



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 figura 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-D figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 a 8; los capítulos IV a VII figuran en adiciones subsiguientes]

	Párrafos	Página
Segunda parte (continuación)		
III. Régimen aplicable a los bienes en la apertura del procedimiento de insolvencia		2
E. Procedimientos de nulidad	151-189	2
1. Introducción	151-157	2
2. Criterios de anulación	158-161	4
3. Categorías de operaciones sujetas a anulación	162-174	5
4. Operaciones no sujetas a acciones de anulación	175	10
5. Establecimiento del período de sospecha	176-178	10
6. Apertura del procedimiento de anulación	179-187	11
7. Responsabilidad de las otras partes en operaciones anuladas ...	188	14
8. Contratos posteriores a la solicitud y a la apertura del procedimiento	189	14



	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Recomendaciones	69)-81)	15
F. Derechos de compensación, acuerdos de compensación global por saldos netos y contratos financieros	190-202	18
1. Derecho general de compensación	190-195	18
2. Compensación global por saldos netos y derechos de compensación en el contexto de operaciones financieras	196-198	20
3. Excepciones para los contratos financieros	199-202	21
Recomendaciones	82)-88)	22

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

Los números de recomendaciones que figuran entre corchetes remiten a las recomendaciones pertinentes de los documentos A/CN.9/WG.V/WP.61 y A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, en que se recoge la versión anterior de las recomendaciones. En el presente documento los textos agregados a las recomendaciones figuran subrayados.

Segunda Parte (continuación)

III. Régimen aplicable a los bienes en la apertura del procedimiento de insolvencia

E. Procedimientos de nulidad

1. Introducción

151. [124] Puede transcurrir mucho tiempo entre el momento en que el deudor se percata de que no podrá evitar un procedimiento de insolvencia (ya sea la liquidación o de reorganización) y la apertura de dicho procedimiento. Mientras tanto, el deudor puede tener abundantes oportunidades para tratar de ocultar bienes a los acreedores, suscribir compromisos ficticios, hacer donaciones a parientes o amigos, o pagar a ciertos acreedores en detrimento de otros; asimismo, los acreedores pueden adoptar medidas estratégicas para colocarse en situación de ventaja. Desde la perspectiva del procedimiento de insolvencia, todas estas actividades perjudican a los acreedores ordinarios con créditos no garantizados, que no sean parte en dichas actividades y que no gocen del amparo de una garantía, y son contrarias al objetivo clave de la igualdad de tratamiento que se debe dispensar a los acreedores que estén en situaciones similares.

152. [131] En esta sección, el término “operación” se refiere en su sentido lato a la amplia gama de actos jurídicos por los que cabe enajenar bienes o contraer obligaciones, ya sea por vía de transferencia, pago, constitución en garantía, préstamo o desgravación.

153. [125] Muchos regímenes de la insolvencia contienen disposiciones de alcance retroactivo destinadas a invalidar toda operación anterior en la que haya intervenido el deudor insolvente o que tengan ciertos efectos para los bienes del deudor, particularmente reduciendo el valor neto del patrimonio del deudor (por ejemplo, donando bienes o transfiriéndolos o vendiéndolos por debajo de su justo valor comercial, o violando el principio de la igualdad de trato que se debe dar a todos los acreedores de una misma categoría) (por ejemplo, pagando una deuda a un acreedor no garantizado o constituyendo una garantía a favor de un acreedor que no la tuviera, mientras que otros acreedores ordinarios quedaran sin ser pagados y sin garantías). En muchos regímenes de la insolvencia se prevén también los tipos de operaciones que perjudiquen a los acreedores al margen de la solvencia pero que puedan repercutir también en los casos de insolvencia. En algunos supuestos, el representante de la insolvencia podrá aplicar esas otras leyes, además de la legislación relativa a la insolvencia.

154. [133] Normalmente, los motivos por los que las operaciones pueden declararse anulables en un procedimiento de insolvencia suelen ser los siguientes: para prevenir el fraude (por ejemplo, las operaciones destinadas a ocultar bienes en ulterior provecho del deudor o en provecho de los directivos, propietarios o miembros de la Junta o consejo de administración de la empresa deudora); para asegurar la ejecutoriedad de los derechos de los acreedores; para garantizar el trato equitativo de todos los acreedores evitando favoritismos cuando el deudor desee favorecer a ciertos acreedores en detrimento de los demás; para evitar alguna pérdida súbita del valor comercial de la empresa antes de que se imponga la supervisión del procedimiento de la insolvencia; y, en algunos países, para crear un marco que propicie un arreglo extrajudicial: los acreedores sabrán además que toda operación o embargo de última hora será anulable, por lo que será más probable que deseen colaborar con el deudor para llegar a un arreglo viable sin necesidad de intervención judicial.

155. [125] Las finalidades básicas de los poderes de anulación son preservar la integridad del patrimonio de la insolvencia y asegurar el pago equitativo de los acreedores por un deudor insolvente con arreglo al orden de prelación establecido. Pese a este objetivo, es importante tener en cuenta que muchas de las operaciones que pueden ser objeto de ese poder de anulación serían perfectamente normales y aceptables al margen de la insolvencia, pero pasan a ser sospechosas por el solo hecho de haberse efectuado estando ya cercana la apertura del procedimiento de insolvencia. Los poderes de anulación no tienen por objeto sustituir ni afectar de algún otro modo los mecanismos de protección de los derechos que tengan los acreedores en virtud del derecho civil general o del derecho mercantil.

156. [126] El régimen aplicable a la anulación es objeto de un enconado debate, principalmente en lo que respecta a su eficacia práctica y a la índole algo arbitraria de las reglas necesarias para definir, por ejemplo, los plazos de anulabilidad y el tipo de operaciones anulables. No obstante, esos poderes de anulación pueden ser importantes para un régimen de la insolvencia no sólo por estar basados en razones de justicia sino también porque pueden servir para recuperar ciertos bienes o el

valor de éstos en provecho general de los acreedores, y porque contribuyen a hacer respetar ciertas normas de conducta comercial equitativa que están inspiradas en los principios por los que debe regirse la gestión de toda entidad comercial.

157. [127] Al igual que sucede con otras disposiciones básicas del régimen de la insolvencia, los poderes de anulación deben tratar de compaginar diversos intereses sociales encontrados, a saber, la necesidad de que esos poderes sean eficaces para maximizar el valor de la masa de la insolvencia en beneficio de todos los acreedores, por una parte, y el temor de que esos poderes minen la previsibilidad y la certeza contractual de las operaciones. Aun cuando un régimen de la insolvencia prevea amplios poderes de anulación, el ejercicio de tales poderes puede estar sujeto a criterios claros que fomenten la previsibilidad y la certeza comerciales.

2. Criterios de anulación

158. [128] En los regímenes de la insolvencia varían considerablemente los métodos para fijar los criterios concretos para las acciones de nulidad y la combinación de criterios. Los criterios aplicables pueden dividirse *grosso modo* en dos categorías: los criterios objetivos y los criterios subjetivos.

159. [128] Uno de los enfoques consiste en que se utilicen criterios objetivos y de carácter general para determinar cuáles son las operaciones anulables. Lo importante sería, por ejemplo, poder determinar si una operación se celebró dentro de cierto plazo previo a la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia o a dicha apertura (denominado a menudo el “período de sospecha”) o si la operación ponía en evidencia algunas de las características enunciadas por la ley (por ejemplo, la aportación de un contravalor apropiado por los bienes transferidos o la obligación contraída, independientemente de si el plazo de la deuda o de la obligación había vencido, o la relación entre las partes en la operación). Si bien los criterios generales pueden ser fáciles de aplicar, pueden tener también resultados arbitrarios si no se aplican en combinación con otros criterios. Así pues, por ejemplo, una operación lícita y útil realizada durante el período de sospecha podría ser anulada, mientras que otra operación fraudulenta o preferente efectuada fuera de ese plazo quedaría a salvo.

160. [129] Otro enfoque sería el de seguir criterios más casuísticos y subjetivos por los que se trate de determinar si existen indicios de una voluntad de ocultar bienes a los acreedores, si el deudor había suspendido los pagos al realizarse la operación o perdió la capacidad de efectuar pagos a raíz de la operación, si la operación fue inequitativa y perjudicó a ciertos acreedores y si la otra parte sabía que el deudor había suspendido los pagos. Este enfoque individualizado obliga a examinar en detalle la intención de las partes en cada operación y factores como las circunstancias financieras del deudor, así como lo que constituye una operación realizada en el curso normal de los negocios entre el deudor y determinados acreedores.

161. Son muy pocos los regímenes de la insolvencia que siguen únicamente criterios subjetivos para formular sus disposiciones de anulación; generalmente, estos criterios se combinan con plazos en los que deben haberse realizado las operaciones. [129] En algunos países que se han basado en gran medida en los criterios subjetivos se han producido prolongados litigios y se han generado

cuantiosos gastos para la masa de la insolvencia. A fin de evitar esos gastos, en algunas leyes se ha adoptado un criterio estrictamente objetivo, fijándose un breve período de sospecha de tres a cuatro meses. En algunos casos, ese breve período de sospecha se ha combinado con una regla arbitraria en virtud de la cual todas las operaciones que se realicen durante ese período serán sospechosas a menos que se demuestre que ha habido un intercambio de prestaciones, más o menos simultáneo y de valor equivalente, entre las partes en una operación. En algunos regímenes de la insolvencia se combinan esos distintos enfoques para regular diferentes tipos de operaciones. Por ejemplo, las operaciones preferentes y sin contravalor suficiente pueden definirse en función de criterios objetivos, mientras que las operaciones encaminadas a crear obstáculos para los acreedores se definen en función de elementos más subjetivos, como la intencionalidad. En un régimen de la insolvencia que adopte una combinación de elementos objetivos y subjetivos se prevé, por ejemplo, que las operaciones como las donaciones, las garantías para deudas existentes y los pagos extraordinarios (es decir, aquellos que no se hayan efectuado con los medios habituales de pago o que se hayan realizado antes de la fecha de vencimiento) pueden anularse si se efectúan en el plazo de tres meses antes de la apertura del procedimiento. También pueden anularse operaciones cuando el deudor haya suspendido los pagos, cuando la operación sea inequitativa o indebida frente a un grupo de acreedores y cuando la parte contraria sabía que el deudor había suspendido los pagos en el momento de realizarse la operación.

3. Categorías de operaciones sujetas a anulación

162. [132] Aunque las definiciones difieren, en casi todos los ordenamientos jurídicos existen tres amplias categorías comunes de operaciones anulables, que en la presente guía han servido de base para el análisis. Se trata de las operaciones encaminadas a impedir que los acreedores cobren sus créditos o a obstaculizar o retrasar ese pago (operaciones a menudo denominadas fraudulentas); las operaciones sin contravalor suficiente; y las operaciones con ciertos acreedores que pueden considerarse preferentes. Algunas operaciones pueden corresponder a más de una de estas categorías, en función de las circunstancias concretas de cada operación. Por ejemplo, las operaciones que parezcan de carácter preferente pueden entrar más bien en la categoría de las operaciones fraudulentas encaminadas a impedir, obstaculizar o demorar el cobro por parte de los acreedores cuando el propósito de la operación sea poner los bienes fuera del alcance de un acreedor potencial o real o perjudicar de algún otro modo los intereses de ese acreedor y cuando la operación se produzca en un momento en que el deudor atraviese dificultades financieras y no esté en condiciones de pagar las deudas que vayan venciendo, o cuando se deja al deudor sin suficientes bienes para mantener en funcionamiento su negocio. De igual modo, una operación sin contravalor adecuado puede ser también de carácter preferente, pero es más probable que sea preferente si se concierta con un acreedor que si se concierta con un tercero, y si comporta la intención de impedir, obstaculizar o retrasar el pago de los créditos, entrará en la primera categoría de operaciones. Por estas razones, es conveniente que en los regímenes de la insolvencia se especifiquen las características particulares que sean indispensables para anular operaciones, en vez de limitarse a dividir las en categorías amplias denominadas “fraudulentas” o “preferentes”.

a) Operaciones encaminadas a impedir, obstaculizar o demorar el pago a los acreedores

163. [134] En estos tipos de operaciones, el deudor transfiere bienes poniéndolos fuera del alcance de los acreedores en beneficio de un tercero con la intención de favorecer a determinados acreedores, y para que entren en esta categoría se requiere en general que el tercero conozca esta intención o, en algunos casos, que debiera haberla conocido. Estas operaciones no pueden por lo general anularse automáticamente basándose en un criterio objetivo referente a un plazo fijo durante el cual se produzca la operación, dado que es necesario probar la intención del deudor. Esa intención raras veces puede demostrarse con pruebas directas; normalmente se demuestra determinando la existencia de circunstancias comunes en esos tipos de transferencias. Si bien estas circunstancias difieren de un ordenamiento jurídico a otro, existen varios indicadores comunes, que son los siguientes:

- i) la relación entre las partes en la operación u obligación cuando se haya efectuado una transferencia o se haya contraído una obligación con una persona allegada directamente o a través de un tercero;
- ii) el hecho de no haber percibido un contravalor o de haber percibido un contravalor insuficiente en concepto de la transferencia efectuada o de la obligación contraída;
- iii) la situación financiera del deudor antes y después de efectuarse la transferencia o de contraerse la obligación, particularmente cuando el deudor ya no esté en condiciones de pagar los créditos o cuando esta situación se dé poco después de que se haya efectuado la transferencia o de que se haya contraído la obligación;
- iv) la existencia de una pauta o de una serie de operaciones en que se transfieran algunos de los bienes del deudor o prácticamente todos después de que el deudor experimente dificultades financieras o de que los acreedores amenacen con tomar medidas;
- v) la cronología general de los acontecimientos y operaciones que se investiguen cuando, por ejemplo, la transferencia se haya efectuado poco después de haberse contraído una deuda sustancial;
- vi) el deudor oculta la transferencia o la obligación, especialmente cuando dicha transferencia u obligación no se hayan efectuado o contraído en el curso normal de los negocios, o cuando las partes sean ficticias; o
- vii) cuando el deudor se dé a la fuga.

164. En algunos regímenes se especifican también las circunstancias en que puede haber una presunción de intencionalidad o las operaciones en que se estime que ha habido intencionalidad o mala fe, por ejemplo, las operaciones con personas allegadas que se concierten durante un período especificado previo a la apertura del procedimiento (supuesto analizado más adelante). En otros regímenes, puede bastar, para la anulación de la operación, que el deudor pueda haber sido y, por tanto, deba haber sido consciente de que el efecto, e incluso la intención, de una operación habría sido causar un perjuicio a los acreedores y que por tanto, el deudor debía haber sido consciente de que su acción produciría ese resultado. Algunos regímenes

disponen asimismo que ciertas transferencias, como los traspasos de terrenos, no estarán sujetos a anulación en esta categoría de operaciones si la transferencia se ha efectuado de buena fe, si se ha dado una contraprestación justa y si el beneficiario no tenía conocimiento ni era consciente de que hubiera intención de fraude.

165. [134] A título práctico, cabe indicar que si el deudor no puede explicar la finalidad comercial de una determinada operación que restó valor al patrimonio de la empresa, puede ser fácil demostrar que esa operación entraba en la categoría de operaciones fraudulentas. Al formular el régimen de la insolvencia, tal como se ha indicado anteriormente, puede ser conveniente tener presente que este tipo de operaciones potencialmente anulables en virtud del régimen de la insolvencia pueden ser totalmente válidas al margen del régimen de la insolvencia.

b) Operaciones sin contravalor adecuado

166. [135] Muchos regímenes de la insolvencia disponen que las operaciones son generalmente anulables cuando el valor recibido por el deudor por haberse enajenado un bien o por haberse contraído una obligación frente a un tercero sea nominal, como en el caso de una donación, o sea inferior a su verdadero valor o al precio de mercado del bien enajenado o de la obligación contraída o cuando la operación se produzca durante un período especificado anterior a una determinada fecha (el período de sospecha). Algunos regímenes de la insolvencia exigen además que el deudor ya haya suspendido los pagos en el momento de efectuarse la operación o que haya quedado sin fondos para efectuar los pagos a raíz de la operación. Estas operaciones serán anulables con independencia de si se celebran con los acreedores o con terceros. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que esos tipos de operaciones no serán anuladas si se cumplen ciertas condiciones, por ejemplo, si el beneficiario ha actuado de buena fe, si la operación tenía por objeto mantener la empresa del deudor en marcha, si había motivos razonables para creer que la operación beneficiaría al negocio ordinario del deudor y, cuando la cesación de pagos sea un requisito pertinente, cuando el activo del deudor superara su pasivo en el momento de la operación.

c) Operaciones preferentes

167. [136] Toda operación preferente puede estar sujeta a anulación cuando i) la operación se haya realizado dentro de un plazo definido generalmente breve antes de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia (el período de sospecha); ii) cuando la operación suponga la transferencia a un acreedor de una cuenta correspondiente a una deuda preexistente; y iii) cuando a raíz de la operación el acreedor perciba, de los bienes del deudor, un porcentaje superior al de su crédito frente a otros acreedores de la misma clase o categoría (en otras palabras, cuando se le haya dado preferencia). Muchos regímenes de la insolvencia requieren también que el deudor haya cesado los pagos o esté al borde de la insolvencia cuando la operación se haya efectuado. El motivo para la inclusión de estas categorías de operaciones entre las anulables por el régimen de la insolvencia es que, si ocurre poco antes de abrirse el procedimiento, es probable que exista ya una situación de insolvencia, por lo que constituiría una violación del objetivo clave del procedimiento, que es asegurar el trato equitativo de los acreedores.

168. [137] Como ejemplos de operaciones preferentes cabe citar el pago de compensaciones de deudas aún no vencidas; la realización de actos que el deudor no tuviera obligación alguna de realizar; la constitución de garantías sobre las deudas existentes; los métodos inhabituales de pago, en forma no monetaria, de las deudas vencidas; el pago de una deuda considerable en comparación con los bienes del deudor; y el pago de deudas a causa de intensas presiones del acreedor, consistentes en demandas judiciales o embargo. Una compensación que no sea en sí anulable puede ser tenida por perjudicial si se ofrece poco antes de presentarse la solicitud de apertura del procedimiento y altera de tal modo el equilibrio de la deuda entre las partes que equivale a un trato preferente, o si esa compensación es resultado de una cesión de créditos entre acreedores destinada a crear un derecho de compensación frente al deudor. También podrá ser anulable si la compensación se efectúa en circunstancias irregulares, como sería haberla efectuado en ausencia de todo contrato previo entre las partes en dicha compensación.

169. [138] Una de las excepciones oponibles a una alegación de operación preferente puede consistir en demostrar que si bien la operación contiene elementos de preferencia, es de hecho compatible con la práctica comercial normal y, en particular, con el curso ordinario de los negocios entre las partes en la operación. Por ejemplo, un pago efectuado tras la recepción de los bienes entregados y pagados en condiciones de regularidad puede no ser preferente, aun cuando se haya efectuado poco tiempo antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia, mientras que el pago de una deuda vencida desde hace tiempo podría ser considerado preferente. Este enfoque alienta a los proveedores de bienes y servicios a continuar haciendo negocios con un deudor que puede tener dificultades financieras pero que aún sea potencialmente viable. Otras excepciones oponibles en virtud de los regímenes de la insolvencia pueden consistir en alegar que el beneficiario otorgó crédito al deudor después de la operación y que ese crédito no ha sido pagado (la excepción se limita al importe del nuevo crédito); el beneficiario puede demostrar que no era consciente de que se estaba otorgando una preferencia; el beneficiario ignoraba o no podía haber sabido que el deudor había hecho una suspensión general de pagos; o, cuando la cesación de pagos sea un requisito, si el valor de los bienes del deudor era superior al de sus obligaciones en el momento de la operación.

d) Garantías reales

170. [139] Si bien ciertas garantías reales, válidas con arreglo al régimen de concesión de garantías a los acreedores, deberían en general considerarse también válidas en el régimen de la insolvencia, pueden ser anulables en procedimientos de insolvencia por las mismas razones por las que se podría impugnar y anular cualquier otra operación que fuera fraudulenta, preferente o infravalorada. Por ejemplo, la constitución de un bien en garantía poco antes de la apertura del procedimiento, aun cuando sea por lo demás válida, podría ser conceptuada como operación que ha favorecido indebidamente a uno de los acreedores a expensas de los demás. Aun cuando se otorgue una garantía real para cubrir una deuda anterior en razón de alguna prestación anterior (lo cual está permitido en algunos ordenamientos jurídicos, pero no en otros), esa garantía podría no obstante ser inválida si se considera que favorece indebidamente a un determinado acreedor. Los pagos percibidos por un acreedor garantizado podrían considerarse preferentes (al

menos en parte) cuando se pagara la totalidad de la deuda a un acreedor con garantía inferior durante el período de sospecha. Estas mismas consideraciones serían válidas para toda garantía real no perfeccionada con arreglo al régimen pertinente de las operaciones garantizadas y, en algunas legislaciones, también lo serían para una garantía real perfeccionada poco tiempo antes de la apertura del procedimiento.

e) Operaciones con personas allegadas

171. [146] Como se ha señalado anteriormente, uno de los criterios pertinentes para anular ciertas operaciones es la relación entre el deudor y la otra parte. Cuando esos tipos de operaciones anulables se realicen con personas allegadas (también denominables personas vinculadas a la empresa o iniciadas), los regímenes de la insolvencia suelen prever reglas más estrictas, en particular en lo relativo a la duración de los períodos de sospecha y al tratamiento de cualquier reclamación de una persona allegada (véase la Segunda Parte, capítulo VI.A). [130] Cabe establecer un régimen más estricto para toda persona con probabilidades de ser favorecida o que pueda tener conocimiento previo de las dificultades financieras del deudor.

172. Las personas allegadas suelen tener, según las definiciones, distintos niveles de vinculación con el deudor. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se hace referencia a las personas que pertenezcan de algún modo al entorno familiar o empresarial del deudor. Generalmente, el enfoque legislativo es de carácter prescriptivo, pero no siempre. Con respecto a las personas que tengan vínculos empresariales de algún tipo con el deudor, éstas podrían limitarse a los directivos o administradores de la empresa del deudor, pero en un enfoque más amplio entrarían en esa categoría no sólo las personas que tuvieran el control efectivo del deudor sino también todos los empleados del deudor y los garantes de las deudas de cualquier persona que tenga un vínculo empresarial con el deudor. Del mismo modo, el entorno familiar puede incluir a los parientes naturales o políticos e incluso, en algunas leyes, a las personas que vivan en el mismo hogar que el deudor, así como los fideicomisarios de algún fideicomiso del que sea beneficiario el deudor u otra persona vinculada a éste. También suelen considerarse personas allegadas los parientes de las personas comercialmente asociadas al deudor. Como elemento importante en muchos ordenamientos, el concepto de personas allegadas abarca también a aquellas que hayan tenido una determinada relación con el deudor o que vayan a tenerla.

f) Operaciones nulas o anulables

173. [147] Cuando una operación corresponda a alguna de estas categorías de operaciones anulables, el régimen de la insolvencia la anula automáticamente o la declara anulable según el criterio adoptado respecto de cada categoría de operaciones. Por ejemplo, si la norma aplicable se refiere únicamente a las operaciones celebradas durante cierto plazo, sin introducir ningún criterio subjetivo de valoración, la ley específica a veces que las operaciones pertinentes serán nulas. No obstante, aunque se adopte ese criterio, el representante de la insolvencia puede tener que entablar un procedimiento para recuperar los bienes en poder de la otra parte o un valor equivalente.

174. [148] En aquellos regímenes conforme a los cuales la operación sea anulable, el representante de la insolvencia deberá decidir si la masa de la insolvencia sacará algún provecho de la anulación de dicha operación, para lo que deberá sopesar ciertos elementos de cada categoría de operación anulable, así como la demora que entrañe la recuperación del bien o de su valor, y las eventuales costas procesales. Esta facultad discrecional del representante de la insolvencia estará normalmente limitada por su obligación de maximizar el valor de la masa, y el representante deberá normalmente responder de todo incumplimiento de su obligación.

4. Operaciones no sujetas a acciones de anulación

175. En algunos regímenes de la insolvencia se prevé que ciertas operaciones no estarán sujetas a las disposiciones de anulación como, por ejemplo, las que se realicen entre la solicitud de apertura y la apertura del procedimiento de insolvencia o las que se realicen después de la apertura siempre y cuando entren en el ámbito ordinario de los negocios del deudor, sean realizadas de buena fe por el representante de la insolvencia o por el tribunal, o con el consentimiento de éstos, o se realicen para hacer avanzar el procedimiento. Otras operaciones que cabría excluir de la categoría de operaciones anulables son las que se efectúen durante la realización de un plan de reorganización, cuando fracase su ejecución y el procedimiento pase a ser de liquidación. Por último, ciertas operaciones esenciales para el funcionamiento de los mercados financieros (como la compensación de clausura de valores por saldos netos y los contratos de derivados) pueden no estar sujetos a acciones de anulación (véase la Segunda Parte, capítulo III.F).

5. Establecimiento del período de sospecha

176. [140] La mayoría de los regímenes de la insolvencia indican específicamente la duración del período de sospecha en relación con los determinados tipos de operaciones anulables y establecen la fecha a partir de la cual se calcula retroactivamente el período. (Por ejemplo, tantos días o tantos meses antes de que se produzca un determinado acontecimiento como la solicitud de apertura de un procedimiento, la apertura del procedimiento de insolvencia o la decisión del tribunal relativa a la fecha en que el deudor dejó de pagar sus deudas con normalidad) (“cesación de pagos”). Una cuestión conexas es la de determinar si el período de sospecha previsto por el régimen de la insolvencia podrá ser prorrogado por el tribunal si el caso lo aconseja, haciéndolo extensivo a operaciones que se hayan efectuado fuera del período de sospecha prescrito en circunstancias dudosas y que hayan hecho disminuir la masa de la insolvencia. Si adoptar un enfoque discrecional puede dar cierto grado de flexibilidad respecto de las operaciones anulables, esa mayor flexibilidad puede ocasionar demoras en el procedimiento y no dará a los acreedores una indicación previsible o transparente de los tipos de operaciones que puedan ser anulables. Si cabe deshacer o anular discrecionalmente operaciones efectuadas con anterioridad a todo plazo previo a la apertura del procedimiento de insolvencia y a reserva de lo que decida el tribunal, se estará probablemente restando seguridad a la firmeza de las operaciones financieras y comerciales. Por estas razones, es conveniente que el enfoque discrecional se limite a las operaciones fraudulentas, en que la certeza comercial es un factor menos preocupante.

177. [141] En algunos regímenes de la insolvencia se establece un único período de sospecha para todas las categorías de operaciones anulables, mientras que otros regímenes han previsto plazos diferentes en función de si el criterio para la anulación es el hecho de que haya habido una transferencia fraudulenta o preferente y en función de factores suplementarios como el de si el daño ocasionado a los acreedores ha sido intencional y el de si el cesionario era una persona allegada, conforme al análisis anterior. Dado que algunas operaciones fraudulentas suponen una conducta intencionalmente contraria a derecho o equidad, muchos regímenes de la insolvencia no imponen plazo temporal alguno que limiten la anulabilidad de esos tipos de operaciones. Pero en otros regímenes se fija un período sumamente largo (de uno a diez años) generalmente calculado a partir de la fecha de apertura del procedimiento.

178. [142] Cuando una operación tenida por preferente o sin contravalor adecuado se haya celebrado con algún acreedor no catalogable como persona “allegada”, el período de sospecha será relativamente breve, tal vez de unos cuantos meses (los ejemplos oscilan entre tres y seis meses). Ahora bien, en muchos países se ha establecido un régimen mucho más estricto para toda operación que se sospeche que haya sido con personas “allegadas”. Esos regímenes pueden prever períodos de sospecha más largos (por ejemplo, de dos años, en vez del plazo de tres a seis meses aplicable a las operaciones en que no haya intervenido una persona allegada), la inversión de la carga de la prueba (véase 6 d) *infra*) y la dispensa de ciertos requisitos, como el de que el deudor haya hecho cesación de pagos en el momento de la operación o haya pasado a ser insolvente a raíz de dicha operación.

6. Apertura de procedimientos de anulación

a) Partes que pueden iniciar un procedimiento

179. Generalmente, la anulación de una determinada operación requiere que se presente una solicitud al tribunal para que la declare nula. Algunos regímenes de la insolvencia prevén que la iniciativa del procedimiento para la anulación de determinadas operaciones corresponde al representante de la insolvencia, si bien otros regímenes otorgan también esta facultad a los acreedores y, en algunos casos, al comité de acreedores. Tal como se ha señalado en el párrafo (174), para abrir un procedimiento deberán sopesarse diversos factores; concretamente, deberá investigarse si la solicitud de anulación tiene por objeto beneficiar al patrimonio de la insolvencia, o en el caso de un acreedor, a dicho acreedor¹. En general, las consideraciones pertinentes guardarán relación con el costo y los probables beneficios; en el caso de acciones encaminadas a devolver bienes al patrimonio de la insolvencia, se tendrá en cuenta también si la anulación de la operación beneficiará al patrimonio, si supondrá gastos para el patrimonio, si es probable que se obtenga valor para el patrimonio, si puede haber demoras en la recuperación de

¹ Algunos regímenes de la insolvencia prevén que un acreedor pueda tener el derecho a impugnar operaciones del deudor y que pueda beneficiarse personalmente en caso de que prospere el procedimiento. Algunos regímenes especifican también que sólo pueden iniciar el procedimiento los acreedores cuyos créditos sean anteriores a la operación impugnada. Otros regímenes prevén que, una vez iniciado el procedimiento de insolvencia, sólo puede entablar acciones de nulidad el representante de la insolvencia.

los bienes y las dificultades que pueda entrañar la demostración de los elementos necesarios para anular una determinada operación.

180. [149] En los regímenes en que el representante de la insolvencia está facultado para entablar procedimientos de nulidad y, sobre la base de las consideraciones arriba mencionadas (es decir, por razones que no sean negligencia o la mala fe o cuando no haya ninguna razón que justifique el procedimiento²), el representante de la insolvencia decide no abrir un procedimiento para anular determinadas operaciones, los regímenes de la insolvencia adoptan diversos enfoques para sustanciar y financiar esos procedimientos. Reviste especial importancia la forma en que pueden financiarse los procedimientos cuando en el patrimonio de la insolvencia no se disponga de medios suficientes para ello. En cuanto a la sustanciación del procedimiento, algunos regímenes permiten al acreedor o al comité de acreedores requerir al representante de la insolvencia que entable un procedimiento de nulidad cuando pueda resultar beneficioso para la masa de la insolvencia, o autorizan al propio acreedor o al comité de acreedores a entablar un procedimiento para anular dichas operaciones cuando estén de acuerdo otros acreedores. Los regímenes que permiten esta última posibilidad prevén a veces la posibilidad de considerar que los bienes o el valor recuperados por el acreedor forman parte del patrimonio de la insolvencia; en otros casos, lo que se obtenga tras el procedimiento puede utilizarse ante todo para satisfacer la reclamación del acreedor que haya entablado el procedimiento.

b) Financiación de los procedimientos de anulación

181. [150] Respecto de la manera de financiar estas actuaciones, algunos países ofrecen fondos públicos al representante de la insolvencia para que pueda iniciar procedimientos de anulación. En otros países, esas actuaciones deben financiarse con fondos de la masa de la insolvencia. Este último enfoque puede resultar apropiado cuando se disponga de fondos suficientes, pero en algunas circunstancias puede impedir que se recuperen los bienes que fueron enajenados con miras a dejar a la masa con insuficientes recursos para financiar la recuperación de sus bienes a través de procedimientos de anulación. Algunos regímenes de la insolvencia permiten al representante de la insolvencia ceder la capacidad para entablar procedimientos para obtener algún contravalor de un tercero o recabar fondos de algún prestamista para iniciar el procedimiento de anulación. En apoyo de esos últimos mecanismos, cabe señalar que la disponibilidad de recursos públicos para financiar esas actuaciones varía mucho de un país a otro y en supuestos en los que la masa de la insolvencia no disponga de fondos para financiar procedimientos de anulación, esas otras posibilidades podrían ofrecer, en determinadas situaciones, medios adecuados para devolver ciertos bienes al patrimonio de la insolvencia.

c) Plazos para la apertura

182. Algunos regímenes de la insolvencia establecen plazos concretos en los que deben iniciarse los procedimientos de anulación, mientras que otros regímenes no fijan ningún plazo al respecto. Los regímenes que sí especifican plazos prevén, por

² Véase el capítulo IV.B relativo a los derechos y obligaciones del representante de la insolvencia.

ejemplo, que el procedimiento se abra en un determinado plazo a contar a partir de la fecha de solicitud del procedimiento (que puede oscilar entre tres y 12 meses) o, a más tardar, antes de que concluya un determinado período (por ejemplo, de seis meses) después de que el representante de la insolvencia haya podido evaluar y presentar las reclamaciones. Si un régimen de la insolvencia debe fijar plazos concretos, en vez de hacer aplicables los plazos previstos en el derecho general, sería conveniente combinar los distintos plazos, por ejemplo, un período determinado tras la apertura y un período a contar a partir del momento en que el representante de la insolvencia descubra una determinada operación. Este enfoque daría suficiente flexibilidad para abordar las operaciones que se oculten al representante de la insolvencia y que no se descubran hasta que expira el plazo fijo contado a partir de la fecha de apertura.

d) Cuestiones probatorias

183. [151] Los regímenes de la insolvencia siguen diversos criterios para sentar las bases de una demanda de anulación. En algunos regímenes se exige que sea el deudor el que demuestre que la operación no corresponde a ninguna de las categorías de operaciones anulables.

184. [151] En otros regímenes, el representante de la insolvencia o toda otra persona que pueda impugnar la operación, como por ejemplo el acreedor, deberá ser el que pruebe que se cumplen todos los requisitos para la presentación de la demanda de anulación. Cuando entre estos requisitos figura la intencionalidad, algunos regímenes permiten que se invierta la carga de la prueba y se haga recaer en la otra parte cuando, por ejemplo, le sea difícil al representante de la insolvencia demostrar que el deudor actuó con la intención de defraudar a los acreedores, sin recurrir a indicios externos, hechos objetivos u otras pruebas indirectas de esa intención fraudulenta. La ley puede prever la presunción de que la operación fue efectuada con miras a perjudicar a los acreedores y que corresponde a la otra parte demostrar que no fue así.

185. Otro enfoque consiste en que se considere o se presuma que ha habido intencionalidad o mala fe cuando se realicen ciertos tipos de operaciones, por ejemplo, durante el plazo especificado previo a la solicitud de apertura del procedimiento o durante un cierto número de años antes de dicha apertura. Entre estos tipos de operaciones cabe mencionar, por ejemplo, las operaciones con personas allegadas, el pago de deudas no vencidas, y el pago de operaciones gratuitas u onerosas. Otro enfoque ligeramente distinto consiste en considerar anulable una operación que se haya realizado en un breve plazo especificado y que haya tenido el efecto de otorgar una preferencia.

186. Cuando el hecho de tener conocimiento de una cesación de pagos es un requisito para la anulación de una operación, algunos regímenes de la insolvencia prevén la presunción de que el acreedor tenía conocimiento de la delicada situación financiera del deudor si éste había realizado con él determinadas operaciones, como el pago de una deuda no vencida o el pago en condiciones inhabituales, o si la operación se llevó a cabo durante un breve período previo a la solicitud de apertura o antes de la apertura.

187. Otro enfoque consiste en disponer que cuando se realice un determinado tipo de operación en un plazo especificado y esta operación tenga como efecto otorgar una preferencia, existirá una presunción rebatible sobre la intención de conceder preferencia. A menos que el acreedor pueda rebatir la presunción, la operación quedará anulada y el representante de la insolvencia podrá recuperar los bienes que hayan sido objeto de la operación u obtener el derecho a percibir el valor de dichos bienes.

7. Responsabilidad de las otras partes en operaciones anuladas

188. [143] Cuando se anula una operación, se plantea la cuestión del efecto que tiene dicha anulación para la otra parte. En la mayoría de los regímenes de la insolvencia, el resultado de la anulación de una operación consistirá por lo general en que se restablezca la situación anterior, por lo que la otra parte deberá devolver los bienes obtenidos o efectuar un pago al patrimonio de la insolvencia equivalente al valor de la operación. Algunos regímenes de la insolvencia prevén que el tribunal puede reconocer al representante de la insolvencia el valor de los bienes afectados. Algunos regímenes de la insolvencia disponen asimismo que la otra parte que ha devuelto bienes o ha pagado su valor equivalente al patrimonio puede presentar una reclamación como acreedor no garantizado por un importe equivalente al valor de los bienes devueltos. Cuando la otra parte no devuelva los bienes ni pague su valor al patrimonio de la insolvencia, la mayoría de las vías de recurso están al margen del régimen de la insolvencia, pero algunos regímenes prevén que la otra parte no puede presentar una reclamación, en el marco del procedimiento (en concepto de las cantidades adeudadas además de las afectadas por la operación anulable).

8. Contratos posteriores a la solicitud y a la apertura del procedimiento

189. Tal como se ha señalado anteriormente (Segunda Parte, capítulo III.B.6), algunos regímenes de la insolvencia regulan con disposiciones de anulación los contratos celebrados y las operaciones realizadas entre la solicitud y la apertura de un procedimiento y después de su apertura, cuando esas operaciones y esos contratos no estén autorizados por el régimen de la insolvencia ni aprobados, conforme a lo requerido, por el tribunal, por el representante de la insolvencia o por los acreedores. Algunos regímenes de la insolvencia especifican los tipos de operaciones que pueden anularse como, por ejemplo, el cumplimiento de obligaciones nacidas antes de la apertura del procedimiento, el pago de deudas anteriores a la solicitud del procedimiento, la constitución de garantías sobre los bienes del patrimonio y la enajenación de cualquier derecho o bien que forme parte del patrimonio de la insolvencia. Otros regímenes prevén la anulación de toda operación no autorizada que concierte el deudor durante esas etapas, a menos que la parte contraria pueda demostrar que la alteración no mermó los derechos del acreedor.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

La finalidad de las disposiciones de anulación es:

- a) ~~conservar~~ [reconstituir] [reconstruir] la integridad de la masa y asegurar el trato [equitativo] [justo] de los acreedores;
- b) dar certeza a los terceros definiendo reglas claras para los supuestos en los que determinadas operaciones [que ocurren] antes de la apertura del procedimiento de insolvencia [o para operaciones no autorizadas que ocurran después de [la solicitud de] la apertura] en las que haya intervenido el deudor o de las que hayan sido objeto bienes del deudor pueden ser consideradas como efectuadas en perjuicio de los acreedores y por tanto sujetas a anulación;
- c) ~~permitir al representante de la insolvencia entablar~~ la apertura de procedimientos para anular esas operaciones;
- d) facilitar la recuperación de dinero o bienes de personas que hayan participado en las operaciones que se han anulado.

Contenido de las disposiciones legales

69) [56] El régimen de la insolvencia debe comprender disposiciones que se apliquen retrospectivamente y concebidas para revocar operaciones³ [u operaciones no autorizadas que ocurran después de [la solicitud de] la apertura] en las que el deudor haya sido parte [o de las que hayan sido objeto los bienes del deudor] a raíz de las cuales disminuya el valor neto de que disponga el deudor o se viole el principio del trato [equitativo] [justo] de los acreedores.

Operaciones sujetas a anulación

70) [57] El régimen de la insolvencia ha de disponer que los siguientes tipos de operaciones podrán ser objeto de anulación ~~el representante de la insolvencia pueda interponer procedimientos ante el tribunal para que se dejen de lado, como nulas, las siguientes operaciones:~~

- a) operaciones por las que se trate de frustrar, demorar u obstaculizar el cobro de sus créditos por los acreedores transmitiendo bienes a algún tercero cuando la finalidad de la operación sea poner bienes fuera del alcance de un acreedor actual o potencial o perjudicar de algún modo los intereses de ese acreedor conociendo el tercero la intención del deudor; ~~(operaciones fraudulentas)~~

³ [131] En esta sección, el término “operación” se entiende referido en general a la amplia gama de actos jurídicos mediante los cuales pueden enajenarse bienes o pueden contraerse obligaciones mediante una transferencia, un pago, una garantía real o personal, un préstamo o una cesión.

- b) operaciones en las que la transmisión de un gravamen sobre bienes o la asunción de una obligación por contravalor nominal o menos que equivalente (operaciones sin contravalor suficiente) que ocurrieron en un momento en que el deudor [era insolvente] [hubiera cesado los pagos] o como consecuencia de las cuales el deudor [pasó a ser insolvente] [se vio en la imposibilidad de efectuar pagos]; y
- c) operaciones en las que hayan participado acreedores y en las que el acreedor obtiene más de su cuota prorrateada de los bienes del deudor (operaciones preferentes) y que se efectuaron en un momento en que el deudor había hecho cesación de pagos [era insolvente].

Garantías reales

71) El régimen de la insolvencia debería prever que si bien las garantías reales que son válidas en virtud de regímenes que permiten la constitución de garantías para los acreedores son también generalmente válidas conforme al derecho que rige la insolvencia, estarán sujetas a anulación por los mismos motivos que otras operaciones.

Operaciones con personas allegadas

72) [61] En relación con las operaciones del tipo mencionado en la recomendación 70) realizadas con personas allegadas, el régimen de la insolvencia debería prever que el representante de la insolvencia pueda entablar procedimientos ante un tribunal para que se declaren nulas las operaciones sin contravalor suficiente y las operaciones preferentes

- a) esas operaciones estarán sujetas a anulación;
- b) el período de sospecha para esas operaciones puede ser más largo que para las operaciones con personas no allegadas; y
- c) puede haber presunciones o inversiones de la carga de la prueba que favorezcan a la masa de la insolvencia.

73) En el régimen de la insolvencia deben definirse concretamente las categorías de personas que se considerarán suficientemente vinculadas al deudor a efectos de la recomendación 72).

~~62) El régimen de la insolvencia debe fijar claramente el plazo de sospecha para los tipos de operaciones mencionadas en la recomendación 61), que será generalmente más largo que los plazos aplicables a las operaciones sin contravalor suficiente y a las operaciones preferentes en las que no participen personas allegadas.~~

Operaciones no sujetas a acciones de anulación

74) En el régimen de la insolvencia deben especificarse las operaciones que no estarán sujetas a anulación. Entre estas operaciones pueden figurar las operaciones

realizadas en el curso normal de los negocios antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, las operaciones efectuadas durante un procedimiento de reorganización que posteriormente pase a ser de liquidación, y determinadas operaciones en el mercado financiero.

Establecimiento del período de sospecha

75) [58] El régimen de la insolvencia ha de establecer que una operación con las características descritas en la recomendación 70) puede anularse si se ha realizado durante un período especificado (el período de sospecha) [con anterioridad a] [contado retroactivamente a partir de] [la solicitud de] apertura del procedimiento de insolvencia. El régimen de la insolvencia puede especificar distintos períodos de sospecha para diferentes tipos de operaciones, pero en general los períodos de sospecha aplicables a las operaciones mencionadas en la recomendación 70) a) y a las realizadas con personas allegadas (recomendación 72)) deberían ser más largos que los períodos aplicables a otros tipos de operaciones y a aquellas en que no intervengan personas allegadas.

Apertura del procedimiento de anulación

76) El régimen de la insolvencia debe especificar que el representante de la insolvencia [y ...] estarán facultados para iniciar procedimientos de insolvencia⁴.

Plazos para la apertura de procedimientos de anulación

77) [59] Tras la apertura del procedimiento de insolvencia, el plazo durante el cual se podrá iniciar una acción de anulación respecto de una operación de la que tenga conocimiento el representante de la insolvencia puede estar limitado por el régimen de la insolvencia o por el derecho procesal aplicable.

Financiación de procedimientos de anulación

78) [64] El régimen de la insolvencia puede prever otras formas de abordar el problema de la financiación de procedimientos de anulación cuando el representante de la insolvencia no entable una acción de anulación de determinadas operaciones por considerar, previa evaluación, que es improbable que las operaciones sean anuladas o bien que la acción impondrá a la masa de la insolvencia gastos [injustificables] [excesivos]. Estas otras posibilidades pueden consistir en permitir que cada acreedor o el comité de acreedores traten de lograr la anulación y a) en permitir al acreedor o a los acreedores retener parte de cualquier suma que se recupere para satisfacer su crédito; b) en pagar los gastos de la acción de anulación con cargo a la masa de la insolvencia en caso de que la acción prospere; o c) en

⁴ Durante los procedimientos entablados por una persona que no sea el representante de la insolvencia pueden plantearse también problemas relativos a la anulación, cuando el representante de la insolvencia invoque la anulación como excepción ante la ejecución.

modificar la prelación del crédito del acreedor o de los acreedores que traten de conseguir la anulación.

Cuestiones probatorias

79) [60] El régimen de la insolvencia debe especificar los elementos que se han de probar a fin de anular una determinada operación, así como las posibles excepciones que puedan oponerse a tal anulación.

80) [63] El régimen de la insolvencia puede prever que se adopten presunciones probatorias especiales para la anulación de ciertas operaciones que se hayan realizado durante plazos especificados y en las que hayan intervenido determinadas personas claramente especificadas [tales como personas allegadas] o determinados tipos de personas.

Responsabilidad de las otras partes en las operaciones anuladas

81) El régimen de la insolvencia debe prever que la otra parte en una operación que haya sido anulada estará obligada a devolver al patrimonio de la insolvencia todos los beneficios materiales obtenidos en la operación anulada. En caso de que la otra parte se niegue a devolver esos beneficios, el régimen de la insolvencia puede prever que esa otra parte no podrá presentar reclamaciones en el procedimiento de insolvencia.

Recursos contra las decisiones relativas a la anulación

~~65) El régimen de la insolvencia debe permitir a las partes interesadas procurar el reexamen inicial de las decisiones adoptadas por el representante de la insolvencia con respecto a la anulación. Los motivos para ese reexamen pueden ser: [...].~~

F. Derechos de compensación, acuerdos de compensación global por saldos netos y contratos financieros

1. Derecho general de compensación

190. [116] La cuestión importante para todo régimen de la insolvencia será la del trato a dar a todo acreedor que, en el momento de presentarse la solicitud de apertura de un procedimiento, sea a su vez deudor de la masa de la insolvencia. Si se aplica el principio básico de la igualdad de trato de todos los acreedores de una misma categoría, el resultado será relativamente sencillo: el representante de la insolvencia podrá exigir el cobro de la suma completa debida por el acreedor y el crédito de dicho acreedor será satisfecho conforme corresponda al liquidarse el patrimonio o en caso de reorganización. Ahora bien, cabría seguir el criterio de que, en las circunstancias del caso, el acreedor pudiera ejercer un derecho de compensación frente a la masa de la insolvencia una vez abierto el procedimiento, con el resultado de que, si lo permitiera la cuantía del crédito de la masa frente al

acreedor, fuera posible que el crédito de dicho acreedor quedara plenamente compensado. Por consiguiente, el principal efecto de todo ello es que un acreedor con un derecho de compensación se beneficia de hecho de una “garantía”, ya que la contrarreclamación del deudor puede pagarse o quedar abonada compensándola frente a la reclamación del acreedor. Los derechos de compensación no revisten importancia notable hasta el momento de la insolvencia, dado que si la otra parte pudiera siempre pagar, no habría necesidad de compensación.

191. Dado que los créditos constituyen una forma principal de bienes en las economías modernas y puesto que los acreedores son a veces también deudores de la misma otra parte, el derecho que rige la compensación es importante en los negocios y en los mercados financieros (véase más adelante). Los derechos de compensación tienen trascendencia en las operaciones comerciales porque, cuando existe una serie de contratos entre las mismas partes, hay posibilidades de compensación. Lo mismo ocurre con las operaciones de comercio mutuo.

192. [119] La postura internacional frente a la compensación en los casos de insolvencia varía ampliamente. En algunos países, la compensación está limitada entre las partes solventes, pero es obligatoria en la insolvencia; en cambio, en otros países ocurre lo contrario y la compensación está permitida entre deudores solventes, pero prohibida en caso de insolvencia.

193. [117] Cabe aducir diversas razones para que el régimen de la insolvencia aborde la problemática de los derechos de compensación. La primera sería el principio de la equidad: pese a la importancia de respetar el principio de la igualdad de trato entre los acreedores, tal vez sea injusto que se le permita al deudor que ha denegado un pago a su acreedor que insista al mismo tiempo en cobrar su propio crédito frente a dicho acreedor. Además, al ser la parte contraria a menudo un banco, la salvaguardia de su derecho de compensación resulta particularmente importante para el funcionamiento del sistema bancario que, por constituir la principal fuente de creación de créditos, suele ser considerado como de provecho general para la economía. Por razón de sus funciones básicas (de instituciones de depósito de fondos y de creación de créditos) es frecuente que los bancos que hayan prestado fondos a un deudor insolvente descubran que tienen, a su vez, obligaciones financieras frente a ese deudor en forma de depósitos. El derecho de compensación a raíz de la apertura de un procedimiento permitiría que el banco compensara sus créditos pendientes frente al deudor con los fondos depositados por el deudor, aun cuando los créditos recíprocos del banco no hayan aún vencido y no sean pagaderos. El derecho de compensación permitirá que el acreedor se evada de las dificultades dimanantes de la insolvencia del deudor, evitando así ciertos efectos en cadena de la quiebra, lo que, al reducir el margen de exposición del banco a los riesgos de insolvencia, reducirá también el costo de las operaciones financieras y del crédito otorgado por el banco a las empresas. Los derechos de compensación evitan también la circularidad de los pagos y créditos conexos.

194. [118] Pese a las ventajas aducidas en favor de respetar los derechos de compensación, esas razones tal vez deberán ser contrarrestadas por algunos de los argumentos aducidos en contra. La compensación constituye, en el marco de la insolvencia, una violación del principio *pari passu*, ya que todo acreedor que disponga de un derecho de compensación adecuado cobrará plenamente su crédito desde que tenga conocimiento general de la existencia de reclamaciones recíprocas, a diferencia de lo que ocurre con las garantías reales publicadas. La compensación

puede agotar el activo financiero del deudor y dificultar la reorganización, particularmente cuando el deudor pierde acceso a los fondos depositados en su cuenta bancaria.

195. [120] El régimen de la compensación puede incidir sobre el régimen de la insolvencia, y viceversa, en ciertos aspectos importantes. Por ejemplo, el derecho del acreedor a hacer valer una compensación podrá ser anulado (véase la Segunda Parte, capítulo III.E.3 c)). En los supuestos en que el régimen de la insolvencia permita la invalidación de las cláusulas de rescisión a fin de permitir que el representante de la insolvencia mantenga en vigor contratos pendientes de cumplimiento, los acreedores sólo podrán ejercer sus derechos de compensación respecto de créditos monetarios recíprocos cuando el derecho a invalidar la cláusula de rescisión incluya una excepción que permita expresamente al acreedor rescindir el contrato y compensar esos créditos recíprocos. Esto es particularmente importante en el contexto de las operaciones financieras a corto plazo.

2. Compensación global por saldos netos y derechos de compensación en el contexto de operaciones financieras

196. Además de su importancia para el comercio en general, los derechos de compensación son también importantes en los mercados financieros. En los casos frecuentes de compensación cabe destacar la compensación bancaria de préstamos con los depósitos bancarios; la compensación entre instituciones en los mercados financieros como el mercado de depósitos interbancarios; y la compensación con divisas, permutas financieras, futuros, valores bursátiles y contratos de recompra; y la compensación en sistemas de pagos centralizados. Las sumas objeto de compensación son a veces muy altas y también se reducen de modo equivalente la exposición a los riesgos de la compensación, con la consiguiente reducción de los gastos de créditos, así como de los riesgos que amenazan la integridad del sistema financiero.

197. La compensación global por saldos netos difiere de los derechos de compensación en que en uno de los casos puede consistir en la compensación de bienes fungibles no monetarios (por ejemplo, valores bursátiles y bienes entregables el mismo día, en el caso de liquidación mediante compensación) y porque en su forma más importante suele comportar la cancelación por la parte contraria de contratos pendientes con un deudor insolvente, seguida por la compensación de las pérdidas y ganancias de ambas partes, como en la compensación de clausura.

198. La postura internacional frente a la compensación y a la compensación por saldos netos es compleja. Los países minoritarios que tradicionalmente no han aceptado la compensación por insolvencia, [119] salvo en ciertas categorías de operaciones o en el marco de una cuenta corriente, siguen adoptando principalmente esa postura, si bien algunos han ampliado la gama de operaciones compensables y otros han introducido regímenes de compensación global únicamente aplicables a contratos especificados. Entre los Estados que tradicionalmente la autorizan, unos cuantos la paralizan en el curso de un procedimiento de reorganización, salvo respecto de ciertos contratos financieros. En otros regímenes de la insolvencia, el problema de la compensación ni siquiera se ha abordado.

3. Excepciones para los contratos financieros

199. [121] La conveniencia de que un régimen de la insolvencia contenga disposiciones sobre ciertos tipos de contratos financieros a corto plazo, incluidos los acuerdos sobre derivados (por ejemplo, los intercambios de divisas o de tipos de interés) dependerá de cómo se aborden las cuestiones relativas al tratamiento de los contratos y de los derechos de compensación. Las condiciones cada vez más normalizadas de los acuerdos marco por los que se rigen todas estas operaciones suelen contener disposiciones que permiten la compensación global de clausura. Esas disposiciones de la compensación de clausura, que globalizan la liquidación de todas las obligaciones de pago independientes, surten normalmente efecto únicamente al declararse la insolvencia de una de las partes, si el régimen de la insolvencia permite dos de las operaciones típicas de estos acuerdos marco. En primer lugar, deberá permitir la extinción (o “clausura”) de todas las operaciones pendientes en el marco del acuerdo de compensación global de la parte declarada insolvente y, en segundo lugar, deberá permitir que la parte no insolvente compense recíprocamente sus créditos y obligaciones con la parte insolvente.

200. [122] En muchos regímenes de la insolvencia no se han previsto estas dos operaciones clave del acuerdo marco. Tal como se ha señalado en el análisis del tratamiento de los contratos, algunos países permiten que el representante de la insolvencia opte por mantener un contrato en violación de toda cláusula de rescisión estipulada en el contrato. Respecto de la compensación, cierto número de países no permite que se compensen créditos financieros independientes que no hayan vencido al declararse abierta la insolvencia.

201. [123] Muchos países que no poseen un régimen general que prevea a la vez esa extinción y esa compensación de las operaciones en curso han previsto no obstante ciertas excepciones al régimen general de la insolvencia a fin de permitir esa “compensación de clausura” para los contratos financieros prescritos y pertinentes, incluidas las garantías reales, los acuerdos de recompra y las bursatilizaciones. Esas excepciones se justifican por la creciente importancia de estas operaciones en los mercados financieros mundiales, por la necesidad de seguridad en los mercados, por la complejidad de esos arreglos financieros y por el hecho de que el acceso a tales operaciones se vería limitado si no hubiera certeza respecto de la posibilidad de compensación de clausura en caso de insolvencia de una parte. Pese a todas estas importantes ventajas, debe reconocerse que esas “excepciones especiales” complican el régimen legal general y otorgan un trato preferente a ciertos tipos de acreedores.

202. Además de la excepción analizada más arriba, cabe prever otras excepciones para los contratos financieros que van desde la aplicación de la suspensión (mencionada en la Segunda Parte, capítulo III.B.3), la aplicación de las disposiciones de anulación (mencionadas en la Segunda Parte, capítulo III.D.6) hasta la facultad del representante de la insolvencia para mantener y rechazar contratos en virtud de los cuales el deudor y la parte contraria no hayan cumplido aún íntegramente sus respectivas obligaciones (mencionadas en la Segunda Parte, capítulo III.E.4). *[Nota: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el alcance de esas excepciones y, eventualmente, la posibilidad de agregar recomendaciones suplementarias a esta sección para regular estas cuestiones -véase más adelante la nota referente a las recomendaciones 86 a 88.]*

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

[Cláusula de finalidad aún pendiente de elaboración]

Contenido de las disposiciones legales

Derecho general de compensación

[82)] [67)] El régimen de la insolvencia debe proteger los derechos de compensación que existan, en virtud del derecho general, antes de la apertura del procedimiento ~~debe ser protegido durante el procedimiento de liquidación y debe, en general, poder ejercitarse tanto por los acreedores como por la masa de la insolvencia.~~

[83) El régimen de la insolvencia debe permitir los derechos de compensación posteriores a la apertura cuando los créditos recíprocos surjan en el marco del mismo acuerdo. ~~Además, los países puede que deseen también estudiar la posibilidad de admitir la compensación después de la apertura del procedimiento en otras circunstancias, en particular con respecto a las obligaciones financieras recíprocas que se derivan de contratos financieros definidos por el derecho.]~~

Compensación global por saldos netos y contratos financieros⁵

84) [66) En el contexto de [contratos] [acuerdo marco] financieros, el régimen de la insolvencia debe disponer que los acuerdos de compensación global por saldos netos y de compensación de clausura deben ser legalmente protegidos y no han de ser, en la mayor medida posible, desatendidos en procedimientos de insolvencia.]

⁵ El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la expresión “contratos financieros” debe definirse y, de ser así, si se debe estudiar una definición apropiada. Un ejemplo podría ser la definición que figura en la Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, artículo 5 k), que dispone lo siguiente: Por “contrato financiero” se entenderá toda operación al contado, a plazo, de futuros, de opción o de permuta financiera relativa a tipos de interés, productos básicos, monedas, acciones, obligaciones, índices u otros instrumentos financieros, toda operación de préstamo o de recompra o rescate de valores negociables, y cualquier otra operación similar a algunas de las anteriormente mencionadas que se concierte en un mercado financiero, así como toda combinación de las operaciones anteriormente mencionadas. En el 26º período de sesiones del Grupo de Trabajo (mayo de 2002), se expresó la opinión de que la definición era demasiado amplia y de que convendría limitarla para que abarcara únicamente las operaciones que formarían parte de un contrato marco más amplio (A/CN.9/511, párr. 71). No se propuso ningún enunciado concreto.

*Excepción de inejecutoriedad de cláusulas automáticas de rescisión de contratos*⁶

85) [68] Cuando el régimen de la insolvencia no permita los derechos de compensación posteriores a la apertura del procedimiento para obligaciones financieras recíprocas o declare inejecutables frente al representante de la insolvencia las cláusulas contractuales que estipulen un derecho a rescindir un contrato o que hay incumplimiento a) al solicitarse la apertura, o en el momento de apertura, del procedimiento de insolvencia; b) al nombrarse un representante de la insolvencia; c) al cumplir un deudor los criterios para la apertura de un procedimiento de insolvencia; o d) al haber indicios de que el deudor está en una situación financiera delicada, puede ser necesario que el régimen de la insolvencia prevea una excepción para los [contratos] [acuerdos marco] financieros de modo que las disposiciones de compensación de clausura que figuren en esos [contratos] [acuerdos] entre el deudor y otra parte puedan aplicarse con certeza.

Posibles recomendaciones suplementarias sobre los contratos financieros

86) [Excepción a la aplicación de la suspensión: capítulo III.B.3]

87) [Excepción a la aplicación de disposiciones de anulación: capítulo III.D.6]

88) [Excepción a las facultades de mantenimiento y rechazo de contratos: capítulo III.E.4]

⁶ Véase la Segunda Parte, capítulo III, D: régimen aplicable a los contratos, recomendación 53).