25, Segunda 26 y 27
bienes extranjeros, cooperación del deudor para recuperar — Segunda III 23
bienes extranjeros, su inclusión en la masa de la insolvencia — Segunda II 14, 24
características principales de la— — Anexo III Segunda 13 a 19

centro de los principales intereses	Segunda I 13 y 14, anexo III Primera art. 17, párr. 2 *a)*, Segunda 72, 126
cooperación transfronteriza	Anexo III Primera arts. 25 a 27, Segunda 38 a 41, 173 a 183
créditos extranjeros	Segunda V 10, 21, 71, anexo III Primera art. 13, Segunda 104 y 105
establecimiento	Segunda I 15, Anexo III Primera arts. 2 *f)*, 17, párr. 2 *b)*, Segunda 75, 186
finalidad de la—	Anexo III Segunda 1 a 10
intervención en procedimientos que se sigan en el Estado	Anexo III Primera art. 24, Segunda 168 a 172
medidas cautelares	Anexo III Primera art. 19, Segunda 30, 135 a 140
medidas otorgables a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero	Anexo III Primera arts. 20 y 21, Segunda 32 a 34, 135 a 160
paralización del procedimiento a partir del reconocimiento	Segunda II 31, 43, anexo III Primera arts. 20 párrs. 1 a 3, 21, párr. 1 *a)* a *c)*, Segunda 32 a 34, 141 a 150, 154 a 156
presencia de bienes	Segunda I 17 y 18, anexo III Primera art. 28, Segunda 184 a 187
procedimientos paralelos, coordinación de	Anexo III Primera arts. 28 a 32, Segunda IV 42 a 48, 184 a 200
protección de los acreedores	Anexo III Primera art. 22, Segunda 161 a 164
reconocimiento de un procedimiento extranjero	Anexo III Primera arts. 15 a 17, 19 a 21, Segunda 30 a 37, 112 a 160
representante extranjero	Anexo III Primera art. 5, Segunda 84 y 85
reunión de bienes de la masa de la insolvencia	Segunda II 24
tipos de procedimientos extranjeros considerados en la—	Anexo III Primera arts. 1 y 2, Segunda 23 a 25, 51 a 55, 67 a 73
tribunal competente para aplicar la—	Anexo III Primera art. 4, Segunda 79 a 83
tribunal extranjero	Anexo III Primera art. 2 *e)*, Segunda 74

utilización de la– como ley modelo	Introducción I 2, anexo III Segunda 11 y 12, 20 y 21, 49 y 50
Liquidación	
acreedores, participación en la—	Segunda III 84, 99
cláusulas de extinción automática, tratamiento en una—	Segunda II 117
clausura del procedimiento de—	Segunda VI 17
conversión del procedimiento de— en procedimiento de reorganización y viceversa	
(véase *Conversión del procedimiento de insolvencia*)	
contratos, continuación de la ejecución en la—	Segunda II 112, 117 y 118, 122 y 123, 145
definición	Introducción 12 *w)*
distribución en la—	Segunda V 80
elementos fundamentales de la—	Primera II 34
exoneración del deudor en un procedimiento de—	Segunda VI 3 a 13
financiación posterior a la apertura del procedimiento en la—	Segunda II 94, 97
función del deudor en la—	Segunda III 2 y 3
generalidades	Primera II 33 a 36
paralización, aplicación en la— a los	Segunda II 27
acreedores garantizados	Segunda II 39 y 40, 57
acreedores no garantizados	Segunda II 54
plan de reorganización en una—	Segunda IV 2
utilización y disposición de los bienes en la—	Segunda II 68, 74, 76, 83, 90
solicitud de apertura de la— presentada por	
el acreedor	Segunda I 37 a 41
el deudor	Segunda I 33 a 36
una autoridad pública	Segunda I 42 a 44
Marco institucional	Primera III 1 a 8
Masa de la insolvencia	
conservación del valor de la—	Primera I 10, 20, 91, Segunda II 26, 46, 70, 151, 155, III 50
constitución de la—	
bienes adquiridos con posterioridad a la fecha de constitución de la masa	Segunda II 4, 23
bienes excluidos de la—	Segunda II 17 a 21, III 20
bienes extranjeros	Segunda II 13 y 14
bienes gravados	Segunda II 7 a 9
bienes propiedad de terceros	Segunda II 10 a 12
generalidades	Segunda II 4 a 6
reunión de bienes de la—	Segunda II 24

definición — Introducción 12 *t)*, Segunda II 2 y 3
fecha de constitución de la— — Segunda II 22
y cálculo del período de sospecha — Segunda II 22
masa de la insolvencia cuando el deudor es una persona física — Segunda II 18 a 21
masa de la insolvencia que no dispone de bienes suficientes — Segunda I 61, 72 a 75, II 170, 194, III 58
utilización y disposición de los bienes de la— — Segunda II 74 a 78
métodos de venta — Segunda II 79 a 82

Medidas cautelares
denegación de la solicitud de apertura del procedimiento, efecto en las— — Segunda II 63
excepción o exención de la aplicación de— — Segunda II 53
medidas cautelares aplicables a partir de la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento — Segunda II 47 a 49
medidas cautelares y paralización del procedimiento — Segunda II 41, 43, 45 y 46
notificación de adopción de— — Segunda II 52
notificación de solicitud de— — Segunda II 52
requisitos probatorios para el otorgamiento de— — Segunda II 51

Negociaciones voluntarias de reestructuración (véase también *Procedimiento de reorganización agilizado*)
acreedores que suelen participar en— — Segunda IV 81 y 82
antecedentes de la utilización de— — Primera II 2 a 4
definición — Introducción 12 *uu)*
dificultades para llegar a un acuerdo mediante— — Primera II 31, Segunda IV 77 a 80
negociaciones voluntarias de reestructuración y disposiciones de anulación — Segunda IV 94
procedimiento para aplicar el plan convenido en las— — Segunda IV 83 a 94
procesos principales de las— — Primera II 7 a 14
reglas y directrices para— — Primera II 17 y 18, Segunda IV 77
requisitos necesarios para las— — Primera II 5
tipos de obligaciones de que se suele tratar en las— — Segunda IV 86

Notificación
notificación a los acreedores — Segunda III 86, 96, IV 32, 33, 58, 66, 68, 88, V 28
—garantizados de la financiación posterior a la apertura — Segunda II 104
—por conducto del comité de acreedores — Segunda II 74, 79, III 86, 110
notificación a los titulares de capital social — Segunda II 44

notificación de apertura de un procedimiento de insolvencia
a las partes interesadas distintas de los acreedores — Segunda I 68
contenido de la— — Segunda I 71, V 26
forma de la— — Segunda I 69 y 70
notificación de la intención de proceder a la venta de bienes — Segunda II 75, 76, 79, 82, 88, 93
notificación de la paralización del procedimiento — Segunda II 41
notificación de mantenimiento o rechazado de contratos — Segunda II 121, 129
notificación de medidas cautelares
adopción de medidas cautelares — Segunda II 52
solicitud de medidas cautelares — Segunda II 52
notificación de solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia
por parte del acreedor — Segunda I 37, 59, 64, 67
por parte del deudor — Segunda I 64 a 66
por el representante de la insolvencia — Segunda III 48
por parte del deudor, obligación accesoria de— — Segunda III 29

Objectivos fundamentales de un régimen de la insolvencia — Primera I 1 a 14

Operaciones no autorizadas — Segunda III 2, 12, 16, 33, 73

Operaciones posteriores a la apertura del procedimiento
operaciones no autorizadas después de la apertura — Segunda II 16, 72, 147

Operaciones tras la solicitud
operaciones no autorizadas tras la solicitud — Segunda II 16, 72 y 73, 188

Pari passu
compensación de créditos, efecto en el principio de— — Segunda V 44
créditos privilegiados, efecto en el principio de— — Segunda V 67
definición — Introducción 12 *cc)*

Parte interesada
definición — Introducción 12 *dd)*
derecho de apelación de la— — Segunda III 120
derecho de la— a ser oída — Segunda III 116
modificación del plan de reorganización por toda— — Segunda IV 66
revisión de las decisiones, derecho de la— a la — Segunda III 53, 73, 92, 117 a 119

Período de sospecha
definición — Introducción 12 *ss)*
duración del— — Segunda II 159 y 160, 182, 189 y 190
inicio del— — Segunda II 16, 22, 73, 188, 203
prórroga del— — Segunda II 191

Persona allegada
anulación de operaciones en las que participa una— Segunda II 172 y 173, 182 y 183, 190, 200
aprobación del plan de reorganización por una— Segunda IV 46, 58
clasificación de los créditos de personas allegadas Segunda V 55, 60, 77
créditos presentados por personas allegadas Segunda V 48
definición Introducción 12 *jj)*
venta de bienes a una Segunda II 81

Plan de reorganización
aprobación del— por Segunda IV 26 a 29
los acreedores
acreedores disconformes, trato que se da a los Segunda IV 28 y 29, 54 y 55
acreedores garantizados o que gozan de alguna prelación Segunda IV 34 a 39
acreedores no garantizados Segunda IV 40 a 43
acreedores que se abstienen, trato que se da a los Segunda IV 32
los titulares de capital social Segunda IV 44
personas allegadas Segunda IV 46
aplicación de las presunciones para la aprobación del— Segunda IV 33
clasificación de los créditos con miras a la aprobación del— Segunda IV 27
confirmación judicial del— Segunda IV 56 a 63
contenido del— Segunda IV 18 a 22
conversión en liquidación, efecto en el— (véase *Conversión del procedimiento de insolvencia*)
definición Introducción 12 *ll)*
desaprobación del— Segunda IV 53
efectos de un— aprobado Segunda IV 64
ejecución del— Segunda IV 69
fracaso de la ejecución del— Segunda IV 70 y 71
funciones del— Segunda IV 2
impugnación de la aprobación del— Segunda IV 57 a 59
impugnación del— después de su confirmación por el tribunal Segunda IV 65
información que debe adjuntarse al— Segunda IV 23 a 25
modificación y enmienda del— Segunda IV 52, 66 a 68
naturaleza o forma del— Segunda IV 3 a 5
plan de reorganización en un procedimiento de reorganización agilizado (véase *Procedimiento de reorganización agilizado*)
procedimientos de aprobación del— Segunda IV 30 y 31
propuesta de un—
momento de la propuesta Segunda IV 7
partes facultadas para proponer un plan Segunda IV 8 a 14

plazos para la propuesta	Segunda IV 15 y 16
votación sobre la aprobación del—	Segunda IV 47 a 51
Preferencia (véase también *Anulación*)	
definición	Introducción 12 *ff*)
Prelación	
definición	Introducción 12 *gg)*
determinación de la—	Segunda V 51 a 79
distribución con arreglo al orden de—	Segunda V 80 y 81
prelación de la financiación posterior a la apertura del procedimiento (véase *Financiación posterior a la apertura del procedimiento*)	
reconocimiento de la— anterior a la apertura del procedimiento	Primera I 13
régimen aplicable a la determinación de la—	Segunda I 83
Prelación administrativa	
prelación administrativa para la ejecución de un contrato después de la apertura de un procedimiento	Segunda II 133
prelación administrativa para la financiación posterior a la apertura del procedimiento	Segunda II 101 y 102, 106
Presencia de bienes	
insolvencia transfronteriza (véase también *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza*)	
presencia de bienes como criterio para la aplicación del régimen de la insolvencia	Segunda I 14, 17 y 18
Procedimiento de insolvencia	
apertura del— (véase *Apertura de un procedimiento de insolvencia*)	
clausura del—	
liquidación	Segunda VI 17
reorganización	Segunda VI 18 y 19
conversión del— (véase *Conversión del procedimiento de insolvencia*)	
costas del— (véase *Costas*)	
definición	Introducción 12 *u)*
procedimiento unitario (véase *Procedimiento unitario de insolvencia*)	
sobreseimiento del— (véase *Sobreseimiento*)	
solicitud de apertura de un— (véase *Solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia*)	
Procedimiento de reorganización agilizado	
acreedores que suelen participar en el—	Segunda IV 81 y 82
agilización del—	Segunda IV 92 a 94
aplicación del régimen de la insolvencia al—	Segunda IV 87 a 91
deudores habilitados para iniciar el—	Segunda IV 84

efectos de la apertura del— Segunda IV 90
generalidades Segunda IV 76 a 80
imposibilidad de ejecutar el plan confirmado en un— Segunda IV 91
obligaciones afectadas por el— Segunda IV 86
solicitud de apertura de un— Segunda IV 89

Procedimiento unitario de insolvencia
apertura de un— Segunda I 46, 53
estructura de un régimen de la insolvencia Primera I 21, 25

Procesos administrativos Primera II 37 y 38

Producto en efectivo
definición Introducción 12 *e)*
utilización y disposición del— Segunda II 92 y 93

Protección del valor
definición Introducción 12 *ii)*
protección del valor de bienes gravados Segunda II 63 a 68, 104
protección del valor de bienes propiedad de terceros Segunda II 91
protección del valor de la masa de la insolvencia Segunda II 25
protección del valor de la parte garantizada de un crédito Segunda II 69

Régimen aplicable
contratos de trabajo Segunda I 87
creación de derechos y créditos Segunda I 81 y 82
disposiciones sobre la impugnación Segunda I 89 y 90
efectos del procedimiento de insolvencia Segunda I 83 y 84
excepciones a la aplicación del— Segunda I 85 a 90
logro de un equilibrio entre la conveniencia de las excepciones y los objetivos del régimen de la insolvencia Segunda I 91
garantías reales Segunda I 88
sistemas de pago y liquidación Segunda I 86

Régimen de la insolvencia
cuestiones sustantivas que debe abarcar un— Primera I 20
estructura del— Primera I 21 a 25
objetivos fundamentales del— Primera I 1 a 19
relación del— con otra legislación Primera I 26 y 27

Reorganización
acreedores, conveniencia de su participación en la— Segunda IV 84
apertura de un procedimiento de— Segunda I 31
cláusulas de extinción automática, tratamiento en una— Segunda II 114 a 116
clausura del procedimiento de— Segunda VI 18 y 19

contratos, necesidad de su mantenimiento en la—
conversión de la— en liquidación y de la liquidación en— (véase *Conversión del procedimiento de insolvencia*)
definición — Introducción 12 *kk)*
distribución en la– — Segunda V 81
elementos fundamentales de la— — Primera II 28
exoneración de deudas y modificación de créditos en procedimientos de— — Segunda VI 14 y 15
generalidades — Primera II 23 a 32
papel del deudor en la— — Segunda III A 4 a 18
paralización, aplicación en la— — Segunda II 28 y 29
acreedores garantizados — Segunda II 38
duración de la aplicación de la paralización en la— — Segunda II 54 a 56
procedimiento de– agilizado (véase *Procedimiento de reorganización agilizado*)
solicitud de apertura de un procedimiento de— por
el acreedor — Segunda I 48 a 53
el deudor — Segunda I 46 y 47
una autoridad pública — Segunda I 44
utilización y disposición de bienes en la— (véase *Utilización y disposición de bienes)*

Representante de la insolvencia
agentes del— — Segunda III 66
anulación, iniciación por el— — Segunda II 192 a 195
confidencialidad, obligación de — Segunda III 52
conflicto de interés — Segunda III 42 y 43
contratos, mantenimiento y rechazo por el— — Segunda II 120 a 130
control y reunión de bienes por el— — Segunda II 24
cualificaciones requeridas para poder ser designado— — Segunda III 36 y 37
conocimientos y experiencia — Segunda III 39
cualidades personales — Segunda III 41
idoneidad profesional — Segunda III 40
deberes y funciones del— — Segunda III 49 a 51
definición — Introducción 12 *v)*
derechos del—, en calidad de parte interesada — Segunda III 116 a 120
destitución del— — Segunda III 73
empleados del— — Segunda III 66
plan de reorganización, propuesta a cargo del— — Segunda IV 12
renuncia a bienes por el— — Segunda II 88
remuneración del—
cálculo revisado de la— — Segunda III 59
determinación de su cuantía — Segunda III 53 a 57
medios para efectuar el pago — Segunda III 58
prioridad dada al pago de la— — Segunda III 57

representante extranjero (véase *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza*)
representante provisional de la insolvencia Segunda II 49, III 38
responsabilidad del— Segunda III 60 a 65
responsabilidad del— por actos de los agentes o empleados Segunda III 67
revisión de la administración del— Segunda III 69 a 72
selección y nombramiento del— por Segunda III 44
acreedores Segunda III 47
autoridad independiente encargada del nombramiento Segunda III 46
tribunal Segunda III 45
supervisión del— Segunda III 48
supervisión del deudor en la reorganización Segunda III 11 a 15
sustitución del— Segunda III 74
utilización y disposición de los bienes por el— en el curso ordinario de los negocios Segunda II 75
capacidad para vender el bien libre de gravámenes Segunda II 85 y 86
ejercicio indebido de facultades Segunda II 78
verificación y admisión de créditos por el— Segunda V 23, 32

Responsabilidad
—de las otras partes en operaciones anuladas Segunda II 202
—de los grupos de sociedades mercantiles Segunda V 84, 88
—de los miembros del comité de acreedores Segunda III 85, 113
—del deudor Segunda I 36, III 34
—del representante de la insolvencia Segunda II 78, 96, 101, 127, 130, 133, III 38, 60 a 65, 67

Sobreseimiento
destitución del representante de la insolvencia Segunda III 81
sobreseimiento del procedimiento tras la apertura Segunda I 79

Solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia
—a instancia de uno o más acreedores Segunda I 37 a 41
—a instancia del deudor Segunda I 33 a 36
cuestiones de índole procesal Segunda I 54
desestimación de una— Segunda I 61 a 63, II 50
efecto de la— en
aplicación de la paralización Segunda II 43 a 45
cálculo del período de sospecha Segunda II 188
cláusulas de extinción automática de los contratos Segunda II 114
constitución de la masa de la insolvencia Segunda II 22
deudores con bienes insuficientes Segunda I 72 a 75
libertad del deudor para disponer de sus bienes Segunda II 70
medidas cautelares Segunda II 48

momento a partir del cual surte efecto el rechazo de un contrato	Segunda II 128
operaciones no autorizadas tras la solicitud	Segunda II 16
propuesta de un plan de reorganización	Segunda IV 7
notificación de la—	Segunda I 64 a 71
pertinencia de la— en la conversión de procedimientos	Segunda IV 16
procedimiento de reorganización agilizado	Segunda IV 89
Subordinación	
—contractual	Segunda V 57 a 59
—de créditos que se excluyen	Segunda V 9
—de los créditos, generalidades	Segunda V 55 y 56
—en negociaciones voluntarias de reestructuración	Segunda IV 17
—por decisión del tribunal	Segunda V 60 y 61
—y tratamiento de grupos de sociedades mercantiles	Segunda V 85
Suspensión general de pagos	
—como criterio para la apertura del procedimiento	Segunda I 23 y 24, 27, 33, 38, 53
Suspensión o paralización del procedimiento	
alcance de la—	Segunda II 30 a 34
aplicación discrecional o automática de la—	Segunda II 41 y 42
definición	Introducción 12 *rr)*
duración de la—	Segunda II 54 a 57
efecto de la— en	
los contratos	Segunda II 111, 121
los contratos financieros	Segunda II 215
los derechos de compensación	Segunda II 205 y 206, 215
excepciones a la aplicación de la—	Segunda II 35
exención de los efectos de la— proporcionada a	
los acreedores garantizados	Segunda II 60 a 62, 83, 88
los acreedores no garantizados	Segunda II 55, 62
generalidades	Segunda II 26 a 29
inicio de la—	Segunda II 43 a 53
prórroga de la—	Segunda II 58
Titulares de capital social	
aprobación del plan de reorganización por los—	Segunda IV 26 a 33, 44 y 45
clasificación de los créditos de los—	Segunda V 76
definición	Introducción 12 *p)*
participación de— en el comité de acreedores	Segunda III 88, 103 y 104

votación con respecto al plan de reorganización por parte de los— Segunda IV 26, 44 y 45

Tribunales

competencia de los— Segunda I 19, 54

definición Introducción 7 y 8, 12 *i)*; anexo III Primera art. 2 *e)*

papel de los tribunales en los procedimientos de insolvencia

acreedores garantizados, protección de los— Segunda II 59

anulación Segunda II 169, 175, 188, 191 a 193

autorización de contratos Segunda II 73, III 11

clausura del procedimiento de insolvencia Segunda VI 17 a 19

confidencialidad de la información Segunda III, 52, 115

confirmación del plan de reorganización Segunda IV 56 a 63

contratos Segunda II 111, 122 y 124, 127, 140

conversión de procedimientos Segunda IV 72 y 73, 75

créditos Segunda V 13 y 14, 23, 25, 28, 30 a 32, 34, 38, 40 y 41, 47

decisión de apertura de un procedimiento de insolvencia Segunda I 55, 59, 61

deudor, supervisión del Segunda III 13, 15, 17, 29 a 32

exoneración del deudor Segunda VI 8, 11

financiación tras la apertura de un procedimiento Segunda II 100 y 101, 104, 106

grupos de sociedades mercantiles, tratamiento de Segunda V 84, 88, 90

medidas cautelares Segunda II 48 a 51, 53

paralización del procedimiento Segunda II 34, 41 y 42, 57, 60

participación y representación de acreedores Segunda III 81, 91 y 92, 99, 108 y 109, 111 y 112, 114

plan de reorganización Segunda IV 10, 15, 43, 54 y 55, 57, 65 a 67, 69 a 71

procedimiento de reorganización agilizado Segunda IV 76, 83, 87 a 92

representante de la insolvencia, nombramiento y supervisión del Segunda III 36 a 38, 40, 43, 45, 48, 49, 51, 53, 59, 66, 68, 73, 74

revisión de decisiones Segunda III 71 y 72, 116 a 120, V 50

subordinación de los créditos Segunda V 60 y 61

utilización y disposición de los bienes	Segunda II 71 a 75, 77, 79 y 80, 85, 88 y 89, 90, 93
valoración de los bienes gravados	Segunda II 67 y 68
tribunales y marco institucional de los procedimientos de insolvencia	Primera III 1 a 8, Segunda III 4, 9
Utilización y disposición de bienes	
bienes en copropiedad	Segunda II 87
bienes gravados	Segunda II 83 a 86
bienes gravosos	Segunda II 88
bienes propiedad de terceros	Segunda II 74, 90 y 91
—en el curso ordinario de los negocios	Segunda II 75 a 78
—por el deudor	Segunda II 70 a 73, III 2
créditos de sumas de dinero	Segunda II 89
métodos de venta	Segunda II 79 a 82
persona allegada, venta a	Segunda II 81
producto en efectivo	Segunda II 92 y 93
Venta como negocio en marcha	
definición	Introducción 12 *mm)*
efecto de la— en los contratos de trabajo	Segunda II 145, V 72
papel del deudor en la—	Segunda III 1, 3, 24
venta como negocio en marcha y constitución de la masa	Segunda II
venta como negocio en marcha y plan de liquidación	Segunda IV 2, 4

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم. استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى: الأمم المتحدة، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف.

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。 请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à: Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

CÓMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

Printed in Austria
V.05-80725—April 2006—355
United Nations publication
Sales No. S.05.V.10
ISBN 92-1-333362-5

9 789213 333624