

**Asamblea General**

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

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

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

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia**Nota de la Secretaría****Índice**

[La introducción y la primera parte del proyecto de guía figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63; el capítulo I de la segunda parte, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 y Add.2; y el capítulo II. A, en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3. Los capítulos III a VII se recogen en adiciones subsiguientes]

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Segunda parte (continuación)		
II. Presentación de una solicitud y apertura de un procedimiento		2
B. Criterios para la aplicación de una solicitud y para la apertura de un procedimiento	14-56	2
1. Introducción	14-16	2
2. Criterios para la presentación de solicitudes	17-22	3
3. Liquidación	23-33	5
4. Reorganización	34-40	8
5. Cuestiones de índole procesal	41-54	11
6. Costas procesales de la insolvencia.	55-56	15
Recomendaciones	17)-26)	16



La numeración de los párrafos que figura entre corchetes [...] remite a los números de los párrafos pertinentes del documento A/CN.9/WG.V/WP.58, que es la versión anterior del texto de la Guía.

La numeración de las recomendaciones que figura entre corchetes [...] remite a las recomendaciones pertinentes enunciadas en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.61 y A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, que es la versión anterior de las recomendaciones. El texto añadido a la versión anterior de las recomendaciones aparece subrayado en el presente documento.

Segunda parte (continuación)

II. Presentación de una solicitud y apertura de un procedimiento

B. Criterios para la presentación de una solicitud y para la apertura de un procedimiento

1. Introducción

14. [10] Los criterios para solicitar la apertura de un procedimiento y para declararlo abierto son esenciales a todo régimen de la insolvencia. Al definir los requisitos para la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, esos criterios sirven para determinar cuáles son las empresas que estarán sujetas a la disciplina, y podrán acogerse a la protección, de un procedimiento de insolvencia, y quién podrá presentar dicha solicitud, ya sea el deudor, los acreedores o alguna otra parte interesada.

15. [11] Por regla general sería conveniente que el acceso al procedimiento de insolvencia sea relativamente sencillo, poco costoso y rápido a fin de alentar a toda empresa insolvente, o en dificultades, a acogerse voluntariamente a su régimen. Sería conveniente también que dicho acceso sea flexible en términos de los dos tipos de procedimiento de insolvencia disponibles (liquidación y reorganización), de la facilidad de acceso al procedimiento que mejor corresponda a la situación de determinado deudor, y de la posibilidad de pasar de un tipo de procedimiento a otro, si esa situación lo aconseja. Toda dificultad de acceso podría desalentar tanto al deudor como a sus acreedores, demorando así el recurso a este procedimiento, lo cual puede dar lugar a una merma en el valor de los bienes o comprometer el éxito del procedimiento, especialmente en supuestos de reorganización. Esa facilidad de acceso deberá ser, no obstante, contrarrestada por ciertas salvaguardias que impidan todo recurso indebido a este procedimiento. Cabe citar como ejemplo el riesgo de que un deudor solicite la apertura de un procedimiento de insolvencia, sin estar en dificultades financieras, a fin de acogerse a ciertas medidas de amparo previstas por el régimen de la insolvencia, tales como la paralización automática de toda actuación procesal, o para evitar o demorar el pago de sus acreedores, así como el riesgo de que ciertos acreedores, que sean competidores del deudor, traten de recurrir a este procedimiento para perturbar el negocio del deudor y obtener así una ventaja competitiva¹.

¹ Se volverá sobre este punto al estudiarse los criterios para desestimar una solicitud de apertura y para sobreseer un procedimiento.

16. [12] Los ordenamientos difieren en cuanto a los criterios que deben cumplirse para que pueda abrirse un procedimiento de insolvencia. Algunos ofrecen diversos juegos de criterios y distinguen entre los criterios aplicables a la apertura de un procedimiento según que ese procedimiento sea de liquidación o de reorganización y según que la solicitud haya sido presentada por el deudor o por sus acreedores.

2. Criterios para la presentación de solicitudes

a) Criterio de la liquidez de caja o de tesorería

17. [14] Un criterio muy difundido para decidir la apertura de un procedimiento de insolvencia es el de la liquidez de caja o de tesorería o el criterio de la suspensión general de pagos. Este criterio presupone que la empresa deudora haya suspendido pagos y que se flujo de caja o de efectivo sea insuficiente para atender al pago de sus obligaciones al ritmo a que vayan venciendo en el curso normal de su negocio. Posibilitar el recurso a este criterio tiene por objeto activar el procedimiento en una fase lo bastante temprana de la crisis financiera de la empresa deudora para minimizar la dispersión eventual de sus bienes y evitar que ciertos acreedores embarguen o se posesionen de bienes que mutilen el patrimonio de la empresa en detrimento colectivo de todos sus acreedores. Demorar la apertura a una etapa ulterior en la que el deudor pueda ya demostrar la gravedad de su situación financiera mediante, por ejemplo, la presentación de su balance (arrojando un pasivo que supere su activo, conforme se examinará más adelante), tal vez sólo sirva para demorar lo inevitable y reducir la suma recuperable.

18. [15] Un inconveniente que se cita contra el empleo del criterio de la suspensión general de pagos es que la capacidad del deudor para pagar sus deudas a su vencimiento tal vez sólo sea indicio de dificultades pasajeras de caja o tesorería en un negocio que por lo demás sea viable. En un mercado competitivo como el actual, donde la competencia puede obligar a que los participantes acepten beneficios cada vez menores incluso pérdidas para llegar a ser competitivos, debe analizarse cuidadosamente el recurso al concepto de la incapacidad del deudor para pagar sus deudas y la manera en que se incorpora al régimen de la insolvencia como criterio para la apertura de un procedimiento.

b) Estado financiero o balance de la empresa

19. [17] Como alternativa del criterio de la suspensión general de pagos cabe citar el criterio del balance con un excedente del pasivo sobre el activo que sea indicio de apuros financieros graves. Un inconveniente práctico de este criterio es que nadie, sino el deudor, suele estar en condiciones de poder evaluar el estado financiero real del negocio del deudor hasta que la gravedad de su situación llegue a ser incontrovertible y a menudo irreversible, por lo que no es un criterio que se preste a la presentación de solicitudes de apertura por los proveedores. Este criterio adolece de otros inconvenientes. Puede ser una medida inexacta de la insolvencia si las normas de contabilidad o las técnicas de valoración arrojan resultados que no sean

reflejo del justo valor de mercado² de los bienes del deudor o cuando el mercado financiero no esté lo bastante desarrollado ni sea lo bastante estable para dar ese valor. Lo mismo cabría decir en el supuesto de una empresa de servicios que valorada con arreglo a este criterio resulte técnicamente insolvente, pese a ser, en ese momento, un negocio esencialmente viable. La aplicación de este criterio puede además dar lugar a demoras y dificultades de prueba por exigirse a menudo un peritaje de los libros, cuentas y datos financieros del negocio³ que determine el justo valor de mercado de la empresa. Ello es particularmente difícil cuando esos libros no se llevan como es debido o no son fáciles de consultar. Por todo ello este criterio da lugar a menudo a que se abra el procedimiento cuando ya no sea posible reorganizar la empresa, y resta margen al deudor para negociar colectivamente con sus acreedores antes de que su empresa deje de ser un negocio en funcionamiento. Puede por ello ser un obstáculo al objetivo de maximizar el valor de la masa. Si bien cabe utilizar el balance financiero de la empresa para ayudar a definir la insolvencia, por las razones anteriormente esbozadas no constituye un criterio lo bastante fiable para servir de único fundamento para esa definición.

c) Definición de los criterios de apertura

20. El derecho interno de la insolvencia suele recurrir al criterio de la suspensión general de pagos en diversas combinaciones con el criterio del balance financiero de la empresa para determinar las condiciones de apertura de un procedimiento. Algunos regímenes internos aplican sin más el criterio de la suspensión general de pagos, al exigir simplemente que el deudor sea incapaz de cumplir con sus obligaciones a su vencimiento. Otros regímenes aplican ese mismo criterio con algunos requisitos adicionales, por ejemplo, que la suspensión de 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. Otro enfoque empleado consiste en la determinación de que el deudor, además de haber suspendido pagos, se ha endeudado excesivamente, conforme, por ejemplo, al criterio de que la incapacidad de su empresa, para pagar sus deudas a su vencimiento, sea debida a que su patrimonio sea inferior a sus deudas.

i) Insolvencia inminente (falta previsible de liquidez)

21. El derecho interno de algunos países en los que se aplica el criterio de la suspensión de pagos facultan asimismo al deudor para solicitar la apertura de un procedimiento si su empresa se encuentra en situación de insolvencia inminente o de falta previsible de liquidez, en todo supuesto en que el deudor prevea su

² 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 mutuamente independientes, y en la que ni una ni otra parte se sienta obligada a comprar o vender. En ausencia de una venta efectiva, dicho valor pudiera resultar especulativo, ya que todo valor suele basarse en suposiciones efectuadas respecto 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 mercados en los que ciertos bienes sean difíciles de vender por estar saturado el mercado o por no existir un mercado para dichos bienes, su valor de mercado será difícil de determinar.

³ Valor contable... *será completado más adelante*

imposibilidad inminente de pagar sus deudas a su vencimiento. Si bien en algunos casos esa imposibilidad tal vez sea previsiblemente breve, en otros pudiera ser previsiblemente bastante más larga, en función de la índole de las obligaciones a satisfacer. Como supuestos de hecho determinantes de esa imposibilidad, cabe citar el caso de un deudor obligado a efectuar pagos de reembolso de bonos durante un largo período que su empresa no podrá atender, o el caso de un deudor que sea objeto de una demanda colectiva de daños que sepa que va a prosperar y cuyo importe acumulativo exceda de lo que su empresa pueda pagar.

ii) Tipos de procedimiento que cabe solicitar

22. [16] Cabe discernir una segunda dimensión en el criterio de apertura referida al tipo de procedimiento que se desee abrir. En algunos ordenamientos el criterio de apertura, ya esté basado en la suspensión general de pagos o en el estado del balance financiero de la empresa, puede servir para la apertura de un procedimiento tanto de liquidación como de reorganización. En supuestos en los que los acreedores hayan 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 sea convertido en uno de reorganización. En otros regímenes, que dan primacía a la vía de la reorganización, el procedimiento habrá de abrirse con miras a la reorganización de la empresa, pero podrá transformarse en un procedimiento de liquidación al demostrarse que la empresa deudora no es susceptible de reorganización. Conforme a un tercer enfoque, la solicitud de apertura será neutral y se optará por seguir la vía de la liquidación o la de la reorganización tan sólo tras un período inicial de evaluación de la situación financiera del deudor.

3. Liquidación

a) Partes habilitadas para presentar una solicitud

23. [13] El derecho interno de la insolvencia suele prever que la solicitud de apertura de un procedimiento de liquidación podrá ser presentada por el deudor (denominado habitualmente procedimiento voluntario), por uno o más de los acreedores (denominado procedimiento involuntario), por una autoridad pública o por imperio de la ley cuando el incumplimiento por el deudor de algún requisito legal (por ejemplo, el de mantener el activo de la empresa por encima de cierto nivel) dé lugar a la apertura automática de un procedimiento de insolvencia (descrito igualmente como involuntario).

b) Apertura a instancia del deudor

24. [18] En muchos ordenamientos se aplica el criterio de la “suspensión general de pagos” para la solicitud por el deudor de la apertura de un procedimiento de liquidación. En la práctica, el deudor sólo solicitará la apertura de un procedimiento de liquidación como medida de última instancia, cuando ya no pueda pagar sus deudas, por lo que, de no objetarse dicha solicitud, no se verificará estrictamente el cumplimiento de dicho criterio. Conforme a dicha práctica, el derecho interno de algunos países permite que el deudor presente una solicitud motivada por una suspensión del pago de sus deudas a su vencimiento o, en su lugar, basada en una mera declaración de su situación financiera, por la que se notifique que su empresa no puede o no tiene la intención de pagar sus deudas, declaración que, en el supuesto de una persona jurídica deberán hacer los consejeros u otros miembros de su órgano rector). El régimen de la insolvencia de al menos un país exonera al deudor del requisito de tener que declarar el estado financiero de su empresa.

i) Obligación eventual del deudor de presentar una solicitud de apertura

25. [19] La posibilidad de que la apertura se efectúe a instancia del deudor suscita la cuestión de si debe o no obligarse al deudor a solicitar la apertura de un procedimiento al traspasar cierto umbral de deterioro de su situación financiera. No existen pareceres unánimes al respecto. Ciertos regímenes de la insolvencia o de gestión empresarial obligan al deudor a presentar una solicitud dentro de un plazo de 15 a 60 días a partir del momento en que haya suspendido el pago de sus deudas a su vencimiento o a partir del momento en que su balance financiero le haya permitido ver su estado de endeudamiento excesivo. En algunos regímenes se definen los criterios para la determinación de la suspensión de pagos, por ejemplo, por referencia a todo estado bancario por el que se vea que el deudor ha suspendido el pago de cierto porcentaje de su deuda agregada durante un cierto plazo, por ejemplo de dos meses. En un supuesto de liquidación, ese deber serviría de salvaguardia para los créditos de los acreedores al evitar toda dispersión adicional de los bienes del deudor y, en un supuesto de reorganización, mejoraría las probabilidades de éxito al alentarse la pronta apertura del procedimiento. Este deber puede ser particularmente oportuno en países en donde los acreedores descuiden su interés en abrir prontamente un procedimiento. Ahora bien, la experiencia de algunos países sugiere que la imposición al deudor de una obligación de presentar una solicitud tras un cierto número de días o de semanas de haber suspendido el pago de sus obligaciones puede dar lugar a la presentación de solicitudes que no sean reflejo de la situación financiera real del deudor (y no justifiquen, por ello, una reorganización o liquidación de su empresa). En algunos países ese deber ha sobrecargado la infraestructura encargada de tramitar las causas de insolvencia, que no estaba lo bastante desarrollada para atender a tantas solicitudes.

26. [19] La imposición de ese deber puede además suscitar dificultades prácticas sobre cuándo y cómo será exigible, particularmente cuando toda demora en solicitar la apertura de un procedimiento puede dar lugar a la responsabilidad de ciertos cargos de la empresa deudora, como sería su personal gerente o los miembros de su principal órgano rector. En esos supuestos, esa regla desalentaría al deudor de buscar otras soluciones a sus dificultades financieras, tales como un acuerdo de reorganización extrajudicial, que en algunos casos facilitarían la salida de la crisis. Además, todo deber de solicitar la apertura sería inoperante si no va respaldado por sanciones ejecutorias (y que se ejecutan) por su incumplimiento. La concesión de incentivos (tales como la paralización eventual de toda medida ejecutoria o judicial contra el deudor: ver segunda parte, capítulo III.B) tal vez dé mejor resultado a la hora de alentar una apertura temprana del procedimiento a instancia del propio deudor.

c) Apertura a instancia de uno o más acreedores

27. [20] En muchos regímenes de la insolvencia se exige para la apertura de un procedimiento de liquidación a instancia de los acreedores que el deudor haya incurrido en suspensión de pagos, exigiéndose a menudo el requisito adicional de que la deuda o deudas por pagar no sean controvertidas. Unos cuantos países exigen además que esa deuda haya sido refrendada por una resolución judicial. De ser aplicable el criterio de la suspensión general de pagos para la apertura a instancia de los acreedores, cabe prever que se darán dificultades de prueba. Si bien es probable que todo acreedor pueda demostrar que el deudor no ha pagado uno o más de sus propios créditos, es probable que no le sea tan fácil presentar pruebas de una

suspensión general de pagos. Convendría que fuera relativamente sencillo presentar prueba adecuada para establecer una presunción de insolvencia del deudor, sin necesidad de imponer una carga probatoria excesiva sobre los acreedores. Al tratar de definir un umbral de prueba suficiente para acreditar una suspensión general de pagos, que esté al alcance de los acreedores, tal vez baste, como indicio objetivo de esta suspensión, probar que el deudor no ha pagado, dentro de cierto plazo, alguna deuda vencida respecto de la que se le haya presentado una reclamación escrita de pago, o el mero transcurso de cierto plazo a partir del vencimiento de la deuda. Algunos regímenes aplican este criterio, con una gama de plazos que oscila de unos ocho días a 24 semanas en supuestos en los 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, previo a la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento.

28. [20] Los acreedores cuyos créditos no hayan vencido tienen asimismo un interés legítimo en toda apertura oportuna de un procedimiento de insolvencia. Esto puede ser particularmente cierto, por ejemplo, respecto de los titulares de créditos a largo plazo que, de exigirse como requisito de apertura el vencimiento previo de su 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 a su vencimiento. Ahora bien, todo criterio que se defina como requisito, para la presentación de una solicitud de apertura por esos acreedores, conllevará dificultades en materia de prueba, particularmente en lo relativo a la situación financiera del deudor. Si el régimen de la insolvencia desea ofrecer a los titulares de créditos no vencidos la posibilidad de presentar una solicitud de apertura, deberá sopesarse la necesidad de exigir una prueba suficiente contra el objetivo de que la apertura del procedimiento no resulte demasiado difícil, costosa o lenta.

29. [21] Además de los requisitos de la suspensión de pagos, del vencimiento de la deuda o deudas impagadas y de la índole no controvertida de la reclamación de su pago, en algunos países se exige que la solicitud sea presentada por más de un acreedor (cuyos créditos tal vez no hayan de estar garantizados ni ser controvertidos), que 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). Un tercer enfoque (aplicable al supuesto de una solicitud presentada por un único acreedor) consiste en exigir al deudor que presente al tribunal toda información que sea requerida para determinar si el impago de esa deuda es imputable a una controversia en curso con ese acreedor o constituye por el contrario indicio de falta de liquidez de la empresa deudora.

30. [22] La razón por la que se acostumbra exigir que la solicitud sea presentada por más de un acreedor suele ser la de minimizar el riesgo de que un único acreedor trate de utilizar el procedimiento de insolvencia como sucedáneo del mecanismo normal para la ejecución de su deuda, particularmente cuando esa deuda sea relativamente pequeña. Ahora bien, esa inquietud habrá de sopesarse contra el objetivo de facilitar un acceso rápido y sencillo al procedimiento de insolvencia. Por lo demás, cabe responder a esa inquietud 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 la oscilación de la moneda

puede obligar a enmendar el texto de la ley) o recurriendo a la vía anteriormente descrita de exigir que el deudor presente ciertos datos al tribunal. Cabría también imponer a todo acreedor, que haya solicitado sin fundamento la apertura de un procedimiento, el deber de indemnizar al deudor por todo perjuicio que le haya causado. Esa indemnización deberá cubrir las costas procesales y los gastos en que haya incurrido el deudor, así como todo perjuicio comercial que le haya sido ocasionado.

31. [23] Puede haber supuestos excepcionales en los que no quepa alegar ninguna deuda vencida pero que justifiquen la apertura de un procedimiento de insolvencia. Cabe citar al respecto que existen indicios de que el deudor está dando un trato preferente a determinados acreedores o de que está actuando fraudulentamente en asuntos financieros. Tal vez proceda aplicar a algunos de estos supuestos el régimen del fraude, en vez de recurrir al régimen de la insolvencia sin que haya indicios de que la empresa deudora se encuentre en esa situación.

d) Apertura a instancia de una autoridad pública

32. [24] El régimen de la insolvencia tal vez faculte a algún órgano público (habitualmente al ministerio fiscal o su equivalente) o a alguna otra autoridad supervisora para entablar a título supletorio, un procedimiento de liquidación contra toda empresa que haya suspendido pagos, en cuyo supuesto deben ser, en general, aplicables los mismos criterios restrictivos que en un supuesto de apertura a instancia de los acreedores.

33. [24] Algunos países facultan, sin tales restricciones, a las autoridades públicas o estatales para entablar un procedimiento de insolvencia, cuando su apertura se considere de interés público. En este supuesto, tal vez no sea preciso demostrar la falta de liquidez de una empresa, para facultar a cierta autoridad para poner término a las operaciones de toda empresa, por lo demás solvente, que se dedique a operaciones de índole, por ejemplo, fraudulenta o delictiva. El ejercicio de poderes policiales de esta índole estará únicamente justificado en supuestos bien definidos en los que se observen también indicios efectivos de insolvencia, y es claramente deseable que sólo se recurra a esta vía en última instancia y en ausencia de otros remedios legales más apropiados. Tal vez deba exigirse una investigación preliminar de los negocios del deudor antes de entablar esta vía, o la adopción de medidas preliminares, tales como la paralización de ciertas actuaciones y el nombramiento de un representante interino de la insolvencia que se encargaría de los asuntos en curso mientras que el tribunal decide, dentro del plazo que haya fijado, si se ha de proceder o no a la apertura de un procedimiento de insolvencia. Sólo cabría invocar estos poderes para proceder a la apertura de un procedimiento de liquidación, aun cuando en determinados supuestos fuera posible transformarlos en procedimientos de reorganización, sujetos a ciertos controles. Esa transformación sólo sería posible, por ejemplo, si el negocio en sí es lícito y si la gestión de la empresa es asumida por algún órgano público o un representante de la insolvencia.

4. Reorganización

a) Apertura a instancia del deudor

34. [25] Uno de los objetivos del procedimiento de reorganización es instituir un marco que aliente a los deudores a afrontar sus dificultades financieras antes de que

sea demasiado tarde. De acuerdo con dicho objetivo cabría establecer un criterio que no exija que el deudor haya incurrido en suspensión general de pagos (es decir, en una crisis de liquidez) para poder presentar su solicitud, sino que le permita hacerlo en supuestos de dificultades financieras que, caso 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 prevén la apertura de un procedimiento unitario o inicialmente indiferenciado (ver la segunda parte, capítulo I), facultan al deudor para presentar su solicitud si prevé que, en algún momento futuro, pudiera no estar en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento (falta de liquidez o insolvencia inminente o previsible). En algunos países se exige además que haya indicios de que existe una probabilidad real o razonable de que la empresa deudora superará la crisis, es decir que haya indicios de la viabilidad económica del negocio del deudor.

35. [26] Tal vez se sugiera que esa relajación de los criterios de apertura puede incitar al deudor a abusar de este procedimiento. Por ejemplo, podría suceder que un deudor solicite la apertura de un procedimiento, sin estar en dificultades financieras, para poner en marcha un plan de reorganización que le permita descartar ciertas obligaciones onerosas, tales como determinados contratos laborales, o que pretenda privar con ello a sus acreedores del pago puntual y completo de sus deudas. El riesgo de que un deudor abuse así de un procedimiento de reorganización dependerá de los criterios exigidos 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. Cabe prever como posible remedio contra un recurso indebido a este procedimiento por parte del deudor que el foro competente esté facultado para desestimar la solicitud presentada y, en ese supuesto, que el deudor haya de responder ante sus acreedores de los costos dimanantes del procedimiento y de todo daño ocasionado que sea imputable a la solicitud presentada.

b) Apertura a instancia de los acreedores

36. [27] Si bien el régimen de la insolvencia suele prever que el procedimiento de liquidación pueda ser iniciado tanto por un acreedor como por un deudor, no existe ningún consenso sobre si un procedimiento de reorganización podrá ser también iniciado por un acreedor y algunos regímenes prevén únicamente su apertura a instancia del deudor. Dado que uno de los objetivos del procedimiento de reorganización es dar a los acreedores la oportunidad de realzar el valor de sus créditos gracias a la reorganización de la empresa con miras a asegurar la marcha ininterrumpida del negocio, tal vez sea deseable que la facultad de solicitar su apertura no sea exclusiva del deudor. Dotar a los acreedores de esa facultad será también un factor determinante a la hora de decidir si se ha de facultar asimismo a los acreedores para proponer un plan de reorganización (ver segunda parte, capítulo V). En algunos países se sigue el criterio de que, dado que a menudo los acreedores serán los principales beneficiarios del éxito de una reorganización, se debe dar a los acreedores la oportunidad de proponer un plan al respecto. De seguirse ese criterio, parece razonable que los acreedores estén también facultados para presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de reorganización.

37. [28] En países donde la reorganización de la empresa deudora puede decretarse a instancia de los acreedores, se siguen diversos criterios para la apertura de un procedimiento. En algunos países se sigue el mismo criterio de la falta de liquidez previsible de la empresa deudora que se exige para la presentación de una solicitud de reorganización por el deudor. Según otro parecer ese enfoque es dudosamente justificable no sólo por la dificultad que tendrán los acreedores en probar que se cumple el requisito de la falta de liquidez previsible, sino también por juzgarse, en principio, improcedente la apertura de cualquier tipo de procedimiento de insolvencia contra la voluntad del deudor, sin que los acreedores hayan demostrado que sus derechos corren ya peligro. En respuesta a esas dificultades, cabría exigir que los acreedores demuestren, por ejemplo, que se dispondrá de liquidez suficiente para mantener la marcha normal del negocio durante su reorganización y que la tasa de reembolso de los créditos de los acreedores será probablemente mayor a resultas de un procedimiento de reorganización de la empresa que a resultas de su liquidación. Una de las desventajas de este criterio es que no permite que los acreedores presenten su solicitud sin haber efectuado una evaluación a fondo del negocio de la empresa deudora. Para facilitar el acceso a los datos requeridos, el régimen de la insolvencia podría disponer que, al presentar los acreedores una solicitud, se deberá proceder a la evaluación de la situación financiera del deudor por una autoridad independiente. Con ello se evitaría que el procedimiento se abra en supuestos donde no proceda, pero se ha de procurar que esos trámites adicionales no demoren la apertura del procedimiento, lo que restaría probabilidades de éxito a la reorganización de la empresa, dificultando además la maximización del valor de sus bienes.

38. [31] En algunos ordenamientos se aplica una variante del criterio de la suspensión de pagos, y en ellos se exige que la solicitud sea presentada por cierto número de acreedores o por acreedores que sean titulares de créditos ya vencidos por determinado valor cumulativo, o ambos requisitos a la vez. 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 procedimiento⁴.

39. [29] 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 el curso subsiguiente de ese procedimiento. Por ejemplo, cuando el régimen de la insolvencia suponga una paralización automática de todas las actuaciones a raíz de la apertura del procedimiento, ello dará margen para evaluar las posibilidades de proseguir el negocio y de reorganizar la empresa con éxito tras la apertura de dicho procedimiento (y cabrá convertir el procedimiento en uno de liquidación si se estima inadecuada la vía de la reorganización, si la ley lo permite). En otros ordenamientos, esa evaluación habrá de hacerse antes de presentarse 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.

⁴ La suma abonada o depositada tal vez deba cubrir asimismo la remuneración del representante de la insolvencia (ver capítulo V.B, y ver también lo relativo a las costas del procedimiento de insolvencia en el capítulo II.B.7).

40. [30] Por todo ello, tal vez se juzgue oportuno imponer un mismo criterio para la apertura de uno u otro procedimiento a instancia de los acreedores (es decir, la suspensión general de pagos). Este criterio respondería tanto al supuesto de la dualidad de procedimientos como al del procedimiento unitario (véase segunda parte, capítulo I.C), ya que la imposición 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 unos mismos criterios sean aplicables 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 que no se haya determinado que la reorganización es inviable. En este caso, el criterio para la apertura de un procedimiento de liquidación no sería el de una suspensión general de pagos, sino la determinación de que la reorganización de la empresa no será viable.

5. Cuestiones de índole procesal

a) Apertura de un procedimiento

41. El régimen de la insolvencia debe especificar cómo habrá de presentarse una solicitud para la apertura de un procedimiento de insolvencia. A menudo se exige que dicha solicitud sea presentada ante determinado tribunal, si bien pueden darse otros supuestos como el de prever que el procedimiento sea abierto por una declaración del deudor presentada ante el órgano regulador de empresas o actividades empresariales. Ello suscita la cuestión de la intervención judicial en el procedimiento de insolvencia, que se examina en la primera parte.

b) Declaración de apertura de un procedimiento de insolvencia

42. [32] La primera cuestión será la de dilucidar cómo se declara abierto un procedimiento una vez presentada la solicitud. En muchos países, el foro competente determina, a la luz de la solicitud presentada, si se dan los requisitos para declarar abierto el procedimiento. En algunos países, esa determinación podrá también efectuarla un órgano administrativo competente, que desempeña además una función supervisora básica en el curso del procedimiento. La cuestión esencial no está, sin embargo, en saber cuál es el órgano competente para adoptar dicha decisión sino cómo deberá proceder dicho órgano al adoptar esa decisión. El que las condiciones de acceso al procedimiento de insolvencia sean sencillas, no sólo facilitará la evaluación de la solicitud de apertura por dicho órgano, al restar complejidad al proceso decisorio con la consiguiente agilización del mismo, sino que reducirá asimismo las costas eventuales del procedimiento, dotándole además de mayor transparencia y predecibilidad. Las costas procesales son de particular importancia en supuestos de insolvencia de empresas medianas o pequeñas.

43. [33] Al definir los requisitos para la apertura, algunos regímenes de la insolvencia establecen una distinción entre la solicitud de apertura voluntaria y la solicitud de apertura involuntaria del procedimiento. Una solicitud de apertura voluntaria presentada por el deudor puede funcionar como reconocimiento de un supuesto de insolvencia que daría lugar a la apertura automática del procedimiento, salvo que se demuestre que el deudor trata de recurrir indebidamente al procedimiento para burlar a sus acreedores. Por el contrario, en un supuesto de

apertura involuntaria, el tribunal deberá considerar si se cumplen los criterios de apertura requeridos antes de declarar abierto el procedimiento. Conforme a otros ordenamientos, tanto si la apertura ha de ser voluntaria como involuntaria, 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 corresponde a las dificultades del deudor. Cuando la situación a evaluar sea compleja cabe que transcurra cierto tiempo entre la solicitud y la apertura del procedimiento que dé margen para que prosiga el endeudamiento de la empresa, a medida que el deudor sigue negociando y aumenta 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. De preverse esta situación, cabe soslayar esas demoras disponiendo, en primer lugar, que la evaluación se efectuará 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 podrá transformar ulteriormente en otro de reorganización, o viceversa. De seguirse ese criterio, el régimen de la insolvencia deberá definir claramente el orden de prelación de las deudas contraídas durante dicho período, las facultades que se reconocerá al deudor para disponer de sus bienes durante el transcurso del mismo, y la impugnabilidad de toda operación no permitida que se efectúe durante el período de evaluación.

c) Plazo para la declaración de apertura del procedimiento

44. [34] Cuando se le pide a un tribunal que declare abierto un procedimiento, es deseable que el tribunal decida al respecto con prontitud para dar mayor certidumbre y predecibilidad al proceso decisorio y mayor eficiencia a las actuaciones, iniciadas sin demoras. Algunos regímenes de la insolvencia prescriben un cierto plazo para la apertura del procedimiento a raíz de su solicitud. En ellos se tiende a distinguir entre las solicitudes de apertura, según sean voluntarias o involuntarias, previéndose una decisión más rápida si la solicitud ha sido voluntaria. Todo plazo adicional previsto para la solicitud involuntaria tiene por objeto dar margen para que el deudor pueda ser notificado y pueda responder oportunamente a la solicitud.

45. [34] Aun cuando esos plazos obren en aras de la certidumbre y de la transparencia del procedimiento tanto para el deudor como para sus acreedores, esa ventaja habrá de ser sopesada contra sus posibles inconvenientes. Por ejemplo, un plazo fijo puede restar la flexibilidad requerida para resolver las dificultades del caso. Ese plazo puede resultar arbitrario si no tiene en cuenta los medios 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 difícil obligar al órgano supervisor a respetar el plazo fijado y prever remedios para cuando no lo respete. El tiempo previsto entre la presentación de una solicitud y la declaración de apertura debe ser asimismo reflejo 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 ciertos datos puede tener un alcance distinto de un régimen a otro, requiriéndose igualmente un plazo distinto para completarla. Por todo ello, es conveniente que el régimen de la insolvencia adopte un criterio flexible que favorezca la rapidez del proceso decisorio, marcando

al respecto ciertas pautas razonables, pero que dé margen para toda limitación y las prioridades del caso.

d) Desestimación de una solicitud de apertura

46. [15] En los párrafos precedentes se mencionan supuestos en los que procede que el tribunal esté facultado para desestimar una solicitud de apertura, ya sea por haberse recurrido indebidamente al procedimiento o por razones técnicas de falta de cumplimiento de los criterios de apertura. Entre los ejemplos mencionados algunos se referían a solicitudes voluntarias y otros a solicitudes involuntarias. Entre los principales motivos para desestimar una solicitud cabe citar los supuestos en los que no se dan en la empresa deudora los criterios requeridos para la apertura. Si la deuda impagada es objeto de una controversia legítima o contrarrestada por una demanda de compensación de igual o mayor importe que el de la deuda invocada; si el deudor recurre a la insolvencia para burlar o privar a sus acreedores del pago oportuno y pleno de sus créditos o para liberarse de alguna obligación onerosa, como pudiera ser de ciertos contratos laborales; así como cuando el acreedor recurre a la insolvencia como sucedáneo de la vía ejecutoria normal (tal vez demasiado lenta) o como tentativa para eliminar alguna empresa competidora del mercado o para obtener algún trato preferente. La tentativa de convertir el procedimiento solicitado o abierto en otro procedimiento, por ejemplo de reorganización en vez de liquidación, plantea asimismo cuestiones conexas (la conversión de un procedimiento en otro se examina en la segunda parte, capítulo I.C y capítulo V.A.14.). De haber indicios de un recurso indebido al procedimiento, ya sea por el deudor o por sus acreedores, el régimen de la insolvencia podrá prever sanciones contra la parte que haya recurrido indebidamente al procedimiento o que trate de utilizarlo indebidamente obligándola a pagar las costas y tal vez a indemnizar a la otra parte. Cabe también prever remedios para esos supuestos en leyes distintas del régimen de la insolvencia.

e) Notificación de la apertura

47. [35] La notificación de la apertura de un procedimiento es un factor esencial para el logro de diversos objetivos del régimen de la insolvencia, al salvaguardar la transparencia de dicho procedimiento y al velar por que se informe debidamente y por igual a todos los acreedores, en el supuesto de un procedimiento voluntario.

i) Notificación de los acreedores

48. [36] En un supuesto de apertura voluntaria o a instancia del deudor, los acreedores y toda otra parte eventualmente afectada tendrán un interés evidente en ser notificados de la apertura del procedimiento en que se les dé la oportunidad de impugnar los indicios de insolvencia alegados por el deudor para acogerse a ese procedimiento (fijándose cierto plazo para dicha impugnación a fin de no alargar indebidamente las actuaciones). Cabe preguntarse, no obstante, cuál será el momento de notificar a los acreedores: al presentarse la solicitud o al declararse abierto el procedimiento. Deberá sopesarse el interés de los acreedores por enterarse de la presentación de la solicitud contra la posibilidad de que, al notificarse la solicitud, la situación del deudor se vea adversamente afectada si se desestima su solicitud o si ello impulsa a ciertos acreedores a aprovechar una última oportunidad

para obtener una ejecución rápida de sus créditos. Estos inconvenientes se evitarían si la notificación se hace al declararse abierto el procedimiento.

ii) Notificación del deudor

49. [37] En un supuesto de apertura involuntaria o a instancia de los acreedores del procedimiento de insolvencia, deberá darse, en cambio, aviso inmediato al deudor de la solicitud de apertura, junto con la oportunidad de ser oído y de poder impugnar los alegatos de los acreedores respecto de su situación financiera (ver segunda parte, capítulo IV.A). [35] No obstante, cabe prever supuestos excepcionales en los que, previa autorización por el tribunal, no se proceda a notificar al deudor de la apertura de un procedimiento por razón de que no sea posible hacerlo o de que esa notificación podría frustrar la finalidad de la solicitud presentada. Cabe citar, a título de ejemplo, el supuesto de que el deudor o el personal gerente de la empresa deudora hayan desaparecido o el supuesto de que dar aviso de la solicitud permitiría que el deudor coloque determinados bienes fuera del alcance de los acreedores o del representante de la insolvencia. Cuando el tribunal omita el requisito de la notificación del deudor y declare abierto el procedimiento, deberá darse aviso al deudor lo antes posible de la declaración de apertura.

iii) Notificación de otros interesados distintos de los acreedores

50. Puede haber otros interesados, que no sean acreedores, que deban ser notificados de la apertura de un procedimiento. Cabe citar entre ellos al servicio de correos (especialmente si se ordena que toda correspondencia destinada al deudor ha de ser entregada al representante de la insolvencia), a las autoridades fiscales, a la seguridad social, y a los órganos reguladores de la actividad empresarial.

iv) Forma y contenido de la notificación

51. [38] Además de determinar el momento en que deba darse aviso, el régimen de la insolvencia deberá tal vez indicar cuál ha de ser la forma y el contenido del aviso que ha de darse, para que sea válido. La forma de la notificación puede referirse tanto al encargado de darla (por ejemplo, el tribunal o la parte que haya presentado la solicitud) y la manera en que habrá de darse. Por ejemplo, si bien será posible dar aviso directamente a todos los acreedores conocidos, la necesidad de informar a los acreedores desconocidos ha obligado al legislador a exigir la publicación del aviso en un boletín oficial o comercial o en algún diario de circulación nacional (ver artículo 14, Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza). Tal vez haya de considerarse si el gasto inherente a dicho requisito estará justificado en todos los casos. Entre los datos que deberán figurar en la notificación cabe citar el efecto de la apertura del procedimiento (particularmente en lo relativo a la paralización de las actuaciones: ver capítulo III); la fecha de presentación de los créditos, y la manera y el lugar donde deban ser presentados; todo requisito formal o trámite a seguir para la presentación de un crédito; información sobre cuáles son los créditos que deberán ser presentados (es decir, si los titulares de créditos garantizados están o no obligados a presentarlos: ver segunda parte, capítulo VI.A); las consecuencias que tendría su no presentación; e información relativa a toda reunión prevista de los acreedores.

f) Masas desprovistas de bienes

52. [(175)] Muchas empresas deudoras en las que se cumplen los criterios requeridos para la apertura de un procedimiento de insolvencia no llegan a ser nunca oficialmente liquidadas por estimar los acreedores que la masa insolvente carece de bienes para financiar la administración de la insolvencia, y un deudor en ese estado rara vez actúa para poner en marcha el procedimiento. Conforme a algunos regímenes de la insolvencia, el tribunal deberá desestimar la solicitud de apertura si, tras la valoración oportuna, dictamina que carece de bienes, mientras otros tienen previsto que se proceda al nombramiento de un representante de la insolvencia y se provea a su remuneración (ver segunda parte, capítulo IV.B). En algunos regímenes se ha previsto que los acreedores deberán abonar una tasa para la administración de la masa insolvente (ver a continuación lo relativo a las “Costas procesales”).

53. Cabe alegar diversas razones, particularmente de interés público, para prever algún dispositivo que permita instituir una administración bajo control judicial de una masa patrimonial que carezca manifiestamente de bienes. Todo régimen de la insolvencia que no haya previsto una investigación exploratoria, de toda empresa insolvente desprovista de bienes, no hace nada por asegurar la observancia por las empresas de sus deberes de buena gestión y de conducta comercial equitativa. Ese descuido favorecerá la fuga de bienes desde una empresa insolvente a otras empresas conexas con anterioridad a la liquidación, sin temor a que esas operaciones en fraude de acreedores sean investigadas o impugnadas ante la jurisdicción civil o penal, si fuera del caso. La previsión de que la masa insolvente vaya a ser puesta en todo caso bajo administración evitaría dar a entender que esas prácticas abusivas serán toleradas, reportará beneficios a los acreedores si resulta que ciertas operaciones previas a la insolvencia son impugnables y permitirá investigar las prácticas de gestión de todo deudor insolvente cuya empresa resulte estar desprovista de bienes.

54. Entre los dispositivos financieros para la administración de esas masas desprovistas de bienes figura, como ya se dijo, la imposición de una tasa a los acreedores para gastos de administración; establecer una oficina u órgano público encargado de administrar el patrimonio de todo deudor insolvente; crear un fondo para sufragar las costas y otros gastos; [176] designar como representante de la insolvencia a un perito en insolvencia, nombrado por rotación o con arreglo a una lista, con el cometido de velar por una distribución ordenada y equitativa de la masa, desprovista o no de bienes, en todo supuesto de insolvencia, que será remunerado directamente, con arreglo a una tarifa, por el Estado o que deberá abonar las costas con cargo a la masa y con el respaldo de sus clientes (que deberán remunerarle teniendo en cuenta toda labor no remunerativa). Cuando dicho dispositivo esté previsto en el régimen de la insolvencia, deberá también indicarse cuáles son los deudores a los que su disciplina será aplicable, por referencia tal vez a cierto valor patrimonial mínimo de la masa no gravada requerida para sufragar la marcha del procedimiento.

6. Costas procesales de la insolvencia

55. La rentabilidad del procedimiento, junto con su agilidad y eficiencia son un aspecto importante de todo régimen eficiente de la insolvencia y de cada una de las fases del procedimiento. Será, por ello, importante evitar que las costas supongan una carga que disuada a los acreedores de recurrir al procedimiento,

frustrando así el logro de sus objetivos básicos. Esta consideración es particularmente importante en todo supuesto de insolvencia de una empresa mediana o pequeña. Puede también ser particularmente importante en supuestos en que el deudor esté fuertemente endeudado y muchos de sus acreedores sean titulares de deudas relativamente pequeñas que no justifiquen las costas de solicitar el procedimiento o en supuestos en los que la masa patrimonial sea pequeña.

56. [39] La presentación de una solicitud de apertura tanto por el deudor como por sus acreedores, puede conllevar el pago de alguna tasa judicial. Cabe aplicar diversos criterios para determinar el nivel de la tasa o tarifa aplicable. Uno de ellos consistiría en procurar que esa tasa sirva para sufragar las costas del procedimiento de insolvencia. [39] Una tasa demasiado elevada puede, no obstante, disuadir a los acreedores de recurrir al procedimiento, burlando así el objetivo de que la vía de acceso a dicho procedimiento resulte a la vez sencilla, rápida y económica. Una tasa demasiado baja no serviría, en cambio, para disuadir la presentación de solicitudes insuficientemente motivadas, por lo que deberá arbitrarse una solución intermedia que satisfaga lo mejor posible todos estos objetivos. 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 depositar cierta suma como garantía del pago de las costas. Conforme a ciertos regímenes en los que se exige el depósito de ciertas sumas por concepto de costas, esa suma podrá ser reembolsada con cargo a la masa, siempre que haya bienes suficientes, y en ellos se exime a ciertos acreedores, tales 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 sea insuficiente, esos regímenes suelen prever que la solicitud sea desestimada o que sea tratada de conformidad al régimen previsto para las masas desprovistas de bienes (ver lo dicho al respecto anteriormente).

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas a ~~los criterios para~~ la solicitud y apertura de un procedimiento de insolvencia tienen por finalidad:

- a) facilitar el acceso del deudor y de sus acreedores a los remedios previstos por el régimen de la insolvencia;
- b) indicar cuál será el tribunal competente para entender del procedimiento de insolvencia y de todo asunto suscitado en el curso de dicho procedimiento;
- c) establecer criterios para la solicitud y la apertura de un procedimiento que sean transparentes y seguros;
- d) abrir vías expeditivas, eficientes y económicas ~~poco costosas~~ para la presentación y tramitación de la solicitud de apertura;

- e) establecer requisitos que garanticen una notificación eficaz de la apertura de un procedimiento;
- f) imponer salvaguardias básicas que amparen tanto al deudor como a sus acreedores ~~de todo recurso indebido al [régimen de la insolvencia]~~ contra la presentación indebida de una solicitud de apertura de un procedimiento.

Contenido de las disposiciones legales

Criterios para la admisión de una solicitud

17) [16]] El régimen de la insolvencia debe disponer que toda solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia deberá presentarse ante el tribunal competente, y debe indicar claramente quién podrá presentar una solicitud, en el entendimiento de que tanto el deudor como sus acreedores deben estar facultados para hacerlo.

Criterios para la apertura

18) [17]] El régimen de la insolvencia debe disponer que los criterios para la apertura de un procedimiento de insolvencia, ya sea de liquidación o de reorganización, deben ser:

- a) de ser presentada la solicitud por el deudor, que el deudor no esté o no vaya a estar en condiciones de pagar sus deudas ~~vencidas a su~~ vencimiento [o, en su lugar, que sus deudas excedan del valor de sus bienes];
- b) de ser presentada la solicitud por un acreedor, que el deudor no esté en condiciones de pagar sus deudas vencidas [o, en su lugar, que sus deudas excedan del valor de sus bienes].

Presunción de que el deudor no está en condiciones de pagar sus deudas

Versión 1

19) [18]] El régimen de la insolvencia ~~deberá~~ podrá disponer que si el deudor deja de pagar una o más de sus deudas vencidas, y si la deuda impagada no es objeto de una controversia legítima o de una demanda legítima de compensación, se le presumirá incapaz de pagar sus deudas⁵.

⁵ 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.

Versión 2

19) [18)] El régimen de la insolvencia podrá establecer una presunción por la que, en ciertos supuestos, se presuma que el deudor ha dejado de estar en condiciones de pagar sus deudas, a fin de facilitar la apertura de un procedimiento por uno o más de sus acreedores⁶. Cabe citar como supuestos determinantes de dicha presunción que:

- a) el deudor no haya pagado cierto número de sus acreedores, calculado ya sea en función del número de créditos vencidos (uno o más), del valor cumulativo de dichos créditos (...), o en función de ambos criterios; y
- b) las deudas vencidas e impagadas no sean objeto de una controversia legítima o de una demanda de compensación por un valor igual o superior al importe de la deuda.

Apertura a instancia del deudor

20) [(19)] De ser presentada la solicitud de apertura por el deudor, el régimen de la insolvencia debe disponer que el procedimiento ~~deberá ser~~ será instituido por:

- a) la solicitud funcionando como apertura automática del procedimiento; o
- b) el tribunal, al que se habrá de pedir que determine prontamente si se ha de abrir el procedimiento de insolvencia.

Apertura a instancia de un acreedor

21) [20)] De ser presentada la solicitud de apertura por un acreedor, el régimen de la insolvencia debe exigir que:

- a) se notifique prontamente al deudor;
- b) se dé al deudor la oportunidad de responder a la solicitud; y
- c) el tribunal determine sin dilación si procede o no abrir un procedimiento de insolvencia.

Notificación de la apertura

22) [21)] El régimen de la insolvencia debe disponer que la notificación de la apertura de un procedimiento de insolvencia sea dada a conocer al público en general en una publicación oficial o en un diario de circulación nacional, según se estime apropiado en función de su eficacia y de su costo, o insertando la notificación en un registro público [apropiado][de cierta importancia], [ya sea electrónico o no]. El régimen de la insolvencia podrá además indicar quién estará obligado a efectuar esa notificación.

⁶ El deudor podrá rebatir dicha presunción demostrando, por ejemplo, que está en condiciones de pagar sus deudas; que la deuda impagada es objeto de legítima controversia; 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.

23) [22)] El régimen de la insolvencia debe exigir que todos los acreedores conocidos [que puedan ser identificados en los libros y demás documentación del deudor] sean personalmente notificados, salvo que, en las circunstancias del caso, el tribunal estime más apropiada alguna forma distinta o adicional de notificación.

24) [22)] El régimen de la insolvencia debe exigir que la notificación de la apertura del procedimiento a los acreedores debe especifique:

- a) todo plazo aplicable para presentar un crédito, la forma de presentarlo y el lugar en donde podrá presentarse;
- b) el procedimiento a seguir y todo requisito formal necesario para presentar un crédito;
- c) las consecuencias de que un crédito no sea presentado; y
- [d) la información disponible sobre toda reunión eventual de los acreedores].

Desestimación de una solicitud de apertura

25) [23)] Cuando sea el tribunal quién decida si se ha de abrir el procedimiento, (ya sea a instancia del deudor o de los acreedores),⁷ el régimen de la insolvencia debe permitir que el tribunal desestime la solicitud ~~o deniegue la apertura del procedimiento~~ si el tribunal dictamina que⁸:

- a) la solicitud constituye un recurso indebido al régimen de la insolvencia;
- b) de ser presentada la solicitud por un acreedor, la deuda o deudas impagadas son objeto de una controversia legítima o de una demanda de compensación por un importe igual o superior al de la deuda; o
- c) en una solicitud de liquidación, [que el deudor es solvente] no se dan los criterios requeridos para la apertura.

Patrimonio desprovisto de bienes

26) El régimen de la insolvencia debe determinar cómo se habrá de proceder en supuestos en los que la masa de la insolvencia esté desprovista de bienes. Cabe prever diversos enfoques como el de que se haya de desestimar la solicitud si el tribunal dictamina, la carencia de bienes, o el de que se haya de declarar abierto en todo caso el procedimiento y designar a un representante de la insolvencia para que administre la masa, pudiéndose prever al respecto diversas modalidades de nombramiento y remuneración del representante de la insolvencia [ver capítulo IV.B].

⁷ Consúltense las recomendaciones 20) y 21).

⁸ En determinados supuestos tal vez proceda que un procedimiento sea transformado de liquidación en reorganización, o viceversa: ver capítulo I, sección B.