



# Asamblea General

Distr. limitada  
23 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 período de sesiones  
Viena, 9 a 13 de diciembre de 2002

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

#### Nota de la Secretaría

#### Índice

*[La introducción y la primera parte del proyecto de guía pueden verse en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63; el capítulo I de la segunda parte figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 y Add.2; el capítulo II.A y B figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 y Add.4; el capítulo III.A a C figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add. 5 a 7; y el capítulo III.E a F y los capítulos IV a VII figuran en adiciones subsiguientes]*

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Segunda parte (continuación)		
III. Régimen aplicable a los bienes a la apertura de un procedimiento de insolvencia . . .		2
D. Régimen aplicable a los contratos . . . . .	118-150	2
1. Introducción . . . . .	118-122	2
2. Mantenimiento [confirmación] del contrato . . . . .	123-135	4
3. Rescisión . . . . .	136-142	7
4. Arrendamientos . . . . .	143	9
5. Cesión . . . . .	144-146	10
6. Excepciones generales a la potestad de proseguir [confirmar], rescindir y ceder los contratos . . . . .	147-149	11
7. Contratos posteriores a la apertura del procedimiento . . . . .	150	12
Recomendaciones . . . . .	52)-68)	12



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

*Los números de recomendaciones que figuran entre corchetes remiten a la versión anterior de dichas recomendaciones que figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.61 y A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1. Todo texto que se haya añadido a las recomendaciones figura subrayado en el presente documento.*

## **Segunda Parte (continuación)**

### **III. Régimen aplicable a los bienes a la apertura de un procedimiento de insolvencia**

#### **D. Régimen aplicable a los contratos**

##### **1. Introducción**

118. [86]. A medida que una economía se desarrolla, es probable que su riqueza pase a depender en mayor grado de los contratos que de la tierra. A ello se debe la enorme importancia del régimen aplicable a los contratos en supuestos de insolvencia. Cabe citar dos grandes dificultades para la elaboración de los principios que deben regir en la materia. La primera dimana de que los contratos, a diferencia de los demás bienes de la masa, suelen conllevar deudas u obligaciones del deudor que la masa deberá respetar, efectuando pagos o prestaciones, a fin de poder disfrutar de los derechos contractuales correspondientes que pueden reportar contraprestaciones valiosas. Ello significa que se habrán de adoptar decisiones difíciles acerca del trato que se ha de dar a un contrato para que reporte el mayor provecho posible a la masa de la insolvencia. [89] La segunda dificultad dimana de la gran diversidad de los contratos: contratos de compraventa pura y simple; arrendamientos a corto o a largo plazo de tierras, de bienes o de servicios personales; y contratos sumamente complejos para la concesión, construcción o explotación de grandes obras o servicios de utilidad pública, etc. Además, el deudor podrá ser parte en esos contratos como comprador o vendedor, 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.

119. [87] El objetivo de maximizar el valor de la masa y de reducir su pasivo, procurando habilitar, en una reorganización, a la empresa para que sobreviva y prosiga su negocio, a ser posible sin interrupciones, puede suponer que se haya de mantener todo contrato que sea provechoso a la empresa, procurando deshacerse de aquellos que resulten onerosos, es decir, de todo contrato cuyo costo operacional supere al beneficio que reporte. Cabe citar, como ejemplo, el de un contrato por el que un deudor se haya comprometido a comprar determinadas mercancías a un precio que sea inferior al precio del mercado en el momento de la insolvencia, supuesto donde es evidente que el interés de la masa está en seguir comprando al

precio inferior para revender al precio del mercado. En un caso así, el vendedor deseará naturalmente liberarse de ese acuerdo poco rentable, pero en algunos ordenamientos no le será permitido, aun cuando la masa de la insolvencia tal vez haya de garantizarle que se le pagará el precio estipulado en su totalidad. En muchos supuestos, el mantenimiento del contrato será beneficioso para las dos partes contratantes, y no únicamente para el deudor.

120. [88] La decisión sobre el tratamiento que ha de darse a los contratos en el marco de una insolvencia plantea, por un lado, la cuestión básica de la importancia que se ha de asignar a la observancia del régimen general de los contratos en el marco de la insolvencia y, por otro, la cuestión de la importancia relativa de los factores que puedan justificar cierta supeditación de los principios contractuales que inspiren dicho régimen. Existen, sin duda, intereses encontrados que deberán ser compaginados. Cabe citar, al respecto, la importancia que se atribuya a las metas de orden público del régimen de la insolvencia frente a la predicibilidad del contrato y el notable interés social de ciertas categorías de contratos como los contratos laborales (ver más adelante); el efecto de interferir en las condiciones de contratos que aún no hayan sido cumplidos sobre la previsibilidad del comercio y de las relaciones financieras, así como sobre la disponibilidad y costo subsiguientes del crédito financiero ofrecido a las empresas (cuanto mayores sean los poderes para mantener [aceptar] o rescindir contratos en supuestos de insolvencia tanto mayor será el costo y menor la disponibilidad de crédito financiero); así como en qué medida interferir en los contratos favorece la recuperación de bienes económicos.

121. [88] Cuando el régimen de la insolvencia adopta el enfoque de permitir que se interfiera en el funcionamiento de los principios generales del régimen de los contratos, hay que considerar cuál será el alcance de esa intervención y cuáles son las categorías de contratos en las que se permitirá. [84] Es casi inevitable que, a la apertura de un procedimiento de insolvencia, el deudor sea parte en uno o más contratos en los que el deudor y la otra parte tienen obligaciones pendientes distintas del pago de una suma de dinero, como por ejemplo el precio estipulado por mercancías ya entregadas. [85] No se necesita ningún régimen especial para el supuesto de que una parte haya cumplido plenamente sus obligaciones. Si es el deudor quien no ha cumplido totalmente sus obligaciones, la otra parte podrá reclamar su cumplimiento o una indemnización, pero normalmente habrá de hacerlo en el marco del procedimiento de insolvencia (ver capítulo VI.A de la segunda parte). Si la otra parte es la que no ha cumplido totalmente sus obligaciones, el representante de la insolvencia podrá reclamar el cumplimiento de la otra parte o una indemnización. Sin embargo, cuando ambas partes no hayan cumplido plenamente sus obligaciones, es rasgo común de muchos regímenes de la insolvencia que, según los casos, los contratos se mantengan o se rescindan (o quizás se cedan, aun cuando esta última opción muchas veces no está permitida. Normalmente, será el representante de la insolvencia el que se encargue de tomar estas decisiones. En algunos ordenamientos, ciertas decisiones habrán de ser aprobadas por el tribunal.

122. [88] En lo que respecta a cuáles serán los contratos que se verán afectados, una solución habitual en los regímenes de la insolvencia consiste en prever un régimen general para todo tipo de contratos con excepciones para algunos contratos especiales. La facultad para rescindir, por ejemplo, los contratos laborales, posiblemente deba restringirse a la vista de la inquietud de que la liquidación sea

utilizada como ardid para eliminar la protección de que gozan los empleados en virtud de sus contratos. Cabe también citar como categorías de contratos que requieren un régimen especial, posiblemente, ciertas operaciones del mercado financiero (ver capítulo III.F de la segunda parte) y algunos contratos de servicios personales, en los que la identidad de la persona que ha de cumplir el acuerdo, ya sea el mismo deudor o un empleado suyo, revista particular importancia.

## **2. Mantenimiento [confirmación] del contrato**

123. [95] En la reorganización, al ser el objetivo del procedimiento que la empresa sobreviva y prosiga su negocio en la medida de lo posible, puede ser crucial para el éxito del procedimiento mantener en vigor [confirmar] todo contrato, que sea rentable o esencial para el negocio.

124. [100] Es probable que en una liquidación sea menos importante respetar la vigencia de los contratos después de la apertura del procedimiento que en una reorganización, salvo que el contrato contribuya al valor del negocio o de algunas de sus unidades y facilite así la venta de la empresa como negocio en marcha. Por ejemplo, un alquiler negociado a un precio inferior al del mercado y por un plazo cuyo término esté aún distante puede constituir un activo importante para la venta del negocio o que reporte algún otro provecho a los acreedores.

### **a) Cláusulas de rescisión automáticas**

125. [96] Muchos contratos contienen una cláusula por la que se estipula que la apertura de un procedimiento de insolvencia u otros indicios de crisis financiera constituyen supuestos de incumplimiento que dan a la otra parte un derecho incondicional a rescindir el contrato o a reclamar su ejecución anticipada, o algún otro derecho. En algunos foros se reconoce la validez de estas cláusulas en beneficio de la masa, por lo que si el representante de la insolvencia desea proseguir el contrato después de la apertura del procedimiento, sólo será posible hacerlo si la otra parte no opta por rescindirlo o reclamar su cumplimiento anticipado, o si no se consigue disuadirla de hacerlo. Para tales supuestos, el régimen de la insolvencia puede haber previsto algún mecanismo por el que se pueda tratar de persuadir a aquellas partes cuyo contrato sea rescindible, a optar por mantenerlo, tal como sería darles prelación de pago por todo servicio contractual prestado tras la apertura del procedimiento (en algunos regímenes de la insolvencia, esos gastos son tratados como gastos posteriores a la apertura con derecho a ser pagados en primer lugar).

126. [97] Cabe aducir a favor de que se respeten este tipo de cláusulas de rescisión los siguientes factores: la conveniencia de respetar todo trato comercial que se haya concertado; evitar que el deudor pueda optar por cumplir selectivamente los contratos que le sean rentables, anulando, sin más, los demás (ventaja de la que estará privada su contraparte inocente); el efecto de no respetar estas cláusulas sobre todo acuerdo de compensación global por saldos netos de contratos financieros; la lógica de que puesto que la empresa insolvente habrá normalmente suspendido pagos, toda demora en rescindir los contratos sólo servirá para elevar el monto de su endeudamiento; la necesidad para todo creador de ideas patentables de poder controlar su explotación comercial; y las repercusiones que puede tener la rescisión de un contrato relativo a un bien inmaterial sobre el negocio de la otra parte.

127. [98] Según otro criterio, el representante de la insolvencia podrá proseguir o confirmar un contrato aun cuando la otra parte se oponga, lo que significa que todo supuesto de incumplimiento, como la apertura de un procedimiento de insolvencia, que dé a la otra parte derecho a rescindir o a reclamar el cumplimiento anticipado del contrato, se verá privado de su efecto por imperativo legal del régimen de la insolvencia. Esa posibilidad de anular las cláusulas de rescisión o de cumplimiento anticipado del contrato en un procedimiento de reorganización puede ser crucial para el éxito del procedimiento si se trata, por ejemplo, de un contrato de arriendo de algún factor esencial o si se refiere al empleo de bienes de propiedad intelectual incorporados a algún producto clave de la empresa. Esa posibilidad puede reforzar también la rentabilidad potencial del negocio; restarle medios de presión comercial a algún proveedor esencial; asegurar el valor de los contratos del deudor en provecho de sus acreedores y contribuir a interesar a todos los acreedores en la reorganización. Cuando el régimen de la insolvencia prevea la supeditación de las cláusulas de rescisión, 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 estará facultado para restablecer el contrato así rescindido, siempre que dé cumplimiento a las obligaciones del deudor previas y posteriores a la apertura de procedimiento.

128. [101] Cabe aducir a favor de que se pueda privar de su efecto a las cláusulas de rescisión en supuestos de liquidación, la necesidad de mantener intacto el negocio para no debilitar su rentabilidad eventual y optimizar las posibilidades de venta; el interés de que se retenga el valor de todo contrato rentable en beneficio de todos los acreedores, evitando que la otra parte quede libre de su compromiso; y la conveniencia de interesar a todas las partes en la suerte final del negocio.

129. [99] Aun cuando en algunos ordenamientos se permite ya dejar sin efecto a las cláusulas de rescisión, esa tendencia no se ha generalizado todavía en los regímenes de la insolvencia. Subsiste cierta tensión entre el deseo de favorecer la supervivencia de la empresa deudora, lo que puede requerir mantener ciertos contratos y el peligro de restar predecibilidad a los tratos comerciales y elevar su costo, a resultas de las diversas excepciones previstas a la regla general. Si bien esta cuestión habrá de ser cuidadosamente sopesada en cuanto a sus ventajas e inconvenientes, no dejan de darse casos en los que esa facultad del representante de la insolvencia para confirmar ciertos contratos será crucial para el éxito de la reorganización, así como, aun cuando quizá en menor medida, para vender la empresa como negocio en marcha en un supuesto de liquidación. Todo impacto negativo de la facultad de dejar sin efecto a las cláusulas de rescisión puede ser compensado indemnizando a aquellos acreedores que puedan demostrar que han sufrido algún daño o pérdida a resultas del mantenimiento del contrato después de la apertura del procedimiento.

**(b) Procedimiento para el mantenimiento del contrato**

130. [92] Los regímenes de la insolvencia siguen distintos criterios respecto del mantenimiento o, en algunos casos, de la confirmación de ciertos 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 se regirá por el derecho general de los contratos, salvo que el régimen de la insolvencia disponga expresamente que se ha de aplicar alguna otra norma, como sucedería respecto de las cláusulas de rescisión automática (ver más arriba). [91] Sin embargo, algunos regímenes exigen del representante de la insolvencia que decida si el contrato es necesario y se mantendrá en vigor, señalándole un plazo para ello. De no decidir nada dentro de dicho plazo, el contrato se considerará rescindido. En caso de seguirse este criterio, cabría hacer una distinción entre los supuestos de liquidación y los de reorganización. En la liquidación, se rescindirá automáticamente el contrato, salvo que el representante de la insolvencia haya tomado la medida oportuna, dentro de cierto plazo, para mantenerlo. Mientras que en una reorganización, convendría prever una mayor flexibilidad para evitar una situación en la que, por no tomar oportunamente una decisión, se prive a la masa patrimonial de un contrato que podría ser crucial para el procedimiento, en detrimento de aquélla. Este criterio presenta en la práctica el inconveniente de que, en muchos casos, no se puede adoptar una decisión respecto de un contrato al no poder éste cumplirse, y que si el procedimiento exigiera que se adoptara una decisión explícita para cada contrato, resultaría excesivamente costoso y engorroso.

131. [92] Cualquiera que sea el régimen elegido en lo relativo al mantenimiento de los contratos, se aconseja que todo derecho atribuido al representante de la insolvencia recaiga sobre el contrato en su conjunto, sin dar lugar a que el representante de la insolvencia pueda optar por proseguir o aceptar ciertas partes del contrato y rechazar otras. También es conveniente que toda facultad del representante de la insolvencia respecto de la suerte de un contrato quede circunscrita a aquellos contratos, de alguna de las categorías contractuales pertinentes, de los que el representante o el tribunal (si éste ha de intervenir en la decisión) tengan conocimiento. De no preverse esta limitación, el representante que omitiera decidir respecto de un contrato cuya existencia desconociera, se vería expuesto a reclamaciones por daños frente a la masa y posiblemente frente a él, por incumplimiento de su deber profesional.

**c) Mantenimiento de un contrato en supuestos de incumplimiento del deudor**

132. [93] De haber incumplido ya el deudor un contrato al solicitarse la apertura de un procedimiento, cabe cuestionar la equidad de obligar a la otra parte en ese contrato a seguir comerciando con un deudor insolvente que haya además incumplido sus obligaciones antes de la insolvencia. Algunos regímenes de la insolvencia exigen, como requisito para proseguir dicho contrato, que el representante de la insolvencia subsane todo incumplimiento del contrato y garantice su futuro cumplimiento depositando, por ejemplo, alguna caución o garantía. Otros regímenes de la insolvencia no exigen subsanar incumplimientos anteriores, pero pueden imponer restricciones relativas a las circunstancias en las que esa opción sea posible, como por ejemplo, en el supuesto de contratos que puedan dividirse en varias partes separables, tales como los contratos de prestación de servicios públicos. Cabría exigir del representante que garantice el cumplimiento futuro y, en ciertos casos, responda personalmente de todo incumplimiento futuro.

**d) Créditos nacidos de contratos confirmados**

133. [94] Los contratos que se mantienen en vigor después de la apertura del procedimiento son considerados como obligaciones en curso del deudor, de cumplimiento, necesario y posteriores a la apertura del procedimiento. Los créditos nacidos del cumplimiento de un contrato, tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, son tratados por ciertos regímenes de la insolvencia como gastos de administración de la masa (ver el capítulo VI.A de la segunda parte) por lo que gozan de prelación frente a los créditos ordinarios. Dado que esa prelación supone un riesgo para los demás acreedores (que serán pagados después), es conveniente sólo proseguir aquellos contratos que sean rentables o que sean esenciales para que prosiga el negocio tras la apertura del procedimiento de insolvencia. Otros regímenes de la insolvencia no otorgan prelación alguna a esos créditos, que serán tenidos por simples créditos ordinarios.

**e) Modificación de un contrato confirmado**

134. [88] Como cuestión adicional digna de consideración, cabe mencionar la necesidad de que se definan los supuestos en los que se autorice al representante de la insolvencia a alterar los términos de un contrato que se mantenga en vigor después de la apertura del procedimiento. Cuando se decida proseguir un contrato, deberá respetarse todo lo en él estipulado. Como principio general, el representante de la insolvencia gozará de mayores facultades para modificar el contrato que las que correspondan al propio deudor. Esto supone que el representante de la insolvencia deberá negociar con la otra parte cualquier modificación que desee y que toda modificación, que introduzca sin el consentimiento de la otra parte, constituirá una ruptura del contrato, por la que la otra parte podría reclamar daños y perjuicios.

**(f) Excepciones a la potestad de un representante para mantener vigente un contrato**

135. [102] Las excepciones a la potestad del representante de la insolvencia para decidir si un contrato debe mantenerse en vigor suelen corresponder a dos categorías. Por la primera se exceptuaría de la potestad eventual del representante de la insolvencia, para dejar sin efecto toda cláusula contractual de rescisión automática, a ciertas categorías de contratos como los contratos financieros a corto plazo (por ejemplo, los contratos a término y las permutas financieras; ver capítulo III.F de la Segunda Parte). Dentro de la segunda categoría figurarían aquellos contratos en los que, cualquiera que sea el régimen de la insolvencia respecto de las cláusulas de rescisión automática, el contrato no podrá proseguirse por razón de la índole personal irremplazable de los servicios que ha de prestar el deudor o un empleado de éste (el contrato tal vez requiera, por ejemplo, algún derecho exclusivo de propiedad intelectual, servicios que impliquen un acuerdo de asociación, prestaciones de servicios por personal altamente especializado o por un perito que no esté ya disponible).

**3. Rescisión**

136. [103] Por regla general, conviene que el representante de la insolvencia esté facultado para rescindir todo contrato en que ninguna de las partes haya completado

el cumplimiento de sus obligaciones. [91] Es aconsejable también que todo derecho a rescindir un contrato recaiga sobre el contrato en su conjunto, sin dar lugar a que el representante de la insolvencia pueda optar por proseguir ciertas partes del contrato y rescindir otras.

137.[107] En un supuesto de reorganización, se mejorarán las perspectivas de éxito de la misma si se autoriza al representante de la insolvencia a denunciar todo contrato que resulte en exceso oneroso, tales como los contratos que supongan para la masa una carga superior al beneficio reportado o, en el supuesto de un arriendo que no haya expirado, cuando su precio sea superior al que entonces rijan en el mercado.

**a) Procedimiento de rescisión**

138. [104] Al igual que para confirmar un contrato, cabe utilizar diversos mecanismos para rescindir el contrato. Muchos regímenes prevén un mismo procedimiento para confirmar o rescindir un contrato, consistente, por ejemplo, en que el representante de la insolvencia tendrá que adoptar una decisión expresa al respecto, como sería la de notificar a la otra parte que el contrato se ha de proseguir o se ha de dar por rescindido. Algunos regímenes exigen que dicha notificación se presente dentro de cierto plazo. Sin dicho plazo, peligrarían los objetivos de la certidumbre, predecibilidad y marcha eficiente del procedimiento, si el representante no rescinde prontamente un contrato, dejando que el negocio quede irresuelto durante cierto tiempo. En todo supuesto en que el contrato suponga algún servicio continuo esa demora daría lugar también a una acumulación innecesaria de gastos (por ejemplo, el pago del alquiler de bienes o de servicios prestados al deudor puede dar lugar a una acumulación elevada de gastos administrativos si esos arriendos no se rescinden rápidamente), o a que deje de prestarse un servicio esencial (cuando se exija que el representante de la insolvencia decida rápidamente que se mantenga en vigor un contrato).

139. [105] Conforme a otro criterio cabe considerar que el contrato queda automáticamente rescindido si el representante de la insolvencia no ha tomado una decisión al término del plazo estatuido al respecto. Ese plazo podrá ser más largo en una reorganización que en un supuesto de liquidación. Con este criterio se trata de que ambas partes sepan a qué atenerse, ya que el representante de la insolvencia deberá adoptar una decisión oportuna respecto de todo contrato pendiente a la apertura del procedimiento, despejando toda duda que pueda albergar la otra parte respecto de la subsistencia del contrato dentro de un plazo razonable tras la apertura del procedimiento. Algunos regímenes prevén asimismo que la otra parte podrá solicitar del representante de la insolvencia que adopte una decisión sobre determinado contrato dentro de cierto plazo o que esa parte solicite del tribunal una orden conminando al representante a adoptar una decisión, so pena de que el contrato pueda darse por rescindido.

140. [108] Al igual que se indicó anteriormente respecto de la confirmación de un contrato, puede ser conveniente distinguir entre los supuestos de liquidación y de reorganización en lo referente a toda presunción de que un contrato haya sido rescindido. Si bien, en un supuesto de liquidación, cabe suponer que toda decisión no adoptada oportunamente por el representante de la insolvencia respecto del contrato, equivale a su rescisión, esa suposición puede ser prematura en un supuesto

de reorganización. De procederse a la reorganización, tal vez convenga dar como margen al representante de la insolvencia para decidir si se ha rescindir el contrato el tiempo que sea necesario para aprobar el plan de reorganización, con tal de que todo provecho reportado a la masa por el contrato sea remunerado hasta el momento de la rescisión, en calidad de gasto administrativo a la otra parte, que deberá poder exigir una decisión más temprana si lo desea o lo juzga necesario. Conviene que se determine claramente en el plan el trato que se ha de dar a determinados contratos, disponiéndose tal vez que todo contrato no expresamente mencionado en el plan quedará automáticamente denunciado al ser aprobado dicho plan.

**(b) Consecuencias de la rescisión para la otra parte**

141. [106] En espera de la decisión de si se debe rescindir o mantener un contrato, es conveniente que se remunere conforme corresponda todo beneficio reportado por el contrato con cargo a la masa de la insolvencia. Si se rescinde el contrato, la otra parte queda dispensada del cumplimiento del resto del contrato, por lo que la única cuestión a resolver es la de calcular el importe de todo daño no asegurado imputable a esa rescisión. La otra parte pasará a ser un acreedor sin garantía por el monto de los daños sufridos. Si el contrato se ha seguido cumpliendo durante cierto tiempo tras la apertura del procedimiento, antes de ser rescindido, la otra parte podrá reclamar la suma debida por ese cumplimiento (probablemente a título de gastos administrativos de la insolvencia)<sup>1</sup> y una suma por concepto de los daños causados por la rescisión. Todo contrato que se prosiga deberá ser cumplido, por ambas partes, conforme a los términos del contrato.

**(c) Excepciones a la potestad de rescindir**

142. [109] Cualquiera que sea el alcance de la potestad de rescisión otorgada al representante de la insolvencia, deberán preverse excepciones para ciertos contratos. Una excepción importante sería la de los contratos laborales (ver capítulo III.D.6 de la segunda parte) y ciertos contratos financieros (ver capítulo III.F de la segunda parte). Tal vez convenga exceptuar igualmente los acuerdos en los que el deudor sea el otorgante o el beneficiario de una licencia de propiedad intelectual y la rescisión de ese contrato pueda poner término o dañar gravemente al negocio de la otra parte, especialmente si la ventaja de la rescisión es relativamente pequeña para el deudor.

**4. Arrendamientos**

143. Algunos regímenes de la insolvencia contienen ciertas reglas relativas a los arrendamientos que no hayan vencido. Conforme a algunos regímenes, un arrendamiento en el que el deudor sea el arrendatario puede rescindirse sin tener en cuenta la fecha de vencimiento del arrendamiento, siempre que se respeten los periodos de preaviso previstos en la legislación o en el contrato de arrendamiento. La rescisión del contrato daría al arrendador un derecho de indemnización por rescisión anticipada. Si el deudor es un arrendatario y se desea retener el bien arrendado, tal vez proceda imponer ciertas condiciones a la masa de la insolvencia, tales como que el representante de la insolvencia subsane cualquier incumplimiento, indemnice todo daño imputable a dicho incumplimiento y garantice el futuro

---

<sup>1</sup> Ver capítulo VI.C de la segunda parte, sobre el orden de prelación de los créditos.

cumplimiento del contrato de arrendamiento. [109] Tal vez convenga también fijar un tope máximo a la indemnización reclamada por el arrendador (que tal vez sea una suma monetaria o un plazo durante el que sea abonable esa indemnización) a fin de que el monto de la indemnización abonable por concepto de un arriendo a largo plazo no sea desproporcionado a la luz de la suma que vaya a quedar para pagar los créditos de los demás acreedores. El arrendador suele tener ocasión de mitigar sus pérdidas realquilando su local o su terreno.

## 5. Cesión

144. [110] Permitir que el representante de la insolvencia opte por ceder el contrato a un tercero, pese a toda cláusula contractual de intransferibilidad o de rescisión automática del contrato, puede reportar provecho a la masa de la insolvencia con miras a su reorganización y a los acreedores que hayan de repartirse el producto de su liquidación. [111] Si bien esta potestad del representante se considera crucial, en algunos países, para el procedimiento de liquidación, en otros es completamente desconocida o puede estar incluso prohibida. [110] Puede haber contratos, en los que, al ser el precio cobrado inferior al del mercado, la otra parte se beneficiaría de su rescisión. Si ese contrato puede ser cedido a un tercero, esa diferencia entre el precio del mercado y el del contrato redundaría en provecho de la masa de la insolvencia y no de la otra parte en el contrato.

145. [111] Ahora bien, la cesión de un contrato, en contra de lo estipulado, puede ser contraria a los derechos contractuales de la otra parte que pudiera verse perjudicada, especialmente cuando dicha parte no pueda intervenir en la selección del cesionario, [97] y que puede tener para ella el inconveniente adicional de imponerle un cesionario que no conozca o con el que no desee tener tratos. Se siguen diversos criterios a este respecto, ya que algunos regímenes de la insolvencia invalidan expresamente toda cláusula de intransferibilidad del contrato a la apertura del procedimiento de insolvencia, mientras que en otros, la cuestión se remite al régimen general de los contratos; si el contrato incorpora una cláusula de intransferibilidad éste no podrá cederse salvo que la otra parte o todas las partes en el contrato originario den su consentimiento. Algunos regímenes establecen también que, en el supuesto de que el consentimiento sea denegado sin motivo razonable por la otra parte, el representante de la insolvencia pueda llevar a cabo la cesión, demandando la autorización requerida del foro competente o demostrando a la otra parte que el cesionario reúne las condiciones para cumplir adecuadamente el contrato, lo que permitirá que el contrato sea cedido en provecho de la masa de la insolvencia<sup>2</sup>.

146. [112] Aun cuando el representante de la insolvencia esté facultado para ceder los contratos, algunos contratos no podrán cederse por estipular la prestación de ciertos servicios personales irremplazables o porque lo prohíba expresamente la ley. En algunos países, por ejemplo, no se podrá ceder ninguna contrata otorgada por la administración pública.

---

<sup>2</sup> Este enfoque corresponde, por ejemplo, al criterio seguido en el artículo 9 de la Convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional de la CNUDMI (2001).

## 6. Excepciones generales a la potestad de proseguir [confirmar], rescindir y ceder los contratos

147. [112] Se han mencionado más arriba varias excepciones específicas a la potestad del representante analizada en esta sección. No obstante, en un régimen de la insolvencia puede ser necesario considerar excepciones generales para algunos tipos de contratos, no sólo respecto de esa potestad sino también respecto de otras disposiciones del régimen de la insolvencia. Las excepciones relativas a los contratos financieros, a la compensación y a la compensación global por saldos netos se examinan en el capítulo III.F de la segunda parte.

### - *Contratos laborales*

148. [113] Una excepción importante a los poderes del representante examinados en esta sección es la prevista para los contratos laborales. Pese a ser particularmente importantes para la reorganización de una empresa, esos contratos son también importantes en un supuesto de liquidación en el que el representante de la insolvencia esté intentando vender la empresa como negocio viable en marcha. El precio de la venta será superior si el representante de la insolvencia puede rescindir ciertos contratos laborales onerosos o si puede reducir notablemente la plantilla del deudor. Ahora bien, la relación de los empleados con su empresa da lugar a algunas de las cuestiones más difíciles del régimen de la insolvencia. El contrato en sí es básicamente igual a todo otro contrato pendiente, pero el problema dimana de ciertas disposiciones laborales, habitualmente de rango imperativo, de la normativa legal por lo demás aplicable que amparan la situación de todo empleado. Puede haber, por ejemplo, disposiciones contra todo despido injusto, condiciones de pago mínimas, vacaciones pagadas, horario máximo, licencia de maternidad, igualdad de trato y no discriminación. Lo difícil es determinar hasta qué punto esas disposiciones repercutirán sobre la insolvencia, suscitando cuestiones ajenas al problema de la rescisión del contrato o al orden de prelación de los créditos monetarios respecto de los salarios y prestaciones no abonados (ver capítulo VI.A y C de la segunda parte). Por ello, algunos países han promulgado regímenes de protección especial para los créditos salariales o asimilables de los empleados en todo supuesto de insolvencia y limitan expresamente la potestad de rescisión del representante de la insolvencia respecto de los contratos laborales, a fin de evitar que el procedimiento de insolvencia sirva para soslayar el amparo debido a los empleados. Tal vez, siguiendo este criterio, se limiten esa potestad a determinados supuestos en los que la remuneración de los empleados sea excesiva en función del promedio salarial previsto para tareas de la misma índole. En algunos países, la ley ha previsto que el empleado deberá seguir a la empresa, siempre que ésta se venda como negocio en marcha, ya sea en el curso de una liquidación o en el de una reorganización, aunque en otros esta regla será aplicable únicamente en los supuestos de reorganización.

149. [114] En aras de la transparencia de este régimen, es conveniente señalar claramente cuáles son los límites de la potestad otorgada al representante de la insolvencia respecto de cada una de estas categorías de contrato.

## 7. Contratos posteriores a la apertura del procedimiento

150. [114] Una segunda categoría de contratos a considerar en los procedimientos de insolvencia es la formada por los contratos celebrados tras la apertura del procedimiento de insolvencia. En el curso de una reorganización, y si la empresa se ha de vender como negocio en marcha, en el procedimiento de liquidación también, será con frecuencia necesario celebrar contratos (dentro y fuera del giro normal del negocio) con miras a que la empresa siga funcionando y reportando beneficios en provecho de los acreedores. Estos contratos se consideran normalmente obligaciones de la masa posteriores a la apertura del procedimiento y [90] el incumplimiento de un contrato de esa categoría reportará un crédito frente a la masa que gozará normalmente de prelación sobre los fondos aún disponibles, por lo que deberá pagarse en su totalidad a título de gasto de administración de la insolvencia (ver capítulo VI.C de la segunda parte).

## Recomendaciones

### Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas al régimen aplicable a los contratos tienen por objeto:

- a) establecer el régimen aplicable, en la insolvencia, a aquellos contratos, en los que ni el deudor ni su contraparte ~~no~~ hayan cumplido plenamente ~~o parcialmente~~ sus obligaciones respectivas, así como la relación al respecto entre el régimen de la insolvencia y el régimen general de los contratos, con el objetivo de maximizar el valor de la masa y de reducir su pasivo;
- b) determinar el alcance de la potestad otorgada respecto de esos contratos [y por quién] y en qué supuestos podrá ser ejercida;
- c) determinar las categorías de contrato que deben quedar excluidas del ejercicio de esa potestad.

### Contenido de las disposiciones legales

52) [41] El régimen de la insolvencia debe prever cuál será el régimen aplicable a aquellos contratos ~~que no han sido cumplidos o no lo han sido completamente~~, en los que ni el deudor ni la otra parte hayan cumplido plenamente sus obligaciones respectivas.

#### *Cláusulas de rescisión automática*

53) [42] El régimen de la insolvencia [podrá] [deberá] declarar no invocable frente al representante de la insolvencia toda cláusula contractual por la que se estipule un derecho a rescindir un contrato a raíz de alguno de los hechos siguientes:

- a) la presentación de una solicitud, o la apertura de un procedimiento de insolvencia;
- b) el nombramiento de un representante de la insolvencia;
- c) el hecho de que se den en la empresa deudora los requisitos para la apertura de un procedimiento de insolvencia; o

d) la presencia de indicios de que la empresa deudora se encuentra en una situación financiera precaria;

así como toda cláusula contractual por la que alguno de esos hechos sea declarado supuesto constitutivo de insolvencia.

*Mantenimiento*

54) [43]] El régimen de la insolvencia debe disponer que el representante de la insolvencia pueda [decidir si] prosigue un contrato cuando su mantenimiento sea ventajoso para la masa de la insolvencia<sup>3</sup>.

Cuando un contrato, que se ha mantenido en vigor, se incumple posteriormente

55) [45]] Respecto de todo contrato que se mantenga, tras la apertura de un procedimiento, el régimen de la insolvencia debe disponer que todas sus cláusulas sean exigibles (salvo las cláusulas de rescisión automática, tal como se establece en la recomendación 53)) y que los daños imputables a su posterior incumplimiento por el representante de la insolvencia sean pagaderos como un gasto administrativo de la masa.

*Mantenimiento de contratos si en supuestos de incumplimiento del deudor*

56) [46]] En supuestos donde el deudor haya incumplido un contrato, y el representante de la insolvencia desee mantener dicho contrato, el régimen de la insolvencia puede adoptar diversos enfoques respecto de si procede o no subsanar el incumplimiento:

a) el representante de la insolvencia podrá estar facultado para [decidir que mantiene] [mantener] ese contrato, siempre que el incumplimiento [sea] [pueda ser] subsanado y que la parte que no lo haya cometido sea devuelta a su situación previa al incumplimiento y siempre que el representante de la insolvencia dé garantías apropiadas de la capacidad [del deudor] [de la masa de la insolvencia] para cumplir sus obligaciones conforme al contrato mantenido.

b) el representante de la insolvencia puede estar facultado para [decidir si mantiene] [mantener] ciertos contratos [por ejemplo, los que sean divisibles en partes separables, como los contratos de prestación de servicios públicos] sin tener que subsanar el incumplimiento, siempre que el representante de la insolvencia garantice la satisfacción de todo crédito posterior a la apertura, nacido del contrato. La otra parte en el contrato [deberá presentar] [tendrá] un crédito anterior a la apertura respecto del incumplimiento.

---

<sup>3</sup> Siempre que la paralización automática a la apertura de un procedimiento sea invocable para evitar la rescisión (con arreglo a una cláusula de rescisión automática) de contratos celebrados con el deudor, todos los contratos deberán conservar su validez para permitir que el representante de la insolvencia considere la posibilidad de mantenerlos.

*Rescisión*

57) [47)] El régimen de la insolvencia debe disponer que el representante de la insolvencia podrá [optar por] rescindir un contrato que sea gravoso<sup>4</sup> para la masa de la insolvencia.

58) [44)] Tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, y durante el período previo a la rescisión de un contrato, si la otra parte ha cumplido dicho contrato en provecho de la masa de la insolvencia, el régimen de la insolvencia debe disponer que los beneficios conferidos a la masa de la insolvencia como consecuencia de ese cumplimiento del contrato sean pagaderos por la masa como un gasto administrativo de la misma<sup>5</sup>.

59) Para todo supuesto en el que se rescinda un contrato, el régimen de la insolvencia debe disponer que se notifique a la otra parte dicha rescisión y su derecho a presentar una reclamación indicándose además el plazo para su presentación.

60) [48)] Para todo supuesto en el que se rescinda un contrato, el régimen de la insolvencia debe disponer que de esa rescisión nacerá un crédito [ordinario o no garantizado] [previo a la apertura del procedimiento] por los daños imputables a la rescisión, que se determinarán de conformidad con la normativa aplicable en materia de daños y perjuicios. El régimen de la insolvencia podrá limitar todo crédito nacido de la rescisión de un contrato de larga duración.

61) [49)] Si el representante de la insolvencia decide rescindir un contrato, el régimen de la insolvencia debe indicar el momento ~~la fecha~~ a partir del ~~de la~~ cual de la rescisión surtirá efecto.

*Determinación de la fecha de confirmación o de rescisión*

62) [50)] El régimen de la insolvencia puede señalar un plazo dentro del cual el representante de la insolvencia deberá decidir si mantiene el contrato (siempre que esa decisión sea necesaria para proseguirlo) o si lo rescinde, plazo que el tribunal podrá prolongar. El régimen de la insolvencia podrá especificar las consecuencias de toda omisión del representante de la insolvencia a dicho respecto.

63) [Pese a lo dispuesto en la recomendación 62)], el régimen de la insolvencia debe permitir que la otra parte en el contrato solicite del representante de la insolvencia que decida con prontitud respecto de ese contrato, siempre que esa parte demuestre que toda demora puede causarle perjuicio.

---

<sup>4</sup> El régimen de la insolvencia podrá determinar los supuestos en los que uno o más bienes sean conceptuables como gravosos, ya sea [51] porque: el valor de los bienes sea insignificante o nulo para la masa; los bienes no sean esenciales para una reorganización; el bien esté de tal modo gravado que su retención resulte excesivamente costosa pudiendo superar el producto de su venta o exponer a una obligación onerosa o al pago de una cantidad; o el bien no sea vendible o lo sea difícilmente.

<sup>5</sup> Ver capítulo VI.C de la segunda parte.

*Cesión de contratos**Variante A*

[64] [51] [El régimen de la insolvencia no necesita regular lo relativo a la cesión de los contratos, si esa cuestión es objeto de alguna otra norma, como pudiera ser el derecho general de los contratos, y si se considera que esas cuestiones deben regirse por esa otra norma.]

65) [52] Si se considera deseable que el régimen de la insolvencia enuncie sus propias disposiciones especiales relativas a la cesión de contratos, cabe disponer en dicho régimen que el representante de la insolvencia podrá [optar por] ceder un contrato, pese a toda estipulación en contrario.

66) [53] Si la otra parte en un contrato se opone a su cesión, el régimen de la insolvencia podrá facultar, no obstante al tribunal para aprobarla [siempre que] [si]:

- a) el cesionario pueda(e) cumplir las obligaciones contractuales;
- b) la otra parte en el contrato [no sufra(e) un daño irrazonable como consecuencia de] [no quede(a) en situación desventajosa de resultados de] la cesión; [y]
- c) la cesión sea (es) necesaria [o provechosa] para la reorganización de la empresa deudora, o para su venta como negocio en marcha en un supuesto de liquidación.

*Variante B*

~~51) El régimen de la insolvencia [puede] [tiene que] disponer que el representante de la insolvencia pueda [optar por] ceder un contrato que haya sido mantenido.~~

~~52) Si la otra parte en el contrato se opone a su cesión, el régimen de la insolvencia puede prever que el tribunal podrá no obstante aprobarla [si] [siempre que]:~~

- ~~a) el cesionario pueda cumplir las obligaciones contractuales;~~
- ~~b) la otra parte en el contrato [no sufre un daño irrazonable como consecuencia de] [no quede en situación desventajosa de resultados de] la cesión;~~
- ~~c) la cesión es necesaria para la reorganización del deudor.~~

*Régimen especial aplicable a ciertos contratos*

67) [54] El régimen de la insolvencia tal vez prevea ciertas reglas especiales aplicables a los contratos laborales, financieros, sobre derechos de propiedad intelectual y [...] <sup>6</sup>.

*Recurso contra las decisiones acerca del régimen aplicable a los contratos*

~~55) El régimen de la insolvencia ha de permitir a las partes interesadas procurar el reexamen judicial de las decisiones adoptadas por el representante de la insolvencia~~

<sup>6</sup> Para el régimen aplicable a los contratos financieros y contratos conexos, ver capítulo III sección F de la segunda parte.

~~con respecto al mantenimiento y la rescisión. Entre los motivos para este recurso pueden figurar: [...]~~<sup>7</sup>.

*Contratos posteriores a la apertura del procedimiento*

68) El régimen de la insolvencia debe prever que los contratos celebrados en el giro normal del negocio tras la apertura del procedimiento de insolvencia sean considerados como obligaciones de la masa de la insolvencia posteriores a la apertura del procedimiento. Los créditos que surjan como consecuencia de esos contratos deberán ser tratados como gastos administrativos.

---

<sup>7</sup>.NOTA AL GRUPO DE TRABAJO: El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si este tipo de disposición debe incluirse bajo el encabezamiento de cada tema (véanse, por ejemplo, las recomendaciones 64), 83) o como una disposición general quizá dentro del capítulo IV, sección B sobre “El Representante de la Insolvencia” con un tenor como el siguiente: El régimen de la insolvencia no tiene que dar reglas relativas al derecho de las personas interesadas a buscar el reexamen de las decisiones adoptadas por el representante de la insolvencia en la administración del procedimiento si ese derecho a recurrir existe conforme a otra ley y se considera que esta cuestión debe determinarse mediante la aplicación de esa otra ley. Si se considera deseable por razones de claridad y transparencia incluir disposiciones especiales en el régimen de la insolvencia, éste puede indicar también los motivos por los cuales cabe pedir ese reexamen.