



Asamblea General

Distr. limitada
30 de septiembre de 2003
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
30º período de sesiones
Nueva York, 29 de marzo a 2 de abril de 2004

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Segunda parte		
Disposiciones fundamentales para un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente.	80-669	46
I. Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia	82-152	46
A. Condiciones de admisibilidad y jurisdicción	82-99	46
1. Condiciones de admisibilidad: deudores a los que será aplicable el régimen de la insolvencia	82-91	46
a) Personas físicas dedicadas a actividades comerciales	84-87	47
b) Empresas públicas	88-90	49
c) Deudores que requieren un tratamiento diferenciado	91	49
2. Jurisdicción	92-99	50
a) Centro de los principales intereses del deudor	93-94	50
b) Establecimiento	95-96	51
c) Presencia de bienes	97-98	51
d) Tribunales competentes	99	52
Recomendaciones 1) - 6).		52
B. Apertura del procedimiento	100-152	54
1. Introducción	100-102	54
2. Criterios para la apertura del procedimiento	103-111	54
a) Criterio de la liquidez, de la corriente de efectivo o de la suspensión general de pagos	103-104	54
b) Criterio del estado financiero o balance de la empresa	105-106	55



	c)	Formulación de los criterios de apertura	107-111	56
3.		Liquidación	112-122	58
	a)	Partes habilitadas para presentar una solicitud	112	58
	b)	Apertura a instancia del deudor	113-115	58
	c)	Apertura a instancia de uno o más acreedores	116-119	59
	d)	Apertura a instancia de una autoridad pública	120-122	61
4.		Reorganización	123-131	62
	a)	Partes habilitadas para solicitar la apertura	123	62
	b)	Apertura a instancia del deudor	124-125	62
	c)	Apertura a instancia de los acreedores	126-131	63
5.		Cuestiones de índole procesal	132-146	65
	a)	Presentación de la solicitud de apertura de un procedimiento	132	65
	b)	Declaración de apertura de un procedimiento de insolvencia	133-135	65
	c)	Plazo para la declaración de apertura del procedimiento	136-137	67
	d)	Desestimación de una solicitud de apertura	138-140	67
	e)	Notificación de la solicitud y de la apertura	141-146	68
6.		Deudores con bienes insuficientes	147-149	70
7.		Costas del procedimiento de insolvencia	150-151	71
8.		Sobreseimiento del procedimiento tras la apertura	152	72
		Recomendaciones 7) - 23)		73
II.		Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia	153-360	76
	A.	Bienes que constituyen la masa de la insolvencia	153-175	76
		1. Introducción	153-155	76
		2. Bienes comprendidos en la masa de la insolvencia	156-168	77
		a) Definición general de la masa de la insolvencia	156-158	77
		b) Bienes gravados	159-161	78
		c) Bienes que sean propiedad de terceros	162-164	79
		d) Bienes extranjeros	165-166	80
		e) Bienes recuperados	167-168	81
		3. Bienes que podrán quedar fuera de la masa de la insolvencia	169-172	81
		a) Exclusiones generales	169	81
		b) Cuando el deudor sea una persona física	170-172	81
		4. Fecha de constitución del patrimonio de la insolvencia y recolección de los bienes	173-175	82
		Recomendaciones 24) - 26)		83
	B.	Protección y conservación de la masa de la insolvencia	176-219	84
		1. Introducción	176	84

2.	Protección de la masa mediante una paralización	177-180	84
3.	Alcance de la paralización	181-189	85
	a) Medidas a las que se aplicará la paralización	181-183	85
	b) Exclusiones de la paralización	184	87
	c) Acreedores garantizados	185-189	88
4.	Aplicación discrecional o automática de la paralización	190	89
5.	Inicio de la paralización	191-200	90
	a) Determinación del momento preciso en que surte efecto la paralización	192	90
	b) Aplicación de la paralización a partir del momento de la solicitud de apertura del procedimiento	193	90
	c) Paralización a partir de la apertura	194-200	91
6.	Duración de la paralización	201-204	93
	a) Acreedores no garantizados	201	93
	b) Acreedores garantizados	203-204	94
7.	Prórroga del plazo de la paralización	205	94
8.	Protección de los acreedores garantizados	206-215	95
	a) Exención de los efectos de la paralización	207-209	95
	b) Protección del valor	210-215	96
9.	Restricciones de la libertad del deudor para disponer de sus bienes	216-219	98
	Recomendaciones 27) - 39).		99
C.	Utilización y disposición de los bienes	220-239	104
	1. Introducción	220	104
	2. Bienes de la masa de la insolvencia	221-235	104
	a) Curso ordinario de los negocios	221-224	104
	b) Métodos de venta	225-228	105
	c) Utilización o disposición de bienes gravados	229-230	106
	d) Capacidad del representante de la insolvencia para vender el bien libre de gravámenes	231-232	107
	e) Bienes en copropiedad	233	108
	f) Bienes onerosos, carentes de valor y difíciles de convertir en efectivo	234	108
	g) Créditos	235	108
	3. Bienes que sean propiedad de terceros	236-237	109
	4. Régimen aplicable al producto en metálico de la venta	238-239	110
	Recomendaciones 40) - 48).		110
D.	Financiación posterior a la apertura del procedimiento	240-253	112
	1. Necesidad de financiación posterior a la apertura del procedimiento	240-244	112

2.	Fuentes de financiación posterior a la apertura del procedimiento	245	114
3.	Obtención de crédito con posterioridad a la apertura del procedimiento-garantías y prelación	246-250	114
	a) Concesión de garantías	247	114
	b) Concesión de prelación	248-250	114
4.	Autorización de la financiación posterior a la apertura	251-252	115
5.	Efectos de la conversión de la reorganización en liquidación	253	116
	Recomendaciones 49) - 54).		116
E.	Régimen aplicable a los contratos	254-294	118
1.	Introducción	254-259	118
2.	Cláusulas de extinción automática de los contratos	260-265	120
3.	Mantenimiento o rechazo de contratos	266-283	122
	a) Procedimiento para el mantenimiento o rechazo de contratos	266-273	122
	b) Fecha o momento en que surte efecto la notificación de mantenimiento o de rechazo de un contrato	274-275	124
	c) Mantenimiento de un contrato en supuestos de incumplimiento del deudor.	276	124
	d) Efectos del mantenimiento o del rechazo de un contrato para la otra parte	277-282	125
	e) Modificación de los contratos mantenidos	283	127
4.	Arrendamientos de terrenos y de locales	284-285	127
5.	Cesión	286-289	128
6.	Excepciones a la facultad para mantener, rechazar y ceder contratos	290-293	128
	a) Contratos de trabajo	291	129
	b) Contratos sobre servicios irremplazables y personales	292-293	129
7.	Contratos posteriores a la apertura del procedimiento	294	130
	Recomendaciones 55) - 72).		130
F.	Procedimientos de anulación	295-348	133
1.	Introducción	295-302	133
2.	Criterios de anulación	303-313	136
	a) Criterios objetivos	304	136
	b) Criterios subjetivos	305	136
	c) Combinación de criterios	306-307	136
	d) Curso ordinario de los negocios	308-312	137
	e) Excepciones	313	138
3.	Tipos de operaciones sujetas a anulación	314-328	139
	a) Operaciones encaminadas a impedir, obstaculizar o demorar el pago a los acreedores	316-317	139

	b)	Operaciones sin contravalor adecuado	318-320	140
	c)	Operaciones preferentes	321-323	141
	d)	Garantías reales	324-325	142
	e)	Operaciones con personas allegadas	326-328	143
	4.	Operaciones no sujetas a acciones de anulación	329	144
	5.	Efecto de la anulación: operaciones nulas o anulables	330-331	144
	6.	Establecimiento del período de sospecha	332-335	145
	7.	Sustanciación de los procedimientos de anulación	336-346	146
	a)	Partes que pueden iniciar un procedimiento	336-339	146
	b)	Financiación de los procedimientos de anulación	340	147
	c)	Plazos para la apertura	341	148
	d)	Cumplimiento de los criterios de anulabilidad	342-346	148
	8.	Responsabilidad de las otras partes en operaciones anuladas	347	149
	9.	Conversión de una reorganización en procedimiento de liquidación	348	149
		Recomendaciones 73) - 84).		150
	G.	Derechos de compensación	349-352	153
		Recomendaciones 85)		153
	H.	Contratos financieros y compensación global por saldos netos	353-360	154
		Recomendaciones 86) - 92).		156
III.		Participantes	361-480	158
	A.	El deudor	361-393	158
		1. Introducción	361	158
		2. Mantenimiento de la continuidad de los negocios del deudor y función del deudor	362-377	158
		a) Liquidación	362-363	158
		b) Reorganización	364-377	159
		3. Derechos del deudor	378-380	163
		4. Obligaciones del deudor	381-392	164
		a) Deber de cooperar y prestar asistencia	382	164
		b) Deber de facilitar información	383-386	164
		c) Confidencialidad	387	166
		d) Obligaciones supletorias o complementarias	388	166
		e) Recurso a profesionales o peritos que asesoren al deudor	390	167
		f) Inobservancia de algún deber	391-392	167
		5. Responsabilidad del deudor	393	168
		Recomendaciones 93) - 98).		168
	B.	El representante de la insolvencia	394-433	170

1.	Introducción	394	170
2.	Cualificaciones	395-402	171
	a) Representante provisional de la insolvencia	397	171
	b) Conocimientos y experiencia	398	171
	c) Vías para garantizar la idoneidad profesional	399	172
	d) Cualidades personales	400	172
	e) Conflictos de intereses	401-402	172
3.	Selección y nombramiento del representante de la insolvencia	403-406	173
	a) Selección y nombramiento del representante de la insolvencia por parte del tribunal	404	174
	b) Autoridad independiente encargada del nombramiento	405	174
	c) Función de los acreedores	406	174
4.	Supervisión del representante de la insolvencia	407	175
5.	Deberes y funciones del representante de la insolvencia	408	175
6.	Confidencialidad	411	177
7.	Remuneración del representante de la insolvencia	412-418	177
	a) Determinación de su cuantía	412-416	177
	b) Medios para efectuar el pago	417	179
	c) Cálculo revisado de la remuneración	418	180
8.	Responsabilidad del representante de la insolvencia	419-424	180
9.	Agentes y empleados del representante de la insolvencia	425-427	182
	a) Responsabilidad por actos u omisiones	426	182
	b) Remuneración	427	182
10.	Revisión de la administración del representante de la insolvencia	428-431	182
11.	Destitución del representante de la insolvencia	432	183
12.	Sustitución del representante de la insolvencia	433	184
	Recomendaciones 99) - 109)		184
C.	Acreedores-participación en el procedimiento de insolvencia	434-475	186
	1. Introducción	434	186
	2. Grado de participación de los acreedores en el proceso decisorio	436-444	187
	a) Niveles de participación	436-437	187
	b) Participación en la liquidación y la reorganización	438	188
	c) Mecanismos destinados a facilitar la participación	439-441	188
	d) Fomento de la participación del acreedor	442	189
	e) Obligación de informar y notificar	443	190
	f) Acreedores garantizados	444	190
	3. Funciones que deben desempeñar los acreedores	445-450	190

4.	Reuniones de acreedores	451-454	192
5.	Comité de acreedores	455-470	193
	a) Acreedores que podrán formar parte del comité	457-462	194
	b) Formación del comité de acreedores	463-465	195
	c) Funciones del comité de acreedores	466-468	196
	d) Responsabilidad del comité de acreedores	469	197
	e) Destitución y sustitución de los miembros del comité	470	197
6.	Cuestiones que requieren una votación	471-474	198
7.	Confidencialidad	475	199
	Recomendaciones 110) - 120).		199
D.	Derecho de la parte interesada a ser oída y a apelar	476-480	202
	1. Derecho a ser oído	476	202
	2. Procedimiento de revisión	477-479	202
	3. Derecho de apelación	480	203
	Recomendaciones 121) - 122)		203
IV.	Reorganización	481-565	204
A.	El plan de reorganización	481-550	204
	1. Introducción	481-482	204
	2. Naturaleza o forma del plan	483-485	204
	3. Propuesta de un plan de reorganización	486-496	205
	a) Momento de la propuesta	487	206
	b) Partes facultadas para proponer un plan	488-494	206
	c) Plazos para la propuesta de un plan	495-496	208
	4. El plan	497-505	209
	a) Contenido de un plan	498-502	209
	b) Información que debe adjuntarse al plan	503-505	211
	5. Aprobación del plan	506-529	212
	a) Procedimientos de aprobación	509-511	213
	b) Aprobación de los acreedores garantizados y con prelación	512-517	214
	c) Aprobación por los acreedores ordinarios no garantizados	518-521	216
	d) Aprobación por los titulares de capital social del deudor o de derechos frente al deudor	522-523	217
	e) Personas allegadas	524	218
	f) Requisitos para la aprobación del plan	525-529	218
	6. Imposibilidad de aprobar un plan propuesto	530-531	220
	a) Modificación del plan propuesto	530	220
	b) Desaprobación del plan	531	220

7.	Efecto vinculante del plan	532	220
8.	Confirmación judicial del plan	533-539	221
	a) Impugnaciones de la aprobación del plan	534-536	221
	b) Medidas requeridas para la confirmación judicial	537-539	222
9.	Efectos de un plan aprobado y confirmado	540	223
10.	Impugnaciones del plan después de su confirmación por el tribunal	541	223
11.	Enmienda del plan después de su aprobación por los acreedores	542-544	224
12.	Ejecución del plan	545	225
13.	Fracaso de la ejecución del plan	546-547	225
14.	Conversión de la reorganización en procedimiento de liquidación	548-550	226
	Recomendaciones 123) - 145)		227
B.	Procedimiento de reorganización agilizado	551-565	233
	1. Introducción	551-553	233
	2. Acreedores que suelen participar en las negociaciones voluntarias de reestructuración	554-555	234
	3. Procedimiento para ejecutar un acuerdo voluntario de reestructuración	556-565	235
	a) Deudores que podrán ser objeto del procedimiento	557-558	235
	b) Obligaciones afectadas	559	235
	c) Aplicación del régimen de la insolvencia	560-562	235
	d) Agilización del procedimiento	563-565	236
	Recomendaciones 146) - 153)		237
V.	Administración del procedimiento		241
	A. Régimen aplicable a los créditos de los acreedores	566-612	241
	1. Introducción	566	241
	2. Presentación de los créditos de los acreedores	567-589	241
	a) Acreedores que pueden tener que presentar créditos	567-570	241
	b) Limitaciones que afectan a la presentación de los créditos	571-576	242
	c) Procedimiento para la presentación de los créditos	577-585	244
	d) Créditos no presentados	586-589	247
	3. Verificación y admisión de créditos	590-611	248
	a) Lista de créditos presentados	590	248
	b) Procedimientos de verificación y admisión	591-602	248
	c) Créditos impugnados	603-604	251
	d) Efectos de la admisión de un crédito	605	252
	e) Compensación de créditos	606	252
	f) Créditos que requieren un régimen especial	607-611	253
	4. Créditos no admitidos	612	254

	Recomendaciones 154) - 169)	254
B.	Prioridades y distribución [del producto de la liquidación]	613-642 258
1.	Prioridades	613-640 258
a)	Introducción	613-616 258
b)	Subordinación de los créditos	617-623 259
c)	Clasificación de los créditos	624-640 260
2.	Distribución	641-642 265
a)	Liquidación	641 265
b)	Reorganización	642 266
	Recomendaciones 170) - 178)	266
C.	Régimen aplicable a los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia	643-652 267
1.	Introducción	643-645 267
2.	Responsabilidad del grupo por las deudas externas	646-651 269
3.	Deudas internas	652 270
D.	Derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia	270
	Recomendaciones 179) - 183)	271
VI.	Conclusión del procedimiento	653-669 272
A.	Exoneración	653-666 272
1.	Exoneración del deudor en un procedimiento de liquidación	653-664 272
2.	Exoneración de deudas y modificación de créditos en procedimientos de reorganización	665-666 276
	Recomendaciones 184) - 185)	276
B.	Conclusión del procedimiento	667-669 277
1.	Liquidación	668 277
2.	Reorganización	669 277
	Recomendaciones 186) - 187)	278

Segunda parte

Disposiciones fundamentales para un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

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

81. En el capítulo I se analizan los criterios para la solicitud y la apertura del procedimiento. En el capítulo II se examinan las repercusiones de la apertura del procedimiento de la insolvencia sobre el deudor y sus bienes, entre las que figuran la constitución de la masa de la insolvencia, la protección y conservación de la masa, la utilización y disposición de los bienes, la financiación posterior a la apertura del procedimiento, el régimen aplicable a los contratos, la aplicación de las disposiciones en materia de impugnación, los derechos de compensación, los contratos financieros y la compensación global por saldos netos. En el capítulo III se tratan las funciones del deudor y del representante de la insolvencia en los procedimientos de insolvencia y sus diversas obligaciones y atribuciones, así como los mecanismos para facilitar la participación de los acreedores. Si bien las cuestiones relativas a la reorganización se examinan a lo largo de toda la Guía, en el capítulo IV se abordan en particular las cuestiones relativas al plan de reorganización y al procedimiento agilizado de reorganización. En el capítulo V se abordan los diferentes tipos de créditos y demandas de los acreedores y su tratamiento, así como el establecimiento de un orden de prelación a efectos de la distribución. El capítulo VI se ocupa de las cuestiones relativas a la resolución del procedimiento de la insolvencia, entre las que cabe mencionar la liberación y la conclusión. [En el capítulo VII se reproduce la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y la Guía para su incorporación al derecho interno.]

I. Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia

A. Condiciones de admisibilidad y jurisdicción

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

82. Antes de preparar un régimen general de la insolvencia aplicable a los deudores con actividades comerciales (independientemente de si se llevan a cabo con fines de lucro o no), es importante determinar y definir claramente cuáles serán los deudores que estarán sujetos a dicho régimen. Cuando se excluya a un deudor del régimen, ese deudor dejará de gozar del amparo que ofrece y no estará sujeto a su disciplina. Ello justifica que se elabore un régimen de la insolvencia de carácter exhaustivo que prevea excepciones limitadas. En la elaboración de los criterios de admisibilidad se plantean dos problemas básicos. El primero es si la ley debe distinguir entre los deudores que sean personas físicas y los que constituyan algún tipo de sociedad o empresa de responsabilidad limitada u otro tipo de persona

jurídica, lo que suscitará a su vez cuestiones de política general y de política social o de otra índole. El segundo problema radica en la determinación de los tipos eventuales de deudores (prescindiendo de si son personas jurídicas o físicas), a los que no habría de aplicarse el régimen de la insolvencia.

83. Los países suelen definir el ámbito de aplicación de sus regímenes de insolvencia en función de distintos criterios. Algunos aplican sus regímenes a todos los deudores y prevén ciertas excepciones concretas, como las que se analizan más adelante. Otros distinguen entre los deudores que son personas físicas y los que son personas jurídicas, a los que aplican distintos regímenes de la insolvencia. Otro criterio consiste en distinguir entre las personas jurídicas y las personas físicas en función de la actividad comercial (o de consumidores) que lleven a cabo. Algunos de estos regímenes tratan de la insolvencia de los “comerciantes”, por lo que se entiende las personas cuya ocupación habitual es la actividad comercial, o de las sociedades constituidas conforme al derecho mercantil y de otras entidades que suelen dedicarse a la actividad comercial. En algunos regímenes también se prevén distintos procedimientos en función del grado de endeudamiento, y varios países han elaborado regímenes especiales de la insolvencia aplicables a distintos sectores de la economía, en particular al sector agrícola.

a) Personas físicas dedicadas a actividades comerciales

84. Tratándose del endeudamiento y la insolvencia de personas físicas los legisladores siguen a menudo criterios basados en actitudes culturales que no aplican a las sociedades mercantiles. Esta diferencia se observa, por ejemplo, en el trato del endeudamiento contraído por una persona; en el auxilio otorgable al deudor que no pueda atender al servicio de su deuda; en la degradación social de la condición personal del deudor por efecto de la quiebra; en la necesidad de orientación y asesoramiento educativo en relación con la deuda personal; y en la posibilidad de ofrecer una nueva oportunidad a los deudores mediante la liberación eventual de ciertas deudas o medidas ejecutorias. En contraste, la política aplicable a la insolvencia en el sector mercantil suele obedecer únicamente a consideraciones económicas y comerciales, tales como la importante función de las empresas en la economía; la necesidad de preservar y fomentar la actividad comercial y empresarial; y la necesidad de alentar la concesión de préstamos y de proteger a los acreedores.

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

86. En muchos países los deudores con actividad comercial que son personas físicas quedan comprendidos en los regímenes de la insolvencia comercial. La experiencia de algunos países indica que si bien las actividades mercantiles realizadas por personas físicas forman parte del comercio, es preferible que esas actividades se rijan por el régimen de la insolvencia previsto para las personas físicas, ya que en última instancia el propietario de un negocio personal ejercerá su actividad comercial en un marco según el cual será personalmente responsable, sin límite alguno, de las deudas de su negocio. La insolvencia de los comerciantes como personas físicas plantea asimismo difíciles problemas en materia de exoneración (liberación del deudor de su responsabilidad total o parcial por concepto de ciertas deudas una vez concluido el procedimiento - véase el capítulo VI), entre los que figura el plazo que ha de transcurrir antes de que se exonere al deudor y el tipo de obligaciones de las que puede quedar exonerado y las obligaciones exceptuadas. Las deudas que a menudo no pueden exonerarse son asuntos de índole personal relativos, por ejemplo, al arreglo concertado a raíz de una sentencia de divorcio o a la obligación de pagar una pensión alimentaria. Además, la inclusión de las personas físicas en el régimen de la insolvencia comercial podría desincentivar en algunos países la aplicación del régimen de la insolvencia comercial, habida cuenta de la actitud social negativa que suscita la insolvencia personal, independientemente de su carácter comercial. Convendría tener presentes estas consideraciones al preparar un régimen para la insolvencia comercial, teniendo en cuenta la manera en que habitualmente se lleva a cabo la actividad comercial en un determinado país y la existencia y eficacia de los regímenes de la insolvencia aplicables a las personas físicas. Por ejemplo, en muchos países el comercio es una actividad a la que se dedican casi exclusivamente personas físicas, y excluir a éstas del régimen de la insolvencia supondría limitar de forma significativa su viabilidad y eficacia. En otros países, las personas físicas con actividades comerciales están sujetas a un régimen de la insolvencia específico y no se les aplica el régimen de la insolvencia comercial.

87. La presente Guía se centra en la realización en sí de la actividad comercial¹, tanto por personas jurídicas como por personas físicas, prescindiendo del marco jurídico que se escoja para hacerlo, y de que se haga o no con fines de lucro². La presente Guía determina las cuestiones para las que habrá que elaborar otras disposiciones o disposiciones suplementarias, si los deudores que son personas físicas quedan comprendidos en el ámbito del régimen de la insolvencia.

¹ No se pretende definir en la Guía la expresión "actividades comerciales". No obstante, de ser necesaria una definición, otros textos de la CNUDMI en los que figura dicha expresión han optado por una interpretación lata de manera que abarque las cuestiones que dimanen de toda relación de índole comercial, sea o no contractual. Las relaciones de índole comercial comprenden, aunque no exclusivamente, las operaciones siguientes: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; acuerdos de distribución; representación o mandato comercial; factoraje ("factoring"); arrendamiento con opción de compra ("leasing"); construcción de obras; consultoría; ingeniería; concesión de licencias; inversiones; financiación; banca; seguros; acuerdos o concesiones de explotación; empresas conjuntas y otras formas de cooperación industrial o comercial; transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea o por carretera.

² La Guía comprendería, por ejemplo, las actividades comerciales efectuadas con fines caritativos.

b) Empresas públicas

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

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

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

c) Deudores que requieren un tratamiento diferenciado

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

2. Jurisdicción

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

a) Centro de los principales intereses del deudor

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

94. Aunque se adopte como factor de conexión el “centro de los principales intereses” del deudor, puede darse el caso de que un deudor que posea bienes situados en dos o más Estados satisfaga las condiciones para quedar sujeto al régimen de la insolvencia de más de un Estado, ya sea porque se apliquen, en esos Estados, diversos criterios para determinar las condiciones de admisibilidad, o porque se apliquen diversas interpretaciones de un mismo criterio, dando lugar, por consiguiente, a que se abra un procedimiento aparte contra ese deudor en cada uno de esos países. En tales casos, será conveniente disponer de un régimen basado en la Ley Modelo de la CNUDMI que resuelva los problemas de coordinación y cooperación, que no dejarán de surgir entre esos procedimientos³. En cuanto toda la aplicación de los diferentes factores de conexión, la Ley Modelo se centra en la primacía del centro de los principales intereses y en el procedimiento principal, pero reconoce que pueden utilizarse otros criterios, como la presencia de bienes, para

³ La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y la Guía para su incorporación al derecho interno figuran en el capítulo VII de la presente Guía.

abrir un procedimiento nacional distinto del principal para atender la cuestión de los bienes nacionales una vez que se haya reconocido el procedimiento extranjero principal⁴.

b) Establecimiento

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

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

c) Presencia de bienes

97. Algunos ordenamientos prevén la apertura de un procedimiento de insolvencia a instancia de un deudor, o contra un deudor, que tenga o haya tenido bienes en el territorio del Estado del foro, sin exigir que el deudor posea en dicho territorio un establecimiento o el centro de sus principales intereses. En la Ley Modelo de la CNUDMI no se prevé el reconocimiento procedimientos extranjeros iniciados sobre la base del criterio de la presencia de bienes, aunque sí se prevé la apertura de un procedimiento nacional conforme a dicho criterio en un Estado que reconozca un procedimiento extranjero principal, para que dicho Estado se ocupe de los bienes que se encuentren en su territorio⁵.

⁴ Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 28.

⁵ Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 28, y Guía para su incorporación al derecho interno, párrs. 184 a 187; véase el capítulo VII.

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

d) Tribunales competentes

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

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

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

- a) los tipos de deudores que están sujetos al régimen;
- b) los tipos de deudores que pueden ser excluidos del régimen;
- c) los deudores que tienen una vinculación suficiente con un Estado para estar sujetos al régimen; y
- d) los tribunales que serán competentes en materia de apertura y sustanciación de procedimientos de insolvencia.

Contenido de las disposiciones legales

Condiciones de admisibilidad

- 1) El régimen debe regir los procedimientos de insolvencia contra todos los deudores que se dediquen a actividades comerciales, ya sean personas físicas o jurídicas, incluidas las empresas públicas⁶, independientemente de que dichas actividades comerciales se lleven a cabo con fines lucrativos o no.
- 2) Las exclusiones de la aplicación del régimen de la insolvencia deben ser limitadas y estar claramente especificadas en la ley⁷.

Jurisdicción

- 3) El régimen debe especificar qué deudores tienen una vinculación suficiente con un Estado para estar sujetos a su aplicación. Si bien el factor de conexión puede determinarse de distintas maneras, los criterios para determinar si un deudor puede estar sujeto al régimen han de ser, entre otros⁸:
 - a) el hecho de que el deudor tenga el centro de sus principales intereses en el Estado; o
 - b) el hecho de que el deudor tenga un establecimiento en el Estado.
- 4) El régimen debe establecer la presunción de que, salvo prueba en contrario, el centro de los principales intereses de una persona jurídica está en el Estado en que tiene su domicilio social y el centro de los principales intereses de una persona física está en el Estado en que tiene su residencia habitual.
- 5) El régimen ha de entender por “establecimiento” “todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios”⁹.
- 6) El régimen debe indicar claramente (o remitir a la regla de derecho pertinente que determine) el tipo de tribunal competente para abrir y sustanciar procedimientos de insolvencia, así como para conocer de las cuestiones que se planteen en el transcurso de dichos procedimientos.

⁶ No se pretende que la guía legislativa sea aplicable a la insolvencia de los Estados, las subdivisiones de los Estados, los municipios y a otros tipos de entidades similares, a menos que se trate de una “empresa pública”.

⁷ Las organizaciones altamente reguladas, como los bancos y las compañías de seguros, pueden requerir un tratamiento especial que puede enunciarse apropiadamente en un régimen de la insolvencia diferenciado o en disposiciones especiales del régimen general. Algunas empresas públicas, como las que llevan a cabo su actividad en sectores de importancia clave para la economía también pueden ser excluidas.

⁸ Esta recomendación tiene la finalidad de indicar los motivos mínimos y no exclusivos para abrir procedimientos de insolvencia. Otros ordenamientos jurídicos tienen en cuenta, entre otros criterios, la presencia de bienes. Véase el análisis del capítulo I.A.2 c) y de los párrafos 184 a 187 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, reproducida en el capítulo VII.

⁹ Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, artículo 2 f).

B. Apertura del procedimiento

1. Introducción

100. El criterio que rige la apertura de un procedimiento es esencial para todo régimen de la insolvencia. Al definir los requisitos para que se pueda abrir un procedimiento de insolvencia, ese criterio sirve para determinar cuáles son los deudores que estarán sujetos a la disciplina del régimen de la insolvencia, y que podrán acogerse a su protección, y quién podrá presentar una solicitud de apertura, ya sea el deudor, los acreedores u otras partes interesadas.

101. Por regla general, es conveniente que el criterio que rige la apertura sea transparente y seguro, facilitando el acceso al procedimiento de insolvencia de manera adecuada, poco costosa y rápida, a fin de alentar a toda empresa insolvente o que se encuentre en dificultades a solicitar voluntariamente la apertura de un procedimiento. También sería conveniente que hubiera flexibilidad a la hora de elegir el tipo de procedimiento de insolvencia (reorganización o liquidación), que se dieran facilidades para recurrir al procedimiento que mejor corresponda a la situación del deudor, y que se previera la posibilidad de pasar de un tipo de procedimiento a otro. Toda dificultad de acceso podría desalentar tanto al deudor como a sus acreedores, y la consiguiente demora puede hacer mermar el valor de los bienes o impedir que prospere el procedimiento de insolvencia, especialmente en caso de reorganización. No obstante, la facilidad de acceso al procedimiento deberá contrarrestarse con ciertas salvaguardias para evitar que se abuse del procedimiento. Como ejemplos de abusos cabe citar la presentación de una solicitud de apertura por parte de un deudor que no está en dificultades financieras, con el único fin de acogerse a ciertas medidas de amparo previstas por el régimen de la insolvencia, tales como la paralización automática de toda acción judicial, o para evitar o demorar el pago a sus acreedores, así como la solicitud de apertura por parte de acreedores que sean competidores del deudor, con el fin de aprovechar el procedimiento para perturbar el negocio del deudor y obtener así una ventaja competitiva¹⁰.

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

2. Criterios para la apertura del procedimiento

a) Criterio de la liquidez, de la corriente de efectivo o de la suspensión general de pagos

103. Un criterio muy difundido para decidir la apertura de un procedimiento de insolvencia es el de la liquidez, del flujo de efectivo o de la suspensión general de pagos. Este criterio presupone que la empresa deudora haya suspendido pagos y que su flujo de caja o de efectivo sea insuficiente para atender al pago de sus obligaciones al ritmo a que vayan venciendo en el curso normal de su negocio. La situación de suspensión general de pagos de un deudor cabe deducirse del impago

¹⁰ Se volverá a esta cuestión al estudiarse los criterios para desestimar una solicitud de apertura y para sobreseer un procedimiento, en el capítulo I.B.5 d) y 8 de la segunda parte.

de los alquileres, de los impuestos, de los sueldos de los empleados y de las prestaciones que éstos perciben, así como de las cuentas adeudadas y de otros gastos esenciales de la empresa. Con este criterio, la definición de la suspensión general de pagos queda en manos de los acreedores. Posibilitar el recurso a este criterio tiene por objeto activar el procedimiento de insolvencia en una fase lo bastante temprana de la crisis financiera de la empresa deudora para minimizar la dispersión eventual de sus bienes y evitar que los acreedores se precipiten y se posesionen de bienes, mutilando así el patrimonio de la empresa en detrimento colectivo de todos sus acreedores. Permitir que la apertura del procedimiento tenga lugar únicamente cuando el deudor pueda demostrar su situación de insolvencia mediante la presentación de su balance (arrojando un pasivo que supere su activo, conforme se examinará más adelante), tal vez sólo sirva para demorar lo inevitable y reducir la suma recuperable.

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

b) Criterio del estado financiero o balance de la empresa

105. En vez de la suspensión general de pagos cabe prever el criterio del balance con un pasivo superior al activo como indicio de apuros financieros graves. Un inconveniente práctico del criterio del balance de la empresa es que, al basarse en datos proporcionados por el deudor, es muy difícil para las otras partes comprobar el estado financiero real del negocio del deudor hasta que su difícil situación llegue a ser incontrovertible y a menudo irreversible, por lo que no es un criterio suficientemente plausible para justificar la presentación de solicitudes de apertura por los acreedores. Además, este criterio puede dar una indicación equivocada sobre la situación financiera del deudor, debido a que se centra en la cuestión esencialmente contable del modo de la tasación de los bienes (por ejemplo, determinando el valor resultante de una liquidación o el valor como negocio en marcha) y plantea interrogantes sobre la fiabilidad del balance de la empresa deudora y sobre si éste puede considerarse como una indicación real de la solvencia del deudor, en particular si las normas de contabilidad o las técnicas de tasación dan resultados que no reflejan el justo valor de mercado¹¹ de los bienes del deudor o cuando el mercado financiero no está lo bastante desarrollado ni tiene la suficiente estabilidad para que se pueda determinar ese valor. Lo mismo cabría decir, en particular, en el caso de una empresa de servicios que, valorada con arreglo a este criterio, resulte

¹¹ Por justo valor de mercado de la masa patrimonial de una empresa suele entenderse el precio que cabría normalmente obtener en una venta entre un comprador y un vendedor no vinculados

técnicamente insolvente debido a una falta de bienes, pese a ser, en ese momento, un negocio esencialmente viable. También puede darse el caso de que una empresa tenga un balance positivo a pesar de no tener el flujo de efectivo necesario para mantener la actividad empresarial.

106. Además, la aplicación de este criterio puede dar lugar a demoras y dificultades de comprobación por exigirse a menudo un peritaje de los libros, cuentas y datos financieros del negocio¹² que determine el justo valor de mercado de la empresa, lo cual será particularmente difícil cuando esos libros no se lleven como es debido o no sean fáciles de consultar. Por todo ello, este criterio da lugar a menudo a que se abra el procedimiento cuando ya no es posible reorganizar la empresa, y puede restar margen al deudor para negociar colectivamente con sus acreedores mientras mantenga el negocio en marcha, con lo cual resulte imposible maximizar el valor de la masa. Así pues, no conviene recurrir únicamente al criterio del balance de la empresa para abrir un procedimiento, pues no es suficientemente fiable, y puede ser aconsejable combinarlo con el criterio de la suspensión de pagos. Con esta combinación, el criterio del balance de la empresa puede contribuir a definir la insolvencia centrándose en la cuestión de si los bienes, sin importar cómo se valoren, serán suficientes para pagar las deudas del deudor, incluidas las obligaciones que todavía no hayan vencido.

c) Formulación de los criterios de apertura

107. El derecho interno de la insolvencia suele recurrir al criterio de la suspensión general de pagos en diversas combinaciones con el criterio del balance financiero de la empresa para determinar las condiciones de apertura de un procedimiento. Algunos regímenes internos aplican sin más el criterio de la suspensión general de pagos, al exigir simplemente que el deudor sea incapaz de cumplir con sus obligaciones a su vencimiento. Otros regímenes aplican ese mismo criterio pero con algunos requisitos suplementarios, por ejemplo, que la suspensión de pagos sea reflejo de dificultades financieras no pasajeras, que la solvencia del deudor haya quedado en entredicho y que sea justo y oportuno proceder a la liquidación de la

entre sí, y en la que ni una ni otra parte se viera obligada, respectivamente, a comprar o a vender. En ausencia de una venta efectiva, dicho valor pudiera resultar especulativo, ya que todo valor suele basarse en suposiciones hechas respecto de las condiciones de venta de los bienes negociados. A fin de reducir ese factor especulativo, se han introducido técnicas para determinar un valor aproximado basado en la venta de negocios o bienes similares, o en algún valor múltiplo del potencial de ganancia de una empresa. En mercados en los que ciertos bienes sean difíciles de vender por estar saturado el mercado o por no existir un mercado para dichos bienes, su valor será difícil de determinar.

¹² El valor contable de un bien es el importe señalado para dicho bien a efectos contables. Generalmente se obtiene de su valor original de adquisición, corrigiéndolo con una combinación de índices de depreciación, de amortización y de revalorización que darán como resultado un valor inferior, ajustado al precio actual en el mercado o, en ocasiones, una revalorización al alza de conformidad con los principios contables. Si bien existen unos principios contables de aceptación general, formulados por la Junta de Normas Internacionales de Contabilidad, es importante señalar que no existen directrices contables de aceptación universal que dispongan cómo deben valorarse los bienes a efectos contables. Además, el valor contable de los bienes a efectos de cuentas de administración puede no coincidir con el valor de los mismos bienes declarado en los estados financieros tras la auditoría de final de ejercicio. Así pues, el valor contable de los bienes puede diferir o ser totalmente distinto de la sumas que podrían obtenerse con la liquidación de los bienes para pagar a los acreedores.

empresa deudora. Cuantos más requisitos se añadan a los criterios de apertura más difícil será su cumplimiento, especialmente cuando esos requisitos sean subjetivos. Esto puede dar lugar a la impugnación de solicitudes, causando demoras, inseguridad y gastos. Por el contrario, los criterios relativamente sencillos y claros pueden resultar aplicables a más casos, pero ello puede quedar compensado por el hecho de que esos criterios son más fáciles de aplicar.

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

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

i) Insolvencia inminente (falta previsible de liquidez)

110. El derecho interno de algunos países en los que sólo se aplica el criterio de la suspensión de pagos faculta asimismo al deudor para solicitar la apertura de un procedimiento si su empresa se encuentra en situación de insolvencia inminente o de falta previsible de liquidez, y el deudor se vea en la imposibilidad de pagar sus deudas a su vencimiento. En algunos casos, esa situación puede ser breve, pero en otros puede durar mucho más, en función del tipo de las obligaciones a satisfacer. Como supuestos determinantes de esa imposibilidad, cabe citar el caso de un deudor obligado a efectuar pagos de reembolso de bonos durante un largo período que su empresa no podrá atender, o el caso de un deudor que sea objeto de una demanda colectiva de daños y perjuicios que sepa que va a prosperar y cuyo importe acumulativo exceda de lo que su empresa pueda pagar.

ii) Tipos de procedimiento que cabe solicitar

111. La segunda dimensión del criterio de apertura es la referente al tipo de procedimiento que se desee abrir (véase también el capítulo II de la primera parte). En algunos ordenamientos, el criterio de apertura, ya esté basado en la suspensión general de pagos o en el estado del balance financiero de la empresa, puede servir para la apertura de procedimientos tanto de liquidación como de reorganización.

Cuando un acreedor haya optado por solicitar la liquidación de la empresa, el régimen de la insolvencia faculta a veces al deudor para solicitar que el procedimiento de liquidación sea convertido en uno de reorganización. En otros regímenes, que dan primacía a la reorganización, deberá abrirse un procedimiento de reorganización de la empresa, que, sin embargo, podrá transformarse en un procedimiento de liquidación si se demuestra que la empresa deudora no es susceptible de reorganización. Conforme a un tercer enfoque, en la solicitud de apertura no se especifica el tipo de procedimiento y no se decide si se seguirá la vía de la liquidación o la de la reorganización hasta después de efectuarse una evaluación de la situación financiera del deudor.

3. Liquidación

a) Partes habilitadas para presentar una solicitud

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

b) Apertura a instancia del deudor

113. Muchos ordenamientos prevén el criterio de la suspensión general de pagos para la solicitud por el deudor de la apertura de un procedimiento de liquidación. Dado que en la práctica, el deudor sólo solicitará la apertura de un procedimiento de liquidación como medida de última instancia, en situaciones de graves dificultades financieras, algunos regímenes permiten que el deudor presente una solicitud motivada por una suspensión del pago de sus deudas a su vencimiento, o mediante una simple declaración de su situación financiera en la que notifique que su empresa no puede pagar sus deudas o no tiene la intención de hacerlo (declaración que, en el supuesto de una persona jurídica, deberán hacer los consejeros u otros miembros de su órgano rector). Existe al menos un régimen de la insolvencia en que el deudor no tiene que hacer ninguna declaración sobre el estado financiero de su empresa. En tal caso, independientemente de la carga de la prueba que se imponga al deudor, el régimen de la insolvencia deberá regular y distinguir entre, por un lado, las situaciones en que se dé por sentada la aceptación de la declaración financiera del deudor, siempre que no haya habido objeciones por parte de los acreedores y, por otro lado, las situaciones en que se haya de interrogar al deudor sobre su situación financiera, debido a que existan dudas al respecto o porque los acreedores se hayan opuesto a la apertura del procedimiento. En cierta medida, estos problemas pueden resolverse en el marco de la tramitación de la apertura del procedimiento. Cuando, por ejemplo, se solicite al tribunal, que se pronuncie sobre la apertura del procedimiento, el tribunal tendrá la oportunidad de examinar la solicitud y los acreedores podrán formular objeciones durante la vista. Cuando a raíz de la solicitud deba abrirse automáticamente un procedimiento, los acreedores y otras partes interesadas tendrán aún la posibilidad de formular objeciones, incluso después de la apertura del procedimiento (véanse las secciones 5 b) y 8 *infra*). En ambos casos, podrá examinarse todo intento de utilizar indebidamente el procedimiento de la solicitud.

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

114. La posibilidad de que la apertura se efectúe a instancia del deudor suscita la cuestión de si debe o no obligarse al deudor a solicitar la apertura de un procedimiento cuando el deterioro de su situación financiera llegue a un determinado punto. No existen pareceres unánimes al respecto. Ciertos regímenes de la insolvencia o de gestión empresarial exigen al deudor presentar una solicitud dentro de un plazo (que puede variar entre 15 y 60 días) a partir del momento en que haya suspendido el pago de sus deudas a su vencimiento o a partir del momento en que su balance financiero le haya permitido ver su estado de endeudamiento excesivo. En algunos regímenes se definen los criterios para la determinación de la suspensión de pagos, por ejemplo, por referencia a todo estado bancario por el que se vea que el deudor ha suspendido el pago de cierto porcentaje de su deuda total durante un cierto plazo, por ejemplo de dos meses. En caso de liquidación, ese deber serviría de salvaguardia para los créditos de los acreedores al evitar una mayor dispersión de los bienes del deudor y, en caso de reorganización, mejoraría las probabilidades de éxito al alentarse la pronta apertura del procedimiento. Este deber puede ser particularmente oportuno en países en donde los acreedores descuiden su interés en abrir prontamente un procedimiento. Ahora bien, a juzgar por la experiencia de algunos países, la imposición al deudor de una obligación de presentar una solicitud tras un cierto número de días o de semanas de haber suspendido el pago de sus obligaciones puede dar lugar a que algún deudor presente una solicitud sin estar realmente en una situación de insolvencia (y que no justifiquen, por ello, una reorganización o liquidación de su empresa). En algunos países, ese deber del deudor ha sobrecargado la infraestructura encargada de tramitar las causas de insolvencia, al no estar suficientemente desarrollada para hacer frente al consiguiente aumento de las solicitudes.

115. La imposición de ese deber al deudor puede además suscitar dificultades prácticas sobre cuándo y cómo debe solicitar la apertura de un procedimiento formal, particularmente cuando toda demora puede hacer incurrir en responsabilidad a ciertos cargos de la empresa deudora, como los miembros de su principal órgano rector o sus directivos. En esos supuestos, el deudor podría renunciar a otras formas de resolver sus dificultades financieras, tales como un acuerdo de reorganización extrajudicial, que en algunos casos¹³ facilitarían la salida de la crisis. Además, todo deber de solicitar la apertura sería inoperante si no se previeran ni ejecutaran sanciones por su incumplimiento. Para alentar al deudor a decidirse pronto a solicitar un procedimiento, tal vez sería más eficaz concederle incentivos, como la paralización eventual de toda medida ejecutoria o judicial en su contra (véase el capítulo II.B), que imponerle sanciones por haber incumplido la obligación de solicitar la apertura de un procedimiento.

c) Apertura a instancia de uno o más acreedores

116. En muchos regímenes de la insolvencia se exige, para la apertura de un procedimiento de liquidación de los bienes del deudor a instancia de los acreedores, que el deudor haya incurrido en suspensión de pagos, a menudo con el requisito adicional de que gran parte de la deuda por pagar no sea controvertida ni esté vinculada a contraprestación alguna. Unos cuantos países exigen además que la

¹³ Esta cuestión se examina con más detalle en el contexto de los procedimientos agilizados de reorganización y de los criterios de apertura pertinente, véase el capítulo IV.B de la segunda parte.

deuda haya sido refrendada por una resolución judicial. Si se supedita la apertura a instancia de los acreedores al criterio de la suspensión general de pagos, cabe prever dificultades a la hora de aportar pruebas. Si bien es posible que los distintos acreedores puedan demostrar que el deudor no ha pagado uno o más de sus respectivos créditos, es probable que no les sea tan fácil presentar pruebas de una suspensión general de pagos. Convendría que fuera relativamente sencillo presentar pruebas adecuadas para establecer una presunción de insolvencia del deudor, sin necesidad de imponer a una carga probatoria excesiva. Al tratar de definir un umbral de prueba suficiente para acreditar una suspensión general de pagos, que esté al alcance de los acreedores, tal vez baste, como indicio objetivo de esta suspensión, probar que el deudor no ha pagado alguna deuda vencida una vez transcurrido un determinado plazo después de una reclamación escrita de pago o una vez transcurrido cierto plazo a partir del vencimiento de la deuda. Algunos regímenes aplican este criterio, con una gama de plazos que oscila de unos ocho días a 24 semanas en supuestos en los que se exija la presentación por el acreedor de una reclamación oficial del pago. Otros regímenes han previsto además que la solicitud pueda ser presentada a raíz de una tentativa frustrada de cobro, exigiendo el transcurso de cierto plazo, tal vez de hasta tres meses, previo a la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento. Cuando haya que fijar plazos en la ley, puede ser conveniente que éstos sean breves, a fin de cumplir los objetivos primordiales de facilitar el acceso al procedimiento de insolvencia y de preservar el valor de los bienes.

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

118. Además de los requisitos de la suspensión de pagos, del vencimiento de la deuda o deudas impagadas y de reclamaciones de su pago no controvertidas, en algunos países se exigen otros requisitos, como por ejemplo que la solicitud sea presentada por más de un acreedor (cuyos créditos tal vez no hayan de estar garantizados ni ser controvertidos), que sean titulares de créditos que, además de haber vencido, supongan cierta cuota del endeudamiento total (o que sea presentada por cierto número de acreedores cuyos créditos supongan cierta cuota del valor global del endeudamiento).

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

d) Apertura a instancia de una autoridad pública

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

121. Algunos regímenes prevén, además, que las autoridades públicas o supervisoras pueden hacer uso del régimen de la insolvencia para paralizar la actividad de una empresa en circunstancias en que, aunque dicha autoridad no sea un acreedor, el cierre de la empresa se considere de interés público. En este supuesto, no siempre es preciso demostrar la falta de liquidez de una empresa para que cierta autoridad pueda poner término a las operaciones de toda empresa que realice actividades generalmente de carácter fraudulento o delictivo o que infrinja gravemente obligaciones reglamentarias o cuando se dé una combinación de tales circunstancias. Dado que esa facultad puede dar pie a abusos cuando el caso no tenga relación con la insolvencia y cuando se definan las razones de interés público con criterios muy amplios, es muy conveniente que las autoridades sólo puedan ejercer esa facultad en circunstancias muy limitadas y únicamente como último recurso cuando no haya otras leyes que permitan resolver el caso. Entre esas circunstancias limitadas cabría prever el recurso a la insolvencia en combinación con otras leyes, como las relativas al blanqueo de dinero o a la reglamentación de los valores bursátiles, cuando no se exija demostrar la insolvencia. También cabría permitir que las autoridades actuaran cuando la insolvencia fuera patente y fuera preciso defender los intereses de un gran número de pequeños acreedores, cuyos créditos no fueran suficientemente cuantiosos para poder solicitar la apertura de un

procedimiento, pero que, no obstante, se vieran perjudicados por las actividades del deudor.

122. Cabría asimismo prever ciertas salvaguardias cuando se pudiera recurrir al régimen de la insolvencia en las mencionadas condiciones. Por ejemplo, podría requerirse una investigación preliminar de los negocios del deudor; también podrían otorgarse medidas cautelares, como la paralización de ciertas actuaciones y el nombramiento de un representante provisional de la insolvencia, a fin de impedir que se produzcan irregularidades mientras el tribunal decide las medidas que han de adoptarse con respecto a la empresa. Por lo general, las autoridades sólo podrían ejercer esas facultades suplementarias para abrir un procedimiento de liquidación, aun cuando en circunstancias excepcionales fuera posible, con ciertos controles, pasar de la liquidación a la reorganización. Esa transformación sólo sería posible, por ejemplo, si el negocio en sí es lícito y si la gestión de la empresa deudora es asumida por un representante de la insolvencia o por alguna entidad pública.

4. Reorganización

a) Partes habilitadas para solicitar la apertura

123. Tratándose de la apertura de procedimientos de reorganización, los regímenes de la insolvencia prevén soluciones más variadas que en la liquidación con respecto a las partes legitimadas para solicitar la apertura, y varios regímenes sólo permiten al deudor solicitar una reorganización.

b) Apertura a instancia del deudor

124. Uno de los objetivos del procedimiento de reorganización es instituir un marco que aliente a los deudores a afrontar sus dificultades financieras antes de que sea demasiado tarde para permitir que la empresa continúe sus actividades en beneficio tanto del deudor como de los acreedores. De acuerdo con este objetivo, cabría establecer un criterio más flexible que el criterio de apertura para la liquidación y que no exija que el deudor llegue al extremo de la suspensión general de pagos para poder presentar la solicitud, sino que le permita hacerlo cuando se encuentre en dificultades financieras que, de no ser resueltas, pudieran llevarle a la insolvencia. Los criterios para la apertura de un procedimiento de reorganización a instancia del deudor varían de un país a otro. En algunos países, no se exige que se cumpla ningún criterio sustantivo específico, sino que el deudor podrá presentar su solicitud cuando lo estime oportuno; sólo se le exige que presente una simple solicitud ante el tribunal competente. Otros ordenamientos, en particular aquellos que prevén la apertura de un procedimiento unitario o inicialmente indiferenciado (véase el capítulo II.D de la primera parte), facultan al deudor para presentar su solicitud si prevé que, en algún momento futuro, pudiera no estar en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento (falta de liquidez o insolvencia inminente o previsible). En algunos países se exige además que haya indicios de una probabilidad real o razonable de que la empresa deudora superare la crisis, o de que sea económicamente viable.

125. Cabe sostener que un criterio de apertura menos estricto puede incitar al deudor a abusar del procedimiento de insolvencia. Por ejemplo, podría suceder que un deudor solicite la apertura de un procedimiento, sin estar en dificultades financieras, para presentar un plan de reorganización que le permita eludir ciertas

obligaciones onerosas, como determinados contratos laborales, renegociar su deuda o tergiversar y privar con ello a sus acreedores del pago puntual y completo de sus deudas. Conviene distinguir entre esta situación y las situaciones en que habría que alentar al deudor a solicitar la apertura de un procedimiento, por ejemplo, cuando, a consecuencia del pago de las deudas vencidas, el deudor experimentara dificultades financieras que pudieran conducir a una situación de insolvencia en que se cumplieran los criterios de insolvencia inminente o de falta previsible de liquidez (véase el capítulo I.B.2 c) i) *supra*), aun cuando no fuera realmente insolvente en el momento de presentar la solicitud. En otras palabras, si existe un motivo financiero que justifique la solicitud. El riesgo de que un deudor abuse así de un procedimiento de reorganización dependerá del criterio exigido para su apertura, de cómo se haya de preparar el plan de reorganización, del control que se le deje al deudor de su negocio tras la apertura del procedimiento y de las sanciones previstas contra todo recurso indebido a este procedimiento. Como ya se ha indicado, puede ser preferible que el régimen de la insolvencia se concentre en desalentar los abusos del procedimiento, en vez de establecer criterios más estrictos para la apertura que puedan perjudicar a quienes cumplan los requisitos para solicitar la apertura. Para evitar que el deudor recurra indebidamente al procedimiento, el régimen de la insolvencia podría, por ejemplo, disponer que el foro competente esté facultado para desestimar la solicitud presentada y que, en tal caso, el deudor incurra en responsabilidad frente a sus acreedores por los costos dimanantes del procedimiento y por todo daño ocasionado que sea imputable a la solicitud presentada.

c) Apertura a instancia de los acreedores

126. Si bien el régimen de la insolvencia suele prever que el procedimiento de liquidación pueda ser iniciado tanto por un acreedor como por un deudor, no existe ningún consenso sobre si un procedimiento de reorganización puede ser también iniciado por un acreedor y, como se ha indicado anteriormente, algunos regímenes prevén únicamente su apertura a instancia del deudor. Dado que uno de los objetivos del procedimiento de reorganización es incrementar el valor de los bienes, acrecentando así la suma que pueden percibir los acreedores en concepto de sus créditos, gracias a la reorganización de la empresa deudora con miras a asegurar la marcha ininterrumpida del negocio, es conveniente que la facultad de solicitar la apertura no sea exclusiva del deudor. La apertura a instancia de los acreedores se justifica también por los posibles casos en que el deudor no desee o no pueda solicitar la apertura debido, por ejemplo, a que los directivos de su empresa han renunciado a sus cargos. Dotar a los acreedores de esa facultad será también un factor determinante a la hora de decidir si se ha de facultar asimismo a los acreedores para proponer un plan de reorganización (véase el capítulo IV). En algunos países se sigue el criterio de que, dado que en muchos casos los acreedores serán los principales beneficiarios del éxito de una reorganización, debe dárseles la oportunidad de proponer el plan. De seguirse ese criterio, parece razonable que los acreedores estén también facultados para presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de reorganización.

127. En los regímenes de la insolvencia que permiten a los acreedores solicitar la reorganización de la empresa deudora, se prevén diversos criterios para la apertura de un procedimiento. Uno de los enfoques consiste en exigir el mismo criterio, en particular el de la falta previsible de liquidez, que para una solicitud de reorganización a instancia del deudor. En otros regímenes, en cambio, no se

considera justificable prever el mismo criterio, no sólo por la dificultad que tendrían los acreedores para probar que el deudor cumple el requisito de la falta previsible de liquidez, sino también por estimarse, en general, improcedente abrir cualquier tipo de procedimiento de insolvencia contra la voluntad del deudor, a menos que los acreedores puedan demostrar que ya se han perjudicado sus derechos.

128. Para superar los problemas que plantea la apertura de un procedimiento de reorganización a instancia de los acreedores, algunos regímenes exigen de los acreedores que demuestren ciertos factores, además de la insolvencia. Por ejemplo, que se dispondrá de liquidez suficiente para mantener la marcha normal del negocio durante su reorganización, que se apoyará el procedimiento con el valor de los bienes y que la tasa de reembolso de los créditos de los acreedores en la reorganización de la empresa será probablemente mayor que si se recurriera a su liquidación. Uno de los inconvenientes obvios de estos enfoques es que no permiten que los acreedores presenten su solicitud sin antes haber efectuado una evaluación a fondo del negocio de la empresa deudora. Esta evaluación puede depender a su vez de que se obtenga información pertinente del deudor que sea lo suficientemente fiable para facilitar la evaluación. Para paliar esos problemas cabe prever, por ejemplo, que, en caso de presentación de una solicitud por parte de acreedores, sea una autoridad independiente quien se encargue de evaluar la situación financiera del deudor. De este modo se aseguraría que sólo se abrieran procedimientos cuando procediera. Sin embargo, debe procurarse que esos requisitos suplementarios no compliquen el procedimiento de solicitud de tal modo que los acreedores renuncien a proponer una reorganización y propugnen la vía más fácil de la liquidación o se demore la apertura del procedimiento, lo que dificultaría la maximización del valor de los bienes de la empresa y restaría probabilidades de éxito a su reorganización. Asimismo, conviene evitar que los competidores del deudor aprovechen su situación de insolvencia para obtener información comercial delicada o confidencial o para perturbar su actividad comercial imponiendo requisitos injustificables en la evaluación de su situación financiera.

129. En algunos regímenes de la insolvencia se aplica una variante del criterio de la suspensión de pagos, y se exige que la solicitud sea presentada por cierto número de acreedores o por acreedores que sean titulares de créditos ya vencidos por determinado valor, o ambos requisitos a la vez. En otros ordenamientos se exige que los acreedores depositen, al presentar su solicitud, una fianza o efectúen un pago para cubrir las costas de la apertura del procedimiento¹⁴. Cabría argumentar que esos requisitos adolecen de los mismos inconvenientes señalados anteriormente respecto de los requisitos que exigen la disponibilidad de medios suficientes para lograr una reorganización satisfactoria.

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

¹⁴ La suma abonada o depositada tal vez deba cubrir asimismo la remuneración del representante de la insolvencia (véase, el capítulo III.B de la segunda parte, y también lo relativo a las costas del procedimiento de insolvencia, en el capítulo I.B.6 de la segunda parte).

reorganizar la empresa con éxito tras la apertura del procedimiento (y cabrá convertir el procedimiento en uno de liquidación cuando se estime inadecuada la vía de la reorganización, si la ley lo permite). En otros ordenamientos, esa evaluación debe hacerse antes de presentarse la solicitud de apertura, ya que para poder optar por un procedimiento de reorganización deberá ser previsible que dicho procedimiento reportará a los acreedores una tasa de reembolso mayor que la liquidación de la empresa.

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

5. Cuestiones de índole procesal

a) Presentación de la solicitud de apertura de un procedimiento

132. El régimen de la insolvencia debe especificar cómo habrá de iniciarse un procedimiento de insolvencia. A menudo se exige que la solicitud sea presentada ante un determinado tribunal, si bien pueden darse otros supuestos como el de prever que el procedimiento sea abierto mediante una declaración del deudor presentada ante el órgano regulador de empresas o actividades empresariales. Ello suscita la cuestión de la intervención judicial en el procedimiento de insolvencia, que se examina en la primera parte. La forma de iniciar un procedimiento puede depender, además del régimen de la insolvencia, de otras ramas del derecho, como el derecho constitucional (que puede regular, por ejemplo, las funciones de los tribunales y de los órganos administrativos, así como cuestiones de competencias), el derecho procesal (en particular las normas procesales) o el derecho de sociedades.

b) Declaración de apertura de un procedimiento de insolvencia

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

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

134. Al definir los requisitos para la apertura, algunos regímenes de la insolvencia establecen una distinción en función de si la solicitud de apertura es presentada por el deudor por el acreedor. En algunos regímenes, toda solicitud de apertura presentada por el deudor se equipara a un reconocimiento de su estado de insolvencia, que da lugar automáticamente a la apertura de un procedimiento, salvo que se demuestre que el deudor trata de recurrir indebidamente al régimen de la insolvencia. En cambio, cuando la solicitud es presentada por un acreedor, esos regímenes prevén que el tribunal deberá comprobar si se cumplen los criterios de apertura requeridos antes de declarar abierto el procedimiento. Este requisito tiene principalmente la finalidad de evitar los abusos por parte de los acreedores u otras partes interesadas. Conforme a otros ordenamientos, tanto si la solicitud es presentada por el deudor como por los acreedores, el tribunal deberá determinar no sólo si se dan o no las condiciones de acceso al procedimiento, sino también si el tipo de procedimiento solicitado es el más adecuado para hacer frente a las dificultades del deudor.

135. Cuando la situación a evaluar sea compleja es posible que transcurra cierto tiempo entre la solicitud y la apertura del procedimiento y durante ese tiempo el deudor siga realizando operaciones e incremente su endeudamiento para preservar su liquidez, y cabe también que el patrimonio del deudor se vea mermado a resultas de actuaciones judiciales emprendidas por los acreedores. Cuando se solicite a un tribunal que evalúe diversas cuestiones previas a la apertura del procedimiento, cabe soslayar esas demoras disponiendo, en primer lugar, que la evaluación se efectúe tras la apertura del procedimiento a fin de que el tribunal sea asistido por el representante de la insolvencia y otros peritos y, en segundo lugar, que el procedimiento de liquidación se podrá transformar ulteriormente en otro de reorganización, o viceversa. De seguirse ese criterio, el régimen de la insolvencia deberá definir claramente la paralización (véase el capítulo II.B), el orden de prelación de las deudas contraídas (véase el capítulo V.C.1 b)) y las facultades del deudor para disponer de sus bienes durante el período de evaluación (véase el capítulo II.A.2), así como el tratamiento de toda operación no permitida que se efectúe durante dicho período (véase el capítulo II.F).

c) Plazo para la declaración de apertura del procedimiento

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

137. Aun cuando esos plazos obren en aras de la certidumbre y de la transparencia del procedimiento tanto para el deudor como para sus acreedores, esa ventaja habrá de ser sopesada teniendo en cuenta sus posibles inconvenientes. Por ejemplo, la falta de flexibilidad de un plazo fijo puede impedir resolver las dificultades del caso. Ese plazo puede resultar arbitrario si no tiene en cuenta los medios de que dispone el órgano encargado de supervisar el procedimiento, ni sus prioridades locales (especialmente cuando dicho órgano haya de ocuparse de otras cuestiones, además de la insolvencia). Tal vez sea difícil obligar al órgano supervisor a respetar el plazo fijado y prever las consecuencias adecuadas para cuando no lo respete. El tiempo previsto entre la presentación de una solicitud y la declaración de apertura también debe estar en función del tipo de procedimiento solicitado, de los trámites a seguir para la solicitud y de las consecuencias de la declaración de apertura en cada régimen. Por ejemplo, la obligación de notificar a los interesados y de reunir información antes de la apertura y los plazos para hacerlo pueden variar de un régimen a otro. Por todo ello, es conveniente que el régimen de la insolvencia adopte un criterio flexible que favorezca la rapidez del proceso decisorio, marcando al respecto ciertas pautas razonables, pero que dé margen para toda limitación y las prioridades del caso.

d) Desestimación de una solicitud de apertura

138. En los párrafos anteriores se mencionan supuestos en los que es conveniente que, cuando se solicite al tribunal la apertura de un procedimiento, el tribunal esté facultado para desestimar una solicitud de apertura, ya sea por haberse recurrido indebidamente al régimen de la insolvencia o por razones técnicas de incumplimiento del criterio de apertura. Los ejemplos mencionados se referían a solicitudes tanto del deudor como del acreedor. Entre los principales motivos para desestimar una solicitud por razones técnicas cabe citar los siguientes supuestos: cuando el deudor no cumple los criterios de apertura; cuando la deuda impagada es objeto de una controversia legítima o contrarrestada por una demanda de compensación de igual o mayor importe que el de la deuda invocada; cuando el procedimiento carece de objeto debido a que, por ejemplo, el valor del crédito garantizado supera al de los bienes; y cuando el deudor carece de bienes suficientes para pagar la administración de la insolvencia y el régimen no prevé ninguna otra disposición que regule a la administración de esos patrimonios.

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

140. Como se indica anteriormente, de haber indicios de un recurso indebido al procedimiento de insolvencia, ya sea por el deudor o por sus acreedores, el régimen de la insolvencia podrá prever, además de la desestimación de la solicitud de apertura, la imposición de sanciones contra la parte que haya recurrido indebidamente al procedimiento, o disponer que esa parte pague las costas o incluso indemnice a la otra parte por el perjuicio causado. Cabe también regular esos supuestos en otras leyes al margen del régimen de la insolvencia.

e) Notificación de la solicitud y de la apertura

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

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

142. En el supuesto de una solicitud de apertura a instancia del deudor, los acreedores y cualquier otra parte afectada tendrán un interés evidente en ser avisados del procedimiento y en que se les dé la oportunidad de impugnar el cumplimiento de los criterios que alegue el deudor para acogerse a ese procedimiento (fijándose eventualmente un plazo para dicha impugnación a fin de no alargar innecesariamente las actuaciones). Cabe preguntarse, no obstante, en qué momento habrá que notificar a los acreedores: al presentarse la solicitud o al declararse abierto el procedimiento. Deberá sopesarse el interés de los acreedores en ser informados de la presentación de la solicitud teniendo en cuenta, en determinadas circunstancias, la posibilidad de que, si se hace la notificación, pueda perjudicarse innecesariamente a la empresa del deudor si al final se desestima su solicitud, o de que ello impulse a ciertos acreedores a aprovechar la oportunidad para obtener una ejecución rápida de sus créditos. Cabe evitar estos inconvenientes previendo por lo general que únicamente se notifique a los acreedores la apertura del procedimiento. La notificación en ese momento tendría a su vez el inconveniente de las consecuencias que podría tener para los acreedores el hecho de que transcurriera mucho tiempo entre la presentación de la solicitud por el deudor y la apertura del procedimiento. Durante ese lapso, los acreedores tendrán un interés en que se les notifique la solicitud de apertura, a fin de poder decidir, con conocimiento de causa, si les conviene dejar de suministrar bienes y de prestar servicios al deudor, para no agravar el endeudamiento de éste. Si bien cabría la

posibilidad de regular la notificación con un criterio flexible que permitiera al tribunal efectuar una notificación en tales circunstancias, sería tal vez más adecuado que el régimen de la insolvencia resolviera esta cuestión haciendo referencia al momento en que se adopta la decisión de apertura y a la necesidad de evitar demoras.

ii) Solicitudes presentadas por los acreedores - Notificación del deudor

143. En el supuesto de una solicitud de apertura a instancia de los acreedores, se reconoce cada vez más que el deudor debe tener un derecho fundamental a ser informado de inmediato de la solicitud de apertura y que debe dársele la oportunidad de ser oído y de impugnar las alegaciones de los solicitantes respecto de su situación financiera (véase el capítulo III.A.3). Cuando el deudor haya desaparecido o trate de eludir la notificación personal, podría ser suficiente exigir una notificación pública o podría remitirse la notificación a la última dirección conocida del deudor. No obstante, cabe prever supuestos excepcionales en los que, previa autorización por el tribunal, no se proceda a notificar personalmente al deudor la apertura de un procedimiento por estimarse que esa notificación pudiera frustrar la finalidad de la solicitud presentada. Una de estas situaciones podría darse, por ejemplo, cuando la notificación de la solicitud permitiera al deudor colocar determinados bienes fuera del alcance de los acreedores o del representante de la insolvencia. En sentido opuesto, cabe argumentar que, de no notificarse la apertura al deudor, éste podría continuar actuando en detrimento del valor de sus bienes y reduciendo así el importe que podrían cobrar sus acreedores. Para evitar este problema, sería mejor que, en vez de notificar al deudor la solicitud de apertura, se previera la adopción de medidas cautelares, como la paralización de las acciones judiciales. Sin embargo, cuando el régimen permita que los tribunales consientan en que no se notifique la solicitud de apertura, debería darse aviso al deudor lo antes posible de la apertura del procedimiento.

iii) Notificación de la declaración de apertura a otros interesados distintos de los acreedores

144. Puede haber otros interesados, que no sean acreedores, a quienes deba notificarse la apertura de un procedimiento, por ejemplo, el servicio de correos (especialmente si la ley prescribe que toda correspondencia destinada al deudor ha de ser entregada al representante de la insolvencia), las autoridades fiscales, la seguridad social y los órganos reguladores de la actividad empresarial.

iv) Forma de la notificación

145. Además de determinar el momento en que haya de efectuarse la notificación, el régimen de la insolvencia debería tal vez indicar la forma y el contenido de la notificación, a fin de garantizar su eficacia. Al regular la forma en que debe efectuarse la notificación, podría especificarse tanto la parte encargada de hacerla (por ejemplo, el tribunal o la parte que haya presentado la solicitud de apertura) y la manera en que habrá de comunicarse esa información, previendo como métodos primordiales la entrega o la publicación en una forma que se considere generalmente idónea para llegar a conocimiento de las partes interesadas. Por ejemplo, si bien será posible notificar directamente a cada uno de los acreedores

conocidos ¹⁵ (aunque, en determinados casos, la eficacia del presente método dependerá del estado de los registros de contabilidad del deudor), la necesidad de informar a los acreedores desconocidos ha obligado al legislador a prever requisitos de mayor alcance, como la publicación del aviso en un boletín o gaceta oficial o en algún diario comercial o de amplia difusión. Ese diario podrá ser de ámbito regional, nacional o local (que corresponda a la ubicación de la empresa deudora) según las circunstancias del caso y lo que resulte más económico. Por ejemplo, no siempre será necesaria la publicación en un diario de ámbito nacional, con un costo considerable, si la empresa deudora está ubicada y lleva a cabo sus negocios en un ámbito local. A fin de evitar que el proceso de notificación se vuelva engorroso y que en cada caso sea necesaria una investigación para determinar el medio más efectivo de practicar la notificación, el requisito de publicación debería enunciarse teniendo en cuenta las formas habituales y previendo cierta flexibilidad en cuanto a las condiciones locales. Entre otras opciones para practicar eficazmente la notificación cabe prever diversas formas de comunicación electrónica y la utilización de los registros públicos pertinentes.

v) *Contenido de la notificación*

146. Entre los datos que deberán figurar en la notificación cabe citar el efecto de la apertura del procedimiento (particularmente en lo relativo a la paralización de las actuaciones; véase el capítulo II); la fecha de presentación de los créditos, y la manera y el lugar en que deban ser presentados; todo requisito formal o trámite a seguir para la presentación de un crédito; información sobre qué créditos deberán ser presentados (es decir, si los titulares de créditos garantizados deben presentarlos o no; véase el capítulo V.A); las consecuencias que tendría el hecho de no presentar los créditos o de no presentarlos de forma prescrita; e información relativa a la verificación de los créditos y a toda reunión de los acreedores.

6. Deudores con bienes insuficientes

147. Muchas empresas deudoras que cumplen los criterios requeridos para la apertura de un procedimiento de insolvencia no llegan nunca a ser oficialmente liquidadas, ya sea porque los acreedores son renuentes a abrir un procedimiento cuando la masa insolvente carece de bienes o éstos son insuficientes para financiar la administración de la insolvencia, o porque los deudores que están en esas condiciones rara vez actúan para poner en marcha el procedimiento. Conforme a algunos regímenes de la insolvencia, el tribunal desestimaré la solicitud de apertura en esas circunstancias si, tras la valoración oportuna, dictamina que los bienes son insuficientes, mientras que otros prevén un mecanismo para nombrar y remunerar un representante de la insolvencia (véase el capítulo III.B.3). En algunos regímenes se ha previsto que los acreedores deberán abonar una tasa para la administración de la masa insolvente (véase a continuación lo relativo a las costas).

148. Cabe alegar diversas razones, particularmente de interés público, para prever algún dispositivo que permita instituir, en virtud de un procedimiento formal, una

¹⁵ Estas notificaciones individuales se verán facilitadas por la lista de acreedores que habrá de proporcionar el deudor, en cooperación con el representante de la insolvencia; véase el capítulo III.A.4b) y III.B.4. Véase también el artículo 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

administración bajo control judicial de una empresa deudora que manifiestamente tenga pocos bienes o carezca de ellos. Un régimen de la insolvencia que no prevea una investigación exploratoria de toda empresa insolvente con bienes insuficientes o desprovista de ellos no contribuirá a que las empresas observen sus deberes de buena gestión y de conducta comercial equitativa. Ese descuido puede dar lugar a que una empresa insolvente transfiera bienes a otras empresas conexas antes de la liquidación, sin temor a que esas operaciones en fraude de los acreedores sean investigadas o impugnadas conforme al régimen de la insolvencia o ante la jurisdicción civil o penal. En cambio, si el régimen prevé un mecanismo para poner la masa insolvente bajo administración, quedará claro que no se tolerarán esas prácticas abusivas, se beneficiará a los acreedores si pueden impugnar las operaciones previas a la insolvencia y obtener su anulación. Además, se podrán investigar las prácticas de gestión de todo deudor insolvente y fomentar la actividad empresarial, alentando a los empresarios que superen la insolvencia y a otros comerciantes a hacer un nuevo comienzo y a asumir riesgos económicos con responsabilidad. Los aspectos punitivos y disuasorios de los regímenes de la insolvencia serán menos adecuados frente a deudores honrados.

149. Entre los mecanismos financieros para administrar esas masas desprovistas de bienes figura, como ya se ha señalado, la imposición de una tasa a los acreedores para gastos de administración; el establecimiento de una oficina u órgano público encargado de administrar el patrimonio de todo deudor insolvente o la utilización con tal fin de los órganos u oficinas ya existentes; la creación de un fondo para sufragar las costas y otros gastos; la designación como representante de la insolvencia de un profesional en la materia, nombrado por rotación o con arreglo a una lista, cuya función consista en velar por una distribución ordenada y equitativa de la masa con bienes suficientes o insuficientes en todo caso de insolvencia, que será remunerado directamente por el Estado, con arreglo a una tarifa, o que deberá abonar las costas con cargo a la masa y con el respaldo de sus clientes (cuando se trate de un profesional, deberán remunerarle teniendo en cuenta toda labor no remunerativa; esto no se aplicará cuando el representante de la insolvencia sea un funcionario público). Cuando dicho mecanismo esté previsto en el régimen de la insolvencia, deberá también indicarse cuáles son los deudores a los que serán aplicables sus disposiciones, por referencia tal vez a la inexistencia de una fuente de ingresos periódicos y a cierto valor patrimonial mínimo de la masa no gravada por debajo del cual deba procederse a la liquidación.

7. Costas del procedimiento de insolvencia

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

151. La presentación de una solicitud de apertura tanto por el deudor como por sus acreedores, puede requerir el pago de alguna tasa judicial. El nivel de la tasa aplicable puede determinarse conforme a diversos criterios. Uno de ellos consistiría en fijar una tasa mediante la cual puedan sufragarse las costas del procedimiento de insolvencia. Ahora bien, una tasa demasiado elevada puede motivar que los acreedores renuncien a recurrir al procedimiento, lo cual iría en contra del objetivo de que el acceso a dicho procedimiento sea a la vez sencillo, rápido y económico. En cambio una tasa demasiado baja no contribuiría a evitar que se presentaran solicitudes insuficientemente motivadas. Conviene, pues, arbitrar una solución intermedia que satisfaga lo mejor posible todos estos objetivos. Algunos regímenes de la insolvencia obligan a los acreedores que soliciten la apertura de un procedimiento a garantizar el pago de las costas procesales hasta una cierta cuantía, y otros les obligan a pagar cierto porcentaje del valor global de los créditos presentados o a depositar una determinada suma como garantía del pago de las costas. En algunos de los regímenes que exigen el depósito de determinadas sumas por concepto de costas, esas sumas pueden ser reembolsadas con cargo a la masa, siempre que haya bienes suficientes; además, eximen a ciertos acreedores, como los empleados de la empresa, de esta obligación de depositar fianza. En otros regímenes se exige, como condición para la apertura del procedimiento, que los bienes no gravados de la masa sean suficientes para sufragar las costas del procedimiento. Cuando la suma disponible es insuficiente, el régimen de la insolvencia suele prever que la solicitud sea desestimada o que sea tratada de conformidad con el régimen previsto para las masas con bienes insuficientes o sin bienes (véase lo dicho al respecto anteriormente). Conforme a otro criterio, las costas exigibles se calculan en función de un porcentaje fijo del valor de los bienes de la masa. Esta proporcionalidad implica que, cuando el valor de la masa es muy elevado, las costas que deben abonarse con cargo al patrimonio son considerables, con lo cual tanto los acreedores como el deudor serán más renuentes a la hora de solicitar la apertura de un procedimiento.

8. Sobreseimiento del procedimiento tras la apertura

152. Además de las circunstancias mencionadas en que cabe desestimar una solicitud de apertura de procedimiento (véase el capítulo II.B.5 d)), también pueden darse casos en los que, una vez iniciado el procedimiento, el régimen de la insolvencia debería permitir su sobreseimiento. La posibilidad de sobreseer el procedimiento debe existir con independencia de que la apertura del procedimiento sea automática a raíz de una solicitud del deudor, sin que los acreedores y otras partes interesadas puedan impugnar la solicitud en el momento de la apertura, o de que la decisión de apertura sea adoptada por el tribunal. Los motivos de un sobreseimiento serán los mismos que los de una desestimación, es decir, el recurso indebido al régimen de la insolvencia, tanto por el deudor como por sus acreedores, o el hecho de que, en el momento de la apertura, el deudor no haya cumplido los criterios para abrir un procedimiento.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

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

- a) facilitar el acceso del deudor y de sus acreedores a los remedios previstos por la ley;
- b) establecer criterios para la apertura de un procedimiento que sean transparentes y seguros;
- c) abrir vías expeditivas, eficientes y económicas para la presentación y tramitación de las solicitudes de apertura;
- d) enunciar salvaguardias que protejan tanto a los deudores como a los acreedores de todo recurso indebido al procedimiento de solicitud de apertura;
- e) establecer requisitos que garanticen una notificación eficaz de la apertura de un procedimiento.

Contenido de las disposiciones legales

7) El régimen de la insolvencia debería prever disposiciones que regulen tanto la reorganización como la liquidación de una empresa deudora.

Criterios para la apertura

- Personas habilitadas para solicitar la apertura

8) El régimen de la insolvencia debería especificar las partes que estarán habilitadas para presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, entre las que deberían figurar el deudor y cualquiera de sus acreedores¹⁶.

- Solicitud presentada por el deudor

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

- a) no está o no estará, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento; o
- b) sus deudas exceden del valor de sus bienes¹⁷.

- Solicitud formulada por un acreedor

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

¹⁶ En la categoría de acreedores entrarían también las autoridades públicas que fueran acreedoras del deudor.

¹⁷ La intención de esta recomendación y de la recomendación relativa a las solicitudes presentadas por los acreedores es dar flexibilidad al legislador al elaborar los criterios para la apertura de un procedimiento, previendo uno o dos criterios. Si el régimen adopta un único criterio, éste debería basarse en la incapacidad del deudor para satisfacer sus deudas a su vencimiento (criterio de la suspensión de pagos) y no en el criterio del estado financiero o del balance de la empresa. Si la ley prevé ambos criterios (el de la suspensión de pagos y el del estado financiero o balance de la empresa), el procedimiento podrá iniciarse si se cumple uno de ellos.

- a) el deudor no está, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento; o
- b) las deudas del deudor exceden del valor de sus bienes.

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

11) El régimen puede disponer que si el deudor no paga una o más de sus deudas vencidas, y si la totalidad de la deuda no es objeto de una controversia lícita ni de una compensación por un importe igual o superior a la cuantía de la deuda reclamada, se presumirá que, en general, el deudor no está en condiciones de pagar sus deudas¹⁸.

Apertura a instancia del deudor

12) De ser presentada la solicitud de apertura por el deudor, el régimen de la insolvencia debería disponer que:

- a) la solicitud de apertura provocará la apertura automática del procedimiento de insolvencia; o
- b) el tribunal debe determinar sin dilación si el caso es de su competencia, si el deudor cumple las condiciones de admisibilidad, si se han cumplido los criterios de apertura y, de ser así, abrirá un procedimiento de insolvencia.

Apertura a instancia de un acreedor

13) De ser presentada la solicitud de apertura por un acreedor, El régimen de la insolvencia debería disponer en general que:

- a) debe notificarse prontamente al deudor¹⁹;
- b) debe darse al deudor la oportunidad de responder a la solicitud; y
- c) el tribunal debe determinar sin dilación si el caso es de su competencia, si el deudor cumple las condiciones de admisibilidad, si se han cumplido los criterios de apertura y, de ser así, abrirá un procedimiento de insolvencia²⁰.

Desestimación de una solicitud de apertura

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

¹⁸ Si el deudor no ha pagado una deuda vencida y el acreedor ha obtenido una resolución judicial contra el deudor respecto de esa deuda, no será necesaria presunción alguna para demostrar que el deudor no está en condiciones de pagar sus deudas. El deudor podrá rebatir dicha presunción demostrando, por ejemplo, que está en condiciones de pagar sus deudas; que la deuda impagada es objeto de una controversia lícita; o que esa deuda no está vencida. Las recomendaciones en materia de notificación de la apertura amparan al deudor al exigir que se le notifique la solicitud presentada para la apertura de un procedimiento y al darle margen para que pueda rebatir dicha presunción.

¹⁹ Si el deudor se encuentra en paradero desconocido y no se puede establecer contacto con él, el régimen general puede prever reglas pertinentes para efectuar la notificación en tales circunstancias.

²⁰ Para determinar si se han cumplido los criterios de apertura, puede haber que examinar si la deuda es objeto de una controversia lícita o de una compensación por un importe igual o superior a la cuantía de la deuda (véase también el capítulo II.B.5d)).

- a) no es competente para conocer del asunto, el deudor no cumple las condiciones de admisibilidad o no se han cumplido los criterios de apertura; o
- b) la solicitud constituye un recurso indebido al régimen de la insolvencia.

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

Notificación de la apertura del procedimiento

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

-Notificación general

17) El régimen de la insolvencia debería disponer que los medios para notificar la apertura de un procedimiento de insolvencia deben ser adecuados²¹, a fin de garantizar que la información llegue a conocimiento de las partes interesadas²². El régimen de la insolvencia debería especificar la parte que debe encargarse de efectuar la notificación.

-Notificación de los acreedores

18) El régimen de la insolvencia debería requerir que se notifique la apertura del procedimiento a cada uno de los acreedores, salvo que el tribunal considere que, en las circunstancias del caso, sería más adecuada otra forma de notificación²³.

-Contenido de la notificación

19) El régimen de la insolvencia debería requerir que en la notificación de apertura del procedimiento de insolvencia se especifique lo siguiente:

- a) información relativa a la presentación de los créditos, en particular el momento y el lugar en que deban presentarse;
- b) el procedimiento a seguir y los requisitos formales para la presentación de créditos;
- c) las consecuencias de que un crédito no sea presentado de conformidad con los párrafos a) y b); y
- d) información relativa a la verificación de los créditos, a toda solicitud de paralización y su efecto, y a las reuniones de acreedores.

Deudor con bienes insuficientes

20) El régimen de la insolvencia debería prever el régimen aplicable a los deudores cuyos bienes y cuyas fuentes de ingresos sean insuficientes para sufragar las costas

²¹ Para determinar lo que es adecuado en un determinado caso se tendrá en cuenta también el nivel de los costos y el régimen de la insolvencia no debe exigir, por ejemplo, la publicación onerosa de la notificación en un diario de difusión nacional cuando se considere suficiente publicarla en un diario de ámbito local.

²² Normalmente, la notificación general se efectúa difundiendo en una publicación como una gaceta o un boletín oficial, en un diario nacional, regional o local, de amplia difusión por medios electrónicos, o a través de los registros públicos pertinentes.

²³ La obligación de elaborar la lista de acreedores a los efectos de notificación se regula en el marco de las obligaciones del representante de la insolvencia y del deudor (véase el capítulo III).

procesales que se deriven de la administración del procedimiento de insolvencia. A este respecto cabe prever varias soluciones, a saber:

- a) la desestimación de la solicitud, salvo cuando el deudor sea una persona física que pudiera tener derecho a liberación; o
- b) la apertura de un procedimiento, cuando existan distintos mecanismos para nombrar y remunerar al representante de la insolvencia²⁴.

Sobreseimiento de un procedimiento de insolvencia

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

- a) el procedimiento constituye un recurso indebido al régimen de la insolvencia; o
- b) en el momento de la apertura, el deudor no cumplía las condiciones de admisibilidad o no se cumplían los criterios de apertura.

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

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

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

A. Bienes que constituyen la masa de la insolvencia

1. Introducción

153. Un rasgo básico del procedimiento de insolvencia es la necesidad de descubrir, reunir, preservar y eventualmente disponer de los bienes pertenecientes al deudor. Muchos regímenes de la insolvencia someten esos bienes a un régimen especial, a veces denominado patrimonio de la insolvencia, sobre el que el representante de la insolvencia tendrá poderes especificados, sujetos a ciertas excepciones.

154. En la presente Guía se utilizará el término “masa” en su sentido funcional referido a los bienes del deudor que quedan sometidos al control del representante de la insolvencia y sujetos a lo que se decida en el procedimiento de insolvencia. Cabe señalar ciertas diferencias importantes respecto del concepto de masa de la insolvencia en diversos ordenamientos. En algunos países, el régimen de la insolvencia dispone que la titularidad de los bienes pasará a un administrador o síndico designado por el tribunal (generalmente, el representante de la insolvencia). En otros países, el deudor conserva la titularidad de sus bienes, pero se limita su facultad para administrar y disponer de ellos, al concederse al representante de la insolvencia el control total de los bienes o al permitirse al deudor que sólo disponga de ellos en el curso ordinario de los negocios, en cuyo caso su utilización o disposición con otros fines, como la constitución de garantías reales, requerirá el consentimiento del representante de la insolvencia o, en algunos casos, del tribunal.

²⁴ Véase el capítulo III.B.

155. Cualquiera que sea la tradición jurídica del país, el régimen de la insolvencia deberá especificar claramente cuáles son los bienes que quedarán sujetos al procedimiento de insolvencia (quedando así englobados en el concepto de la “masa de la insolvencia”) e indicar en qué medida los bienes se verán afectados por ese procedimiento, aclarando además los poderes relativos de los diversos participantes. La especificación de los bienes y su tratamiento determinarán el alcance y el curso de las actuaciones y, particularmente si se trata de una reorganización, influirán de modo notable en las probabilidades de éxito del procedimiento. Con la inclusión en el régimen de la insolvencia de disposiciones claras y amplias al respecto se dará transparencia y previsibilidad al procedimiento y seguridad a los acreedores y al deudor.

2. Bienes comprendidos en la masa de la insolvencia

a) Definición general de la masa de la insolvencia

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

157. Los bienes corporales del deudor deberán ser fáciles de encontrar en sus estados financieros y en sus libros de contabilidad; entre esos bienes figuran el dinero en efectivo, el equipo, las existencias, las obras en curso de realización, las cuentas bancarias, las cuentas por cobrar y los bienes raíces. Los bienes inmateriales tal vez se definan de manera diversa en cada Estado, según el derecho interno, pero serán normalmente los bienes de propiedad intelectual, los títulos bursátiles y los títulos financieros, las pólizas de seguros, los derechos contractuales (incluidos los relativos a los bienes que sean propiedad de terceros) y los derechos a emprender una acción derivados de un daño extracontractual²⁵ en la medida en que sean objeto

²⁵ Cuando el deudor es una persona física, algunos ordenamientos excluyen los daños extracontractuales de carácter personal como la difamación, los perjuicios derivados de la pérdida de crédito o reputación o las lesiones corporales, en que el deudor sigue teniendo personalmente el derecho a demandar y a retener lo obtenido porque, de lo contrario, se reduciría el incentivo para reclamar daños y perjuicios, pero puede no tener el derecho a demandar por las pérdidas de ingresos imputables a esas causas de acción.

de un derecho del deudor. La inclusión de algunos bienes inmateriales en la masa puede originar conflictos con otras disposiciones legales, como las leyes que restringen la posibilidad de ceder bienes o las leyes de protección de los datos personales y confidenciales. Tratándose de personas físicas, su patrimonio puede incluir también los derechos sucesorios sobre los que el deudor posea algún título al abrirse el procedimiento o todo derecho del deudor que nazca durante el procedimiento, así como todo derecho del deudor sobre bienes que sean propiedad conjunta del deudor y de otra persona, como su cónyuge.

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

b) Bienes gravados

159. Conviene destacar la importancia de si el régimen de la insolvencia de un país incluye en el patrimonio de la insolvencia los bienes gravados. En el régimen interno de la insolvencia se siguen diversos criterios para regular los bienes que han sido gravados o constituidos en garantía. Muchos regímenes disponen que esos bienes forman parte de la masa de la insolvencia, por lo que la apertura del procedimiento los afectará, por ejemplo, limitando el ejercicio de los derechos reales de garantía constituidos en favor de los acreedores o de algún tercero (imponiendo una paralización o algún otro efecto previsto a raíz de la apertura). La inclusión de los bienes gravados en la masa y la consiguiente limitación del ejercicio de los derechos de los acreedores garantizados puede contribuir no sólo a dar un trato equitativo a todos los acreedores sino también, sobre todo, a mantener la viabilidad del procedimiento cuando el bien gravado sea indispensable para la empresa. Por ejemplo, cuando el equipo de fabricación o el edificio arrendado de la fábrica sean elementos indispensables para el funcionamiento de la empresa del deudor, no podrá procederse a la reorganización ni a la venta de la empresa como negocio en marcha si en el procedimiento no se puede contar con el equipo ni con el edificio. El hecho de disponer de todos los bienes del deudor en el momento de la apertura del procedimiento será ventajoso, particularmente si el procedimiento va a ser de reorganización o si se desea vender la empresa, en un procedimiento de liquidación, como negocio en marcha.

160. Cuando los bienes gravados forman parte de la masa de la insolvencia, pueden beneficiarse también de cierta protección como, por ejemplo, del mantenimiento del valor del bien gravado o de la parte garantizada del crédito de un acreedor y de la previsión de determinadas situaciones en que el bien gravado puede separarse del patrimonio (véase, por ejemplo, el capítulo II.C). El régimen de la insolvencia

deberá disponer claramente que la inclusión de un bien gravado en la masa de la insolvencia no privará a los acreedores garantizados de sus derechos reales sobre los bienes gravados, aun cuando ese régimen limite de hecho el ejercicio de tales derechos (por ejemplo, con el aplazamiento resultante de la paralización de las acciones judiciales).

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

c) Bienes que sean propiedad de terceros

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

163. Si las cláusulas económicas de la operación demuestran que lo que se pretende es financiar la adquisición de un bien, aunque la operación esté estructurada, por ejemplo, como un arrendamiento, algunos regímenes equiparan el arreglo a un acuerdo de préstamo garantizado y, en la insolvencia, el arrendador estará sujeto al mismo tratamiento que otros acreedores garantizados. La operación se tendrá por un mecanismo de financiación cuando, al concluir el período de arrendamiento, el deudor pueda retener el bien a efectos de pago de una suma nominal o el valor restante del bien sea despreciable. El régimen de la insolvencia puede considerar que los derechos del deudor forman parte del patrimonio y permitir al representante

de la insolvencia utilizar el bien si cumple determinadas condiciones descritas en el capítulo II.C.

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

d) Bienes extranjeros

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

166. La actual diversidad de criterios crea una considerable incertidumbre y supone un obstáculo para la aplicación eficaz de los regímenes nacionales de la insolvencia. No obstante, a medida que disminuyen las diferencias y se observa una mayor convergencia de criterios entre los países, cada vez parece menos justificado el criterio de la territorialidad. Es conveniente que todos los regímenes prevean que la masa de la insolvencia engloba a todos los bienes del deudor, dondequiera que se encuentren. Ahora bien, dado que previsiblemente las diferencias subsistirán durante algún tiempo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza establece un régimen de cooperación eficaz en casos de insolvencia transfronteriza mediante el reconocimiento de las decisiones extranjeras y el acceso de representantes de la insolvencia extranjeros a procedimientos judiciales nacionales. Este régimen tiene la finalidad de ser compatible con todos los ordenamientos jurídicos y se analiza con más detalle en el capítulo VII.

e) Bienes recuperados*i) Procedimientos de anulación*

167. Entre los bienes que quedarán sujetos al procedimiento figurarán los bienes recuperados por el representante de la insolvencia, o el valor que se haya obtenido de ellos, mediante un procedimiento de anulación, cuando la operación haya dado lugar a la concesión de un trato preferente a algunos acreedores, haya sido perjudicial para la masa o se haya efectuado con miras a frustrar los derechos colectivos de los acreedores (véase el capítulo II.F).

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

168. Muchos regímenes de la insolvencia prevén medidas para limitar la forma en que un deudor sujeto a un procedimiento de insolvencia puede negociar sus bienes, gravados o no, sin la autorización del tribunal o del representante de la insolvencia (véase el capítulo II.B.8 b) y 9). Por lo general, estas restricciones se aplican tras la apertura de procedimientos de insolvencia, pero también pueden ser aplicables tras una solicitud de apertura de procedimiento (en los casos en que la facultad para negociar los bienes del patrimonio se confiera a un representante provisional de la insolvencia). Algunos regímenes declaran nulas e inejecutables respecto del patrimonio las operaciones no autorizadas, y permiten exigir cualquier bien transferido, salvo en algunos casos en que la otra parte aporte una contraprestación o pueda demostrar que la operación no perjudicó los derechos de los acreedores. Otros regímenes llegan al mismo resultado previendo disposiciones de anulación de contratos no autorizados, en función de cómo se calcula el período de sospecha (véase el capítulo II.F.3).

3. Bienes que podrán quedar fuera de la masa de la insolvencia**a) Exclusiones generales**

169. El régimen de la insolvencia puede especificar que ciertos bienes estarán excluidos del patrimonio de la insolvencia. A este respecto, los regímenes pueden seguir distintos criterios. Entre los bienes excluidos del patrimonio pueden figurar, por ejemplo, ciertos bienes que sean propiedad de terceros y que estén en posesión del deudor en la fecha de apertura del procedimiento, como los bienes en fideicomiso y los bienes sujetos a un arreglo (contractual o de otra índole) que no prevea la transferencia de la titularidad sino la utilización de los bienes y su devolución al propietario una vez que se hayan cumplido los fines para los cuales estuvieron en posesión del deudor²⁶. También cabe excluir del patrimonio los bienes que, en virtud de otras leyes, estén sujetos a reclamación, como los bienes suministrados al deudor antes de la apertura, pero que no se hayan pagado y sean recuperables por el proveedor (a reserva de que se determine su condición de proveedor y de otros requisitos que se prevean).

b) Cuando el deudor sea una persona física

170. Tratándose de personas físicas, el régimen de la insolvencia puede disponer que se excluyan del patrimonio ciertos bienes correspondientes a ingresos en concepto de servicios personales prestados por el deudor tras la solicitud de apertura,

²⁶ Ese arreglo puede denominarse fianza o depósito.

los bienes que el deudor necesite para ganar su sustento y los bienes que sean de uso personal o enseres del hogar, como muebles, equipo doméstico, ropa de cama, ropa en general y otros bienes necesarios para satisfacer las necesidades domésticas del deudor y de su familia. Por lo general, esas exclusiones no se aplican a los deudores que sean personas jurídicas. Si el régimen de la insolvencia ha previsto alguna exclusión respecto de los bienes de una persona física, esa exclusión deberá ser claramente definida, limitándose el número de bienes y su valor a lo que sea estrictamente necesario para preservar los derechos personales del deudor y permitirle el ejercicio de su actividad productiva. Al determinar esas exclusiones, habría que tener en cuenta las obligaciones aplicables en materia de derechos humanos, incluidas las obligaciones internacionales que se han concebido para la protección del deudor y de sus familiares y que pueden afectar a las exclusiones que deban hacerse²⁷. Cabe tomar también en consideración los efectos económicos de las exclusiones; en algunas investigaciones se ha llegado a la conclusión de que si los bienes personales se dejan total o sustancialmente al margen de los procedimientos de insolvencia, puede fomentarse la actividad empresarial y los empresarios pueden estar más dispuestos a correr riesgos.

Propiedad conjunta de bienes

171. Cuando el deudor sea una persona física y los bienes personales sean propiedad conjunta del deudor y de su cónyuge, esos bienes se regulan de distintos modos, ya sea en los regímenes de la insolvencia o en otras leyes, como las relativas al régimen de la comunidad de bienes en el matrimonio o a la propiedad de bienes. En los Estados federales, esta cuestión puede plantear problemas de competencia entre las entidades federadas y el Estado federal. La relación entre esas otras leyes y el régimen de la insolvencia puede determinar la forma en que se aplicarán ciertas disposiciones del régimen de la insolvencia, como las que rigen las acciones de impugnación.

172. Uno de los criterios para regular los bienes de propiedad conjunta consiste en excluirlos por completo del patrimonio. Otro criterio consiste en que cuando se abra un procedimiento para reclamar los bienes de un cónyuge, la parte de los bienes conjuntos que pertenezca a ese cónyuge se considere parte del patrimonio de la insolvencia si, en virtud de otras disposiciones legales al margen del régimen de la insolvencia, los bienes pueden dividirse a efectos de ejecución (en cuyo caso la división de los bienes se realizará al margen del régimen de la insolvencia y del procedimiento). Por lo tanto, el criterio elegido puede depender de esa otra legislación y de factores como la facilidad con que puedan dividirse los bienes (véase el capítulo II.C.2).

4. Fecha de constitución del patrimonio de la insolvencia y recolección de los bienes

173. El régimen de la insolvencia debe especificar la fecha a partir de la cual se considerará que los bienes forman parte de la masa de la insolvencia, a fin de dar seguridad y certeza al deudor y a los acreedores. Algunos regímenes prevén que esa fecha sea la de la apertura del procedimiento, mientras que otros fijan como referencia la fecha de la solicitud de apertura o la de un acto de insolvencia en el que se base la solicitud. La importancia de la diferencia entre esas dos fechas radica

²⁷ En Europa, por ejemplo, es pertinente el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

en el tratamiento (y sobre todo en la protección) de los bienes del deudor durante el período que medie entre la solicitud y la apertura. Por esta razón, algunos regímenes adoptan como criterio para la constitución del patrimonio la fecha de la solicitud. En cambio, otros regímenes prefieren, por motivos de claridad y seguridad, la fecha de la apertura, pero prevén disposiciones de salvaguardia que limitan la facultad del deudor para disponer de los bienes después de la presentación de una solicitud. El representante de la insolvencia puede reclamar los bienes de los que se haya dispuesto durante ese período. Otra consideración pertinente en lo relativo a la protección de los bienes entre la solicitud y la apertura es la aplicación de las disposiciones que rigen la impugnación y la fecha a partir de la cual se calcula el período de sospecha (véase el capítulo II.F.6).

174. Sea cual sea la fecha elegida, cabe prever que la masa estará formada por los bienes del deudor en esa fecha y por los bienes adquiridos por el representante de la insolvencia o por el deudor con posterioridad a esta fecha, ya sea en el ejercicio de sus poderes para anular ciertos actos (véase el capítulo II.F) o en el curso normal de la explotación del negocio del deudor.

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

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

La finalidad de las disposiciones relativas al régimen de la insolvencia es:

- a) determinar los bienes que serán parte de la masa de la insolvencia formada al abrirse el procedimiento, incluidos los derechos del deudor sobre bienes sujetos a garantías reales y sobre bienes que sean propiedad de terceros;
- b) determinar los bienes que quedarán excluidos del patrimonio.

Contenido de las disposiciones legales

Bienes que constituyen el patrimonio de la insolvencia

24) El régimen de la insolvencia debería especificar los bienes que constituirían el patrimonio, a saber:

- a) los bienes del deudor [que sean propiedad²⁸ del deudor], incluidos los derechos que pueda tener el deudor sobre bienes sujetos a garantías reales o sobre bienes que sean propiedad de terceros en el momento de la [solicitud de apertura] [apertura] el procedimiento de insolvencia;

²⁸ La propiedad se determinará con arreglo al derecho pertinente aplicable.

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

c) los bienes recuperados mediante acciones de anulación y de otra índole.

25) En el caso de un procedimiento de insolvencia iniciado en el Estado en el que el deudor tenga el centro de sus intereses principales, el régimen de la insolvencia debería especificar que todos los bienes del deudor que formarán parte del patrimonio, dondequiera que se encuentren²⁹.

*Bienes excluidos del patrimonio cuando el deudor sea una persona física*³⁰

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

B. Protección y conservación de la masa de la insolvencia

1. Introducción

176. Un objetivo esencial de un régimen eficaz de la insolvencia es el establecimiento de un mecanismo protector que ampare el valor de la masa de la insolvencia frente a todo acto o actuación judicial de las diversas partes y mediante el cual el procedimiento de la insolvencia pueda administrarse de manera equitativa y ordenada. Las partes frente a las que deberá ampararse la masa son sobre todo el deudor y sus acreedores.

2. Protección de la masa mediante una paralización

177. Frente a los acreedores, uno de los principios fundamentales que se ha de observar en el régimen de la insolvencia es la índole colectiva de este procedimiento, que exige el amparo de los intereses de todos los acreedores frente a toda actuación por separado de alguno de ellos. Muchos regímenes de la insolvencia han previsto un mecanismo que no sólo impide que los acreedores puedan obtener la ejecución de sus derechos a través de alguna acción judicial entablada durante la totalidad o alguna fase del procedimiento de reorganización o de liquidación, sino que también paraliza las acciones contra el deudor que ya estén en curso e impide la apertura de otras nuevas. Este mecanismo suele ser designado por términos como el de moratoria, suspensión o paralización, según cuáles sean sus efectos. Para los fines de la presente Guía se utilizará el término “paralización” en sentido lato como referido tanto a la suspensión de acciones como a la moratoria impuesta al ejercicio de otras acciones.

²⁹ Cuando el régimen de la insolvencia adopte un enfoque universal, tal como se recomienda aquí, el régimen debería regular también la cuestión del reconocimiento de los procedimientos extranjeros (véase el capítulo VII de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza).

³⁰ En general no se prevén exclusiones para los deudores que sean personas jurídicas. Sobre los bienes que pueden quedar excluidos cuando el deudor sea una persona física, véase el capítulo II.3 b).

i) Liquidación

178. Por regla general, la venta total o parcial de los bienes es prioritaria en los supuestos de liquidación a fin de poder satisfacer lo más rápidamente posible los créditos de los acreedores con la conversión de los bienes en liquidez. Para ello es primordial obtener el mayor valor posible de la venta. La paralización de toda actuación judicial puede garantizar una administración ordenada y equitativa del procedimiento de liquidación, dándole al representante de la insolvencia tiempo suficiente para eludir una venta forzosa que reste valor a los bienes de la masa que vayan a ser liquidados y dándole asimismo margen para ver si cabe vender la empresa como negocio en marcha en los casos en que el valor colectivo de los bienes pueda ser mayor que si los bienes se vendieran fraccionadamente. La paralización de las acciones permite también al representante de la insolvencia examinar la situación del deudor, incluidas las acciones ya pendientes, y le da tiempo para estudiar a fondo todas las acciones, con lo cual aumenta la posibilidad de lograr un resultado que no perjudique a los intereses del deudor y de los acreedores. Lo más difícil de compaginar en los procedimientos de liquidación son los intereses encontrados de los acreedores garantizados, que tienen frecuentemente garantías sobre algunos de los bienes más importantes de la empresa, y los de los acreedores no garantizados.

ii) Reorganización

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

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

3. Alcance de la paralización**a) Medidas a las que se aplicará la paralización**

181. Algunos países siguen el criterio de que para que la paralización sea eficaz ha de ser amplia y, por ello, aplicable a toda acción presentada o procedimiento que se esté siguiendo contra el deudor y sus bienes, ya sea de índole administrativa, judicial o extrajudicial, así como a toda medida que impida a los acreedores

garantizados o no garantizados hacer valer sus derechos y a las entidades públicas beneficiarse de sus derechos de prelación. Cabe citar como ejemplos de tipos de acciones y actos paralizables los siguientes: la apertura o el mantenimiento de acciones o procedimientos abiertos contra el deudor o relativos a sus bienes; la apertura o el mantenimiento de algún procedimiento de ejecución relativo a los bienes del deudor, incluida la ejecución de una sentencia y la constitución o ejecución de una garantía real; la recuperación por su propietario de bienes que estén siendo utilizados u ocupados por el deudor o que estén en su poder o que le hayan sido arrendados; el pago de alguna deuda contraída por el deudor con anterioridad a la fecha de apertura o la constitución de alguna garantía real en respaldo de dicha deuda; el derecho del deudor a ceder, a constituir gravámenes o a disponer de algún otro modo de bienes del deudor (en procedimientos de reorganización, esto podría limitarse a la cesión, al gravamen o a la disposición de bienes que no se efectúen en el curso de las actividades ordinarias de la empresa); al derecho de la otra parte a resolver un contrato con el deudor (excepto si el contrato estipula una fecha de resolución que resulte posterior a la de la apertura)³¹; y a la terminación, suspensión o interrupción de algún servicio o suministro esencial para el deudor (por ejemplo, agua, gas, electricidad y teléfono). El artículo 20 de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase el capítulo VII), dispone, por ejemplo, que se paralizará la iniciación o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor, así como toda medida de ejecución contra los bienes del deudor. Los distintos tipos de acciones mencionadas deberían comprender las entabladas tanto ante tribunales judiciales como ante tribunales arbitrales³².

182. Una de las razones por las que la paralización debe afectar a la continuación de los procedimientos es la necesidad de evitar que el hecho de que el administrador de la insolvencia deba ocuparse de los casos en curso (en los que se prive al deudor del control) lo aleje de su tarea de administración de la masa y se destinen recursos en detrimento de la masa. Por ejemplo, un tribunal podría fallar contra el deudor por razón de incumplimiento y un acreedor podría basar en este fallo su reclamación en el procedimiento, cuando, en una decisión apropiada, podría haberse desestimado la acción o podría haberse fallado a favor de una suma inferior. Dado que la mayoría de los regímenes de la insolvencia prevén un mecanismo para tramitar las reclamaciones, es decir, su presentación, verificación y aprobación, y para proceder a la distribución, resultan superfluos la mayoría los procedimientos entablados respecto de esas reclamaciones al margen del caso de insolvencia. No obstante, algunos regímenes de la insolvencia establecen que, cuando se estén siguiendo procedimientos judiciales contra el deudor (incluidos tanto su mantenimiento como su apertura) que se vean afectados por la paralización, dichos procedimientos podrán abrirse o mantenerse si el tribunal así lo estima oportuno y lo considera

³¹ Con ello el representante de la insolvencia dispondrá de tiempo para evaluar la importancia del contrato para el procedimiento y para determinar si debe mantenerse o resolverse (véase el capítulo II.E).

³² Sin embargo, tal vez no sea siempre posible paralizar automáticamente un procedimiento arbitral, por ejemplo, cuando se lleve a cabo en el extranjero, y no en el Estado en que se haya entablado el procedimiento de insolvencia.

necesario para salvaguardar un crédito contra el deudor o para fijar el monto de un crédito³³.

183. Otros regímenes de la insolvencia autorizan la apertura o el mantenimiento de procedimientos judiciales (sin permiso del tribunal), si bien la paralización impide la ejecución de cualquier mandamiento judicial resultante. Algunos regímenes de la insolvencia limitan las acciones que pueden llevarse a cabo y sólo permiten abrir o mantener determinadas acciones, como las presentadas por los empleados del deudor contra éste, si bien toda medida ejecutoria otorgada a raíz de esas actuaciones será objeto de paralización. Algunos regímenes distinguen entre acciones reglamentarias y pecuniarias. Algunos permiten mantener reclamaciones tanto reglamentarias como pecuniarias, mientras que otros sólo admiten reclamaciones de naturaleza reglamentaria, como las que no están encaminadas a obtener dinero para la masa sino a proteger intereses públicos vitales y urgentes o a restringir actividades perjudiciales para el medio ambiente o que representen un peligro para la salud y la seguridad públicas.

b) Exclusiones de la paralización

184. Con el fin de garantizar la transparencia y la previsibilidad, es sumamente aconsejable que el régimen de la insolvencia indique claramente cuáles son las acciones que serán objeto de la paralización y las que quedarán específicamente excluidas de ella, independientemente de quién pueda incoar dichas acciones, ya sean acreedores no garantizados (incluidos los acreedores privilegiados como los empleados de la empresa, los beneficiarios de algún gravamen legal o las autoridades públicas), terceros (como pudiera ser el propietario de algún bien que obre en poder del deudor, o que esté siendo utilizado u ocupado por él, o que le haya sido arrendado), acreedores garantizados u otros. Las exclusiones podrían referirse a: los derechos de compensación o arreglos de compensación global (*netting*) de contratos financieros (véase el capítulo II.G); actuaciones encaminadas a proteger intereses públicos, como las encaminadas a limitar los daños que puedan causar al medio ambiente ciertas actividades o actividades que representen un peligro para la salud y la seguridad públicas; las acciones para prevenir abusos, como la utilización de un procedimiento de insolvencia para encubrir alguna actividad ilícita; las acciones emprendidas para preservar un crédito frente al deudor; y las acciones contra el deudor motivadas por lesiones personales o por reclamaciones fundadas en el derecho de familia³⁴. Es conveniente que las acciones contra el deudor en que el tribunal pueda imponer a éste indemnización de considerable cuantía figuren entre las acciones sujetas a paralización.

³³ El artículo 20 3) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza dispone, por ejemplo, que la paralización de la apertura o continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramitan contra el deudor no afectará al derecho de iniciar acciones o procedimientos individuales en la medida en que ello sea necesario para preservar un crédito contra el deudor.

³⁴ Algunos ordenamientos, por ejemplo, eximen de la paralización los actos de cumplimiento de obligaciones del deudor que no afecten a la masa, como la concesión de acceso parental en una situación de derecho de familia.

c) Acreedores garantizados

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

186. Los acreedores suelen pedir garantías para amparar sus derechos contra el eventual impago del deudor. Cabe argüir que, para que la garantía otorgada logre su objetivo, no se debe impedir que, al abrirse un procedimiento de insolvencia, el titular de un crédito garantizado haga ejecutar sin demora sus derechos sobre el bien gravado. A fin de cuentas, el acreedor garantizado ha obtenido una garantía gravando bienes cuyo valor corresponde al de su crédito. Por ello, convendrá sopesar cuidadosamente la introducción de cualquier medida por la que el acreedor garantizado vea mermada la certeza de que podrá cobrar su crédito o que reduzca el valor de la garantía real, como sería la paralización de toda acción judicial entablada por los acreedores garantizados. Esa medida pudiera socavar no sólo la autonomía contractual de los comerciantes en sus negocios y la importancia del respeto de los compromisos contractuales, sino también la posibilidad de obtener créditos financieros a un costo asequible; a medida que disminuya el amparo buscado en la garantía, se elevará el precio del crédito otorgado para contrarrestar el mayor riesgo financiero de la operación. Algunos regímenes de la insolvencia que excluyen las garantías reales de los acreedores de los efectos de la paralización insisten no obstante, en que, antes de la apertura, el deudor y sus acreedores entablen negociaciones para ponerse de acuerdo sobre cómo se ha de proceder.

i) Reorganización

187. Un número creciente de regímenes de la insolvencia reconocen, sin embargo, que, en muchos casos, el hecho de permitir que los titulares de créditos garantizados ejecuten libremente sus derechos sobre el bien gravado puede frustrar los objetivos básicos del procedimiento de insolvencia, especialmente en caso de reorganización, y por esta razón esos regímenes prevén, con ciertas salvaguardias, que los acreedores garantizados se vean afectados por la paralización. Tal vez convenga señalar que, quizás porque los bancos y otras instituciones financieras aceptan cada vez más las moratorias en las negociaciones voluntarias de reestructuración iniciadas en virtud de normas como el “enfoque de Londres” (véase el capítulo II de la primera parte), los acreedores garantizados están cada vez más dispuestos a aceptar que se les aplique la paralización en procedimientos de insolvencia.

ii) Liquidación

188. El régimen de la insolvencia sigue diversos criterios para determinar de si la paralización será aplicable a las garantías de los créditos en un procedimiento de

liquidación. Por regla general, cuando el cometido del representante de la insolvencia sea reunir y liquidar los bienes de la masa, y distribuir su producto entre los acreedores en forma de dividendos, cabrá autorizar al acreedor garantizado a ejecutar libremente los derechos que tenga sobre el bien gravado para satisfacer su crédito sin que ello afecte a la liquidación de otros bienes. Así, algunos regímenes de la insolvencia excluyen a los titulares de créditos garantizados de la paralización basándose en que si los bienes van a ser liquidados, los acreedores garantizados podrán al final ejecutar sus derechos reales de garantía. De seguirse este criterio, será preciso, no obstante, aplicarlo con cierta flexibilidad en los casos en que el representante de la insolvencia pueda maximizar más fácilmente el valor de los bienes en beneficio de todos los acreedores imponiendo la paralización a los acreedores garantizados. Este caso puede darse especialmente cuando exista la posibilidad de vender la empresa como negocio en marcha en el marco de un procedimiento de liquidación. También puede ser así en casos en que, aun cuando los bienes vayan a ser vendidos por lotes o fragmentariamente, se necesite algún tiempo para organizar una venta que reporte el mayor beneficio posible a todos los acreedores cuyos créditos no estén garantizados.

189. Si la paralización es aplicable a los acreedores amparados por garantías reales, el régimen de la insolvencia puede prever medidas que impidan que la paralización perjudique los intereses de los acreedores garantizados. Esas medidas pueden consistir en limitar la duración de la paralización, en la protección del valor de los bienes gravados, el pago de intereses y la exención de los efectos de la paralización en los casos en que los bienes gravados estén suficientemente amparados o si los bienes constituidos en garantía no fueran necesarios para la venta del negocio en su totalidad o de alguna unidad productiva del mismo³⁵.

4. Aplicación discrecional o automática de la paralización

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

³⁵ Cuando un régimen de las operaciones garantizadas prevea un período de gracia para la constitución de una garantía real, convendrá estudiar también si el régimen de la insolvencia debería reconocer ese período de gracia y prever una excepción, eximiendo a los acreedores garantizados de la paralización para permitir la constitución de garantías reales en las circunstancias del caso (véase la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas).

de una decisión judicial sobre la paralización, o la introducción del requisito de notificación de la paralización. La otra opción consiste en prever la paralización automática de determinadas acciones, con la posibilidad de hacerla extensiva a otras acciones, ya sea en el momento de la solicitud o en el de la apertura del procedimiento, a discreción del tribunal. Este enfoque puede reducir al mínimo las demoras, contribuir a maximizar el valor de los bienes y asegurar procedimientos equitativos y ordenados, además de transparentes y previsibles. Este criterio es el adoptado por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, cuyo artículo 20 describe los tipos de acciones que se paralizarán automáticamente a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, mientras que el artículo 21 señala ejemplos de medidas adicionales otorgables a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, al arbitrio del tribunal. La paralización automática constituye un rasgo común de muchos regímenes modernos de la insolvencia y puede combinarse con disposiciones que prevean excepciones en determinadas circunstancias.

5. Inicio de la paralización

191. Otro problema que plantea la paralización es la determinación del momento a partir del cual habrá de aplicarse, tanto si el procedimiento es de liquidación como si es de reorganización. En la liquidación, la paralización empieza en el momento en que se presente la solicitud de apertura de un procedimiento. En la reorganización, surtirá efecto a partir del momento de apertura del procedimiento, pero cabe adoptar medidas cautelares para regular el período que media entre la solicitud y la apertura.

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

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

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

193. Cuando el criterio determinante sea la presentación de una solicitud de apertura, cabe prever que la paralización surta efecto a raíz de la presentación de una solicitud de un procedimiento, tanto de liquidación como de reorganización, con independencia de si la solicitud procede del deudor o de un acreedor. Este criterio puede hacer innecesaria la previsión de medidas cautelares para cubrir el período entre la presentación de la solicitud y la apertura del procedimiento, pero exigirá

imponer la paralización en un momento en el que posiblemente no estén claros algunos hechos y, en particular, no se haya determinado aún si el deudor cumple los criterios necesarios para la apertura. Para contrarrestar el riesgo de abusos en tal situación, sería conveniente, de adoptarse este criterio, que el régimen de la insolvencia previera procedimientos claros y agilizados para determinar si no procede aplicar la paralización.

c) Paralización a partir de la apertura

194. El criterio más frecuente consiste en que la paralización sea efectiva al comienzo del procedimiento, cuando se hayan resuelto las cuestiones relativas a las condiciones de admisibilidad, a la jurisdicción y al cumplimiento de los criterios de apertura y cuando sea evidente que no puede desestimarse la solicitud y que debe abrirse un procedimiento.

i) Medidas cautelares

195. En algunos regímenes de la insolvencia, la paralización en el momento de la apertura se complementa con medidas cautelares para regular el período entre la solicitud y la apertura, a fin de proteger los bienes del deudor y los intereses colectivos de los acreedores. Aun cuando la decisión de apertura se adopte sin tardanza, existe la posibilidad de que, durante ese período, cambie la situación empresarial del deudor y de que se dispersen los bienes del deudor. Cabe la posibilidad de que el deudor transfiera ciertos bienes del negocio y de que los acreedores, al tener conocimiento de la solicitud, presenten alguna demanda judicial para adelantarse a toda paralización que se imponga tras la apertura del procedimiento. Si en tales circunstancias no es posible dictar medidas cautelares, pueden frustrarse los objetivos del procedimiento de insolvencia. Como en la mayoría de las medidas cautelares, la necesidad de que no se aplique la paralización debe ser en general urgente y debe compensar los perjuicios que puedan causar las medidas cautelares.

196. Cuando un régimen de la insolvencia permita otorgar medidas cautelares, es importante también prever que el tribunal pueda revisar periódicamente y, si es necesario prorrogar dichas medidas, regulando lo que sucederá con ellas en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia. En muchos casos no habrá necesidad de prorrogar las medidas cautelares más allá de la apertura del procedimiento, ya que en su lugar se aplicarán automáticamente las medidas previstas para el momento de la apertura. No obstante, si las medidas automáticamente aplicables a raíz de la apertura no proporcionan un determinado tipo de amparo y dicho amparo sigue siendo necesario tras la apertura, el tribunal podrá prorrogar, cuando se den las circunstancias pertinentes, la aplicación de las medidas cautelares.

ii) Tipos de medidas cautelares

197. El tribunal puede dictar medidas cautelares a instancia del deudor, de los acreedores o de terceros, o por iniciativa propia. Como posibles medidas cabe citar las siguientes: el nombramiento de un representante provisional de la insolvencia o de otra persona (a excepción del deudor) que se encargue de administrar o supervisar los negocios del deudor y de proteger los bienes y los intereses de los acreedores; la prohibición impuesta al deudor de enajenar sus bienes; el control de

una parte o de la totalidad de los bienes del deudor; la paralización de la ejecución de las garantías reales constituidas por los acreedores sobre los bienes del deudor; la paralización de toda acción entablada por acreedores contra los bienes del deudor, ya sea a instancia de un acreedor garantizado o del titular de un derecho de retención de la titularidad; o las medidas para evitar la apertura o continuación de acciones individuales de los acreedores para la ejecución de sus créditos. Cuando se nombre un representante provisional de la insolvencia como medida cautelar, es posible que esa persona no disponga de facultades tan amplias como las de un representante de la insolvencia nombrado a raíz de la apertura de un procedimiento y que sus funciones se limiten a proteger los bienes y los intereses de los acreedores. Por ejemplo, puede conferírsele la facultad de utilizar y enajenar los bienes del deudor en el curso ordinario de los negocios y de liquidarlos total o parcialmente a fin de proteger y preservar el valor de bienes que, por su naturaleza o por otras circunstancias, sean perecederos, puedan desvalorizarse o correr algún tipo de riesgo. En cualquier caso, puede ser necesario determinar la distribución de responsabilidades entre el representante de la insolvencia y el deudor en lo que respecta a la gestión de la empresa del deudor, teniendo presente que, en esa etapa, aún no se habrá adoptado ninguna decisión sobre la eventual apertura de un procedimiento de insolvencia. Mientras no se haya abierto el procedimiento, el negocio del deudor o los derechos de los acreedores pueden resultar seriamente perjudicados. En general, el deudor continúa administrando su empresa y utilizando y disponiendo de los bienes en el curso ordinario de los negocios, a reserva de las restricciones que le imponga el tribunal.

iii) *Requisitos probatorios*

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

iv) *Notificación de solicitud y adopción de medidas cautelares*

199. Puede ser conveniente también que el régimen de la insolvencia prevea la notificación de las medidas cautelares, tanto de su solicitud como de su adopción, así como del momento a partir del cual serán aplicables, y que especifique a qué partes debe dirigirse la notificación. Como principio general, deberá avisarse al deudor de toda solicitud de medidas cautelares y deberá dársele la oportunidad de impugnarla. Sólo en circunstancias excepcionales podrá ser conveniente no notificar al deudor y dejar que la solicitud a instancia de parte siga su curso. Si bien muchos regímenes permiten las solicitudes ex parte de medidas cautelares, suelen requerir que la parte solicitante deposite una fianza para cubrir las costas y los daños y que

demuestre la urgencia de la medida cautelar, por ejemplo, porque pueden producirse daños irreparables si se exige que se solicite la medida conforme al procedimiento consuetudinario, es decir, con muchos días de anticipación³⁶. No obstante, incluso después de que se haya dictado una medida cautelar a instancia de parte, el deudor tendrá generalmente derecho a que se le notifique la medida y a exponer sus argumentos. Teniendo presente la necesidad de evitar que el deudor sufra perjuicios innecesarios si, al final, no se abre ningún procedimiento contra él, puede convenir que la orden de medidas cautelares se notifique únicamente a las partes a las que afecte directamente.

v) *Excepción o exención de la aplicación de medidas cautelares*

200. Puede ser conveniente dispensar de la aplicación de medidas cautelares, ya sea modificándolas o revocándolas, cuando se estén perjudicando los intereses de las personas a las que se impongan las medidas. Como ejemplos de casos de exención cabe citar la situación en que se trate de bienes perecederos o de acciones encaminadas a preservar y cuantificar un crédito frente al deudor y los acreedores garantizados (véase el párrafo 206 *infra*). Al estudiarse la concesión de esa exención, puede ser conveniente tener en cuenta los perjuicios que tal medida pueda causar a los intereses de los acreedores en general o a los bienes del deudor. La exención de los efectos de las medidas cautelares puede obtenerse a petición de la parte afectada o del representante de la insolvencia, o por iniciativa del propio tribunal, y requerirá por lo general que se dé notificación de ello a la persona o a las personas afectadas por la modificación o revocación y que ésta(s) pueda(n) impugnar la modificación o la revocación.

6. Duración de la paralización

a) Acreedores no garantizados

201. Muchos regímenes de la insolvencia prevén que la paralización se aplique a los titulares de créditos no garantizados durante todo el procedimiento, ya sea de liquidación o de reorganización. En una liquidación, la paralización dura por lo general hasta que se liquidan los bienes y se clausura el procedimiento. En la reorganización, algunos regímenes disponen que el procedimiento concluirá cuando se apruebe el plan de reorganización y se le dé efecto, mientras que otros exigen para ello que se haya ejecutado plenamente el plan. La aplicación de la paralización hasta tal momento puede ser innecesaria, dado que en el plan de reorganización deberían tratarse los créditos de los acreedores no garantizados, que quedarían vinculados por el plan aprobado.

202. Podrá eximirse a los acreedores no garantizados de los efectos de la paralización en determinados casos, como los anteriormente señalados respecto de la cuantificación o preservación de un crédito (véase el capítulo II.B.3 a) *supra*).

³⁶ Véase la labor de la CNUDMI sobre las medidas cautelares otorgables en apoyo del arbitraje: documento A/CN.9/WG.II/WP.119 [Anuario 2001, segunda parte].

b) Acreedores garantizados

i) Reorganización

203. Puede ser conveniente que la paralización sea aplicable a los acreedores con créditos garantizados durante un período suficiente que permita llevar a cabo la reorganización con el debido orden y sin riesgo de que ciertos bienes sean separados de la masa antes de que pueda concluirse la reorganización. A fin de evitar demoras y de alentar una resolución rápida del procedimiento, sería tal vez ventajoso limitar la duración de la paralización al tiempo que se juzgue necesario para dar efecto al plan de reorganización, evitando que la paralización se aplique durante un período incierto o innecesariamente largo; ahora bien, no debe permitirse que ese período se prolongue durante años sin que se proponga ni se apruebe un plan. Esa limitación puede dar también a los titulares de créditos garantizados cierta seguridad y previsibilidad en cuanto a la duración de la moratoria impuesta sobre el ejercicio de sus derechos y a la forma en que se tratarán esos derechos en el plan. Otra posibilidad consistiría en fijar un determinado período. No obstante, ese plazo cerrado puede resultar insuficientemente largo, según la magnitud y complejidad de la reorganización y según el plan requerido, y puede ser difícil de cumplir. Otras soluciones podrían consistir en fijar plazos concretos con la posibilidad de prorrogarlos (véase más adelante) o en eximir de los efectos de la paralización a los titulares de créditos garantizados en determinados supuestos (véase más adelante). Es importante que el régimen de la insolvencia, en su concepción general, propicie la agilización y la eficiencia del procedimiento, permitiendo reducir al mínimo el período de aplicación de la paralización a los acreedores garantizados, particularmente en la reorganización.

ii) Liquidación

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

7. Prórroga del plazo de la paralización

205. Cuando se fije un límite concreto del período de paralización, cabe que la ley prevea su prórroga. Se observa que en algunos países no se han tratado las prórrogas de la paralización con suficiente rigor y se han concedido prórrogas de forma rutinaria con una duración de varios años, con lo cual se ha malogrado el objetivo de los procedimientos y se ha reducido a la nada el valor de la masa del que

disponían los acreedores al principio. A fin de evitar tales consecuencias, es conveniente que el régimen de la insolvencia regule con claridad las posibilidades de prórroga, limitando las partes que puedan solicitar una prórroga y los motivos por los que deba concederse. Por ejemplo, cabría otorgar prórroga a petición del representante de la insolvencia, cuando se pudiera demostrar que es necesaria para optimizar el valor de la masa (por ejemplo, si existe una posibilidad razonable de vender como negocio en marcha la empresa del deudor o ciertas unidades funcionales de dicha empresa), siempre y cuando la venta no se haga en detrimento de los intereses de los acreedores garantizados. A fin de amparar mejor a estos acreedores y de evitar que la duración de la paralización sea incierta o excesivamente larga, es conveniente que el régimen de la insolvencia limite la duración de las prórrogas, y quizás también el número de veces que podrán concederse.

8. Protección de los acreedores garantizados

206. Como se ha señalado anteriormente, cuando los acreedores se vean afectados por la paralización, el régimen de la insolvencia puede adoptar ciertas medidas para proteger sus intereses. Entre esas medidas cabe prever, además de la limitación de la duración de la paralización, el levantamiento de la paralización y la adopción de medidas para evitar que, cuando el valor del crédito garantizado sea superior o similar al del bien gravado, ese bien pierda valor a raíz de su utilización o de la aplicación de la paralización. Dado que estas medidas están relacionadas entre sí, es conveniente que el régimen de la insolvencia adopte un enfoque coherente. Cuando, por ejemplo, la duración de la paralización sea breve, tal vez no sea necesario que la ley exija la protección del valor de los bienes gravados. En cambio, cuando la paralización dure mucho tiempo, su levantamiento puede ser una medida más económica que la protección del valor del bien, siempre y cuando éste no sea necesario para el procedimiento. Naturalmente, también pueden protegerse los intereses de los acreedores garantizados de forma más general, concretamente recabando su parecer sobre la utilización o la venta de los bienes gravados, pagándoles intereses cuando el producto de los bienes sea suficiente para ello; o entregándoles el bien si su valor es inferior al del crédito garantizado. Estas medidas se analizan en las secciones que figuran a continuación. La conveniencia de una u otra forma de protección del valor del bien gravado deberá sopesarse en función de la complejidad y del costo eventual de esas medidas, así como de la necesidad de que el tribunal pueda adoptar decisiones comerciales difíciles sobre la protección de los bienes. Si se proporciona esa protección, puede ser conveniente que el régimen de la insolvencia enuncie ciertas directrices sobre cómo se habrá de determinar el momento y las condiciones en que los acreedores que hayan constituido garantías reales sobre los bienes del deudor tendrán derecho a las medidas de protección que se describen a continuación.

a) Exención de los efectos de la paralización

207. En procedimientos de liquidación y de reorganización pueden darse circunstancias en las que sea conveniente remediar ciertos efectos de la paralización. Puede permitirse al acreedor garantizado solicitar medidas de exención o puede facultarse al representante de la insolvencia para entregar (con la aprobación del tribunal) el bien constituido en garantía. Entre las situaciones pertinentes cabe citar las siguientes: cuando el valor del crédito garantizado sea superior al del bien

gravado; cuando no se esté amparando el valor del bien gravado para prevenir su merma; cuando ese amparo no sea posible o resulte excesivamente oneroso para la masa de la insolvencia; cuando el bien gravado no sea necesario para la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha; cuando sea conveniente establecer limitaciones de la paralización para proteger o preservar el valor de bienes tales como los bienes perecederos; o cuando, en una reorganización, no se apruebe un plan en el plazo previsto.

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

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

b) Protección del valor

210. Algunos regímenes de la insolvencia prevén disposiciones especialmente concebidas para contrarrestar el impacto negativo que la paralización pudiera tener para los acreedores garantizados y para salvaguardar el valor económico de sus créditos durante el período de la paralización (se habla a veces de su “protección adecuada”).

i) Protección del valor del bien gravado

211. Cuando la masa permita mantener el valor de los bienes gravados, cabe adoptar varios enfoques. Uno de ellos consiste en proteger el valor del propio bien gravado en el entendimiento de que, a su liquidación, se abonará al acreedor el producto de la venta de ese bien que corresponda a la fracción garantizada de su crédito. Esta solución puede requerir que se adopten ciertas medidas.

212. Es posible que el bien gravado pierda valor durante la paralización. Dado que el grado de prioridad del que disfrutará un acreedor garantizado en el momento de la distribución final dependerá del valor del bien gravado, esa depreciación puede perjudicar al acreedor garantizado. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que el representante de la insolvencia deberá proteger a los acreedores garantizados de toda merma, ya sea ofreciéndoles un bien adicional o sustitutivo o abonando periódicamente en metálico la suma que corresponda a esa reducción del valor.

Estas medidas sólo son necesarias si el valor del bien gravado por la garantía es inferior al monto del crédito garantizado. Si dicho valor supera al monto del crédito, el acreedor garantizado no se verá perjudicado por la desvalorización mientras el valor no llegue a ser insuficiente para pagar el crédito garantizado. Algunos países que salvaguardan el valor del bien gravado del modo indicado, autorizan además el pago de intereses durante el período de la paralización para compensar la demora impuesta por el procedimiento. No obstante, el pago de intereses podrá limitarse a los casos en que el valor del bien gravado supere el importe de la garantía. De lo contrario, la indemnización de esa demora podría dejar la masa sin bienes suficientes para el pago de los acreedores sin garantía. Este criterio puede alentar a los prestamistas a tratar de obtener garantías que cubran suficientemente el valor de sus créditos.

Valoración de los bienes gravados

213. Para proteger el valor de los bienes gravados, es de importancia primordial que exista un mecanismo para determinar el valor de esos bienes, a fin de que el tribunal pueda determinar si procede otorgar a los acreedores garantizados medidas para contrarrestar la pérdida de valor, durante el procedimiento, de los bienes constituidos en garantía y, en tal caso, el importe de la compensación. Esta cuestión plantea complejos problemas, como el del criterio que debe seguirse para la valoración (por ejemplo, el valor de la empresa como negocio en marcha o el valor de liquidación), la parte que debe realizar la valoración, y la fecha pertinente para determinar el valor, como la fecha de apertura del procedimiento (previéndose un examen continuo para hacer ajustes). Uno de los enfoques consiste, al menos en el primer caso, en que la valoración se efectúe mediante acuerdo entre las partes (es decir, el deudor, o el representante de la insolvencia, y el acreedor garantizado). Otros regímenes prevén criterios de carácter judicial. Por ejemplo, el tribunal, en vez de encargarse él mismo de la valoración, puede especificar un método para determinar el valor y encomendar la tarea a expertos pertinentes. El régimen de la insolvencia podría enunciar principios claros en los que debería basarse la valoración. Otro método consistiría en que el tribunal, eventualmente después de que el representante de la insolvencia efectuara una estimación o evaluación inicial, determinara el valor de los bienes sobre la base de pruebas, como el estudio y las condiciones del mercado y los testimonios periciales. Algunos regímenes exigen una valoración del bien en el mercado mediante su venta, en cuyo caso el precio máximo del bien en el mercado se obtiene mediante licitación o subasta. Esta técnica de valoración no es tan aplicable a la protección del valor del bien gravado o del crédito garantizado (véase más adelante) como a la enajenación de los bienes de la masa por el representante de la insolvencia. La valoración también es importante, en el momento de la apertura, para el proceso de registro del activo y del pasivo y para la preparación del saldo neto de la situación del deudor (véase el capítulo V.A.3 b) iii)).

214. En algunos casos de liquidación, el representante de la insolvencia puede juzgar necesario vender o gravar ciertos bienes (véase el capítulo II.C) con el fin de optimizar el valor de la masa de la insolvencia. Por ejemplo, si el representante de la insolvencia estima, en una liquidación, que la mejor forma de maximizar el valor de la masa de la insolvencia es manteniendo el negocio en marcha durante cierto tiempo, puede recurrir a la venta de existencias que estén parcialmente gravadas. En procedimientos de reorganización también puede ser beneficioso para la masa

vender bienes gravados de naturaleza similar para obtener el capital necesario para realizar operaciones. Por ello, puede ser conveniente que, cuando se ampare a los acreedores garantizados salvaguardando el valor de los bienes gravados, el régimen de la insolvencia permita al representante de la insolvencia ofrecer a dichos acreedores una garantía equivalente, como un gravamen sobre otro bien o el producto de la venta de los bienes gravados, o abonarles el importe total del valor de los bienes que garantizan sus créditos respectivos, ya sea de inmediato o conforme a un calendario de pagos convenido. Otros enfoques se basan en el criterio de la utilización del producto de la venta de los bienes gravados (véase el capítulo II.C). Uno de los métodos consiste en que el tribunal impida al representante de la insolvencia utilizar dicho producto, tanto en el presente como en el futuro. Otros regímenes eximen a los acreedores garantizados de los efectos de la paralización, autorizándolos a incoar acciones respecto del producto de la venta, o, cuando ni los acreedores garantizados ni el tribunal autoricen la utilización del producto, considerar personalmente responsables del importe del producto al deudor, a los directivos de su empresa o al representante de la insolvencia, o declarar esa deuda no abonable.

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

215. La segunda forma de proteger los intereses de los acreedores garantizados consiste en proteger el valor de la fracción garantizada de sus respectivos créditos. Nada más declararse la apertura, se valorará el bien gravado y, en función de esa valoración, se determinará el importe de la parte garantizada del crédito. Este monto se mantendrá fijo durante todo el procedimiento y, al procederse a la liquidación y subsiguiente distribución del producto de la misma, el acreedor que sea beneficiario de la garantía gozará de prioridad para cobrar el importe determinado. Durante el procedimiento, el acreedor amparado por una garantía podrá percibir además a modo de compensación por la demora impuesta por el procedimiento, la tasa de interés contractual prevista para la fracción garantizada de su crédito.

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

216. Además de las medidas destinadas a proteger la masa de la insolvencia frente a las acciones presentadas por los acreedores o por terceros (véase al respecto el capítulo II.A.2 e)), los regímenes de la insolvencia suelen prever medidas para limitar el alcance de los actos de disposición del deudor respecto de los bienes incluidos en la masa. Esas medidas son por lo general aplicables una vez iniciados los procedimientos, pero en algunos casos se aplican también entre el momento de la solicitud de apertura y el de la apertura en sí. Por ejemplo, si se nombra un representante provisional de la insolvencia como medida cautelar antes de la apertura del procedimiento, el deudor puede verse sujeto a la supervisión o control de ese representante de la insolvencia, y generalmente tendrá un poder de disposición limitado sobre sus bienes. En algunos regímenes de la insolvencia, ese período interino sólo existirá en los casos de solicitud a instancia de acreedores, porque toda solicitud presentada por el deudor provocará automáticamente la apertura de un procedimiento.

217. Muchos regímenes de la insolvencia prevén que, cuando se nombra un representante de la insolvencia en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, el deudor perderá todo el control sobre la masa de la insolvencia y no

podrá realizar ninguna operación después de la apertura, o bien seguirá teniendo facultades, pero limitadas, para la gestión cotidiana de la empresa y sólo podrá realizar operaciones en el curso ordinario de los negocios. Las operaciones que no entren en esta categoría, como la venta de bienes importantes, pueden precisar la autorización del representante de la insolvencia, del tribunal o, en algunos casos, de los acreedores³⁷.

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

219. Algunos regímenes de la insolvencia regulan los contratos celebrados y las operaciones realizadas por el deudor entre la solicitud y la apertura que no hayan sido autorizados por el régimen de la insolvencia, por el representante de la insolvencia, por el tribunal o por los acreedores (según se requiera) sometidos a las disposiciones sobre impugnación (véase el capítulo II.F) y aplicando retrospectivamente el período de sospecha desde la apertura del procedimiento.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

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

- a) introducir medidas que impidan que el valor de la masa se vea mermado por las acciones entabladas por el deudor, los acreedores o terceros;
- b) determinar el alcance de esas medidas y las partes a las que se aplican;
- c) establecer el método, el momento y la duración de la aplicación de esas medidas;
- d) establecer los motivos para eximir de los efectos de esas medidas.

³⁷ Otros aspectos de estas operaciones se analizan en el capítulo II.A.2 e), II.C. y II.E.7.

Contenido de las disposiciones legales

*Medidas cautelares*³⁸

27) El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá conceder una exención de carácter provisional, a petición del deudor, de los acreedores o de terceros, si tal exención es necesaria para proteger y preservar el valor de los bienes del deudor³⁹ o los intereses de los acreedores entre la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura del procedimiento⁴⁰, concretamente:

a) paralizando la ejecución de medidas contra los bienes del deudor, incluido [el perfeccionamiento] [las acciones encaminadas a dar eficacia a las garantías reales frente a terceros] o la ejecución de garantías reales;

b) confiando la administración o la supervisión de la empresa del deudor, lo cual puede incluir la facultad de utilizar y disponer de los bienes en el curso ordinario de los negocios, a un representante de la insolvencia o a otra persona⁴¹ designada por el tribunal;

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

d) adoptando cualquier otra limitación de las que sean aplicables automáticamente en el momento de la apertura del procedimiento.

Indemnización por los efectos de las medidas cautelares

28) La ley podrá facultar al tribunal para:

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

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

Equilibrio entre los derechos del deudor y los del representante de la insolvencia

29) El régimen de la insolvencia debería establecer claramente el equilibrio entre los derechos y obligaciones del deudor y de todo representante de la insolvencia designado en el marco de una medida cautelar. En el período comprendido entre la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura de dicho

³⁸ Estos artículos se ajustan a los artículos correspondientes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase el artículo 19 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza).

³⁹ La mención de los bienes en los párrafos a) a c) se refiere únicamente a los que forman parte de la masa de la insolvencia.

⁴⁰ El régimen de la insolvencia debería especificar el momento a partir del cual surtirá efecto la medida cautelar, por ejemplo, el momento en que se haya dictado la medida o retroactivamente en el momento de la apertura antes de dictarse la medida, o en cualquier otro momento.

⁴¹ Las palabras “otra persona”, empleadas en los párrafos b) y c) de la recomendación 27) no incluyen al deudor.

procedimiento, el deudor tiene derecho a seguir dirigiendo su empresa y a utilizar y disponer de los bienes en el curso ordinario de los negocios, a reserva de las restricciones que le imponga el tribunal.

Notificación

30) El régimen de la insolvencia debería especificar que, a menos que el tribunal dispense a una parte del deber de notificación o limite esa obligación, deberá notificarse a las partes interesadas que se vean afectadas por:

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

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

31) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando no se notifique una solicitud de medida cautelar al deudor o a otra parte interesada que se vea afectada por dicha medida [en el plazo de *un número especificado* días] [previa solicitud urgente] [en un plazo razonable] [con la mayor prontitud]⁴², el deudor o la parte interesada que se vea afectada por la medida cautelar tendrá derecho a exponer sus argumentos antes de que el tribunal decida si debe mantenerse o no la dispensa de notificación.

Modificación o revocación de medidas cautelares

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

Revocación de medidas cautelares en el momento de la apertura

33) El régimen de la insolvencia debería especificar que quedarán revocadas las medidas cautelares cuando entren en efecto las medidas automáticamente aplicables en el momento de la apertura del procedimiento, salvo si el tribunal opta por mantenerlas.

Medidas aplicables en el momento de la apertura

34) El régimen de la insolvencia debería especificar que, en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia⁴³:

a) se paralizarán el inicio o la continuación de acciones individuales o de procedimientos⁴⁴ que afecten a los bienes del deudor, así como los derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;

⁴² Todo plazo legal debería ser breve para impedir que disminuyera el valor del negocio del deudor.

⁴³ Por lo general, las medidas enunciadas surten efecto en el momento de dictarse la orden de apertura.

⁴⁴ Véase el artículo 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Se pretende que las acciones individuales mencionadas en el párrafo a) de la recomendación 34) abarquen también las acciones entabladas ante un tribunal arbitral. Sin embargo, tal vez no sea

- b) se paralizará [la constitución] [toda acción encaminada a que las garantías reales sean eficaces frente a terceros] o la ejecución de garantías reales⁴⁵;
- c) se paralizará toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia;
- d) se suspenderá el derecho de otra parte a poner fin a todo contrato con el deudor⁴⁶; y
- e) se suspenderá el derecho a transferir o gravar cualquier bien de la masa de la insolvencia o a disponer de él de algún otro modo⁴⁷.

Excepciones oponibles a la paralización

35) La ley podrá permitir excepciones a la paralización y la suspensión prevista en la recomendación 34) y, cuando lo haga, deberá enunciar claramente las excepciones. El párrafo a) de la recomendación 34) no debería afectar al derecho a entablar acciones o procedimientos individuales necesarios para preservar algún derecho frente al deudor⁴⁸.

Otras medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento

36) El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá conceder otras limitaciones de las medidas aplicables en el momento de la apertura del procedimiento⁴⁹.

Duración de las medidas automáticamente aplicables al iniciarse un procedimiento

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

siempre posible paralizar automáticamente las actuaciones arbitrales, como en los supuestos en que el arbitraje no se celebre en el propio Estado sino en el extranjero.

⁴⁵ Cuando un régimen de las operaciones garantizadas prevea un período de gracia para la constitución de una garantía real, convendrá estudiar también si el régimen de la insolvencia debería reconocer ese período de gracia y prever una excepción, eximiendo a los acreedores garantizados de la paralización para permitir la constitución de garantías reales en las circunstancias del caso (véase la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas).

⁴⁶ Véase el capítulo II.D 2) a). Esta recomendación no tiene la finalidad de evitar que se ponga fin a un contrato si éste estipula una fecha de terminación que resulta ser posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia.

⁴⁷ La limitación del derecho a transferir o gravar bienes de la masa de la insolvencia o a disponer de ellos de alguna otra forma puede ser objeto de una excepción en los casos en que se autorice al deudor a continuar sus actividades comerciales y en que éste pueda transferir o gravar sus bienes o disponer de ellos de otra manera en el curso ordinario de sus negocios.

⁴⁸ Véase el artículo 20 3) y los párrafos 151 y 152 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Cuando se plantee una cuestión relativa a la cuantificación de una reclamación, se puede pedir al tribunal que adopte una decisión contra la paralización a fin de poder entablar una acción o un procedimiento con ese fin

⁴⁹ Las medidas suplementarias otorgables dependerán de los tipos de medidas previstas en cada ordenamiento jurídico, así como de las medidas que resulten más adecuadas en un determinado procedimiento de insolvencia (además de las ya aplicables en el momento de la apertura).

- a) el tribunal otorgue una exención al respecto⁵⁰;
- b) en un procedimiento de reorganización, entre en vigor un plan de reorganización⁵¹;
- c) en el caso de los acreedores garantizados en procedimientos de liquidación, expire el período fijado por la ley⁵², a menos que el tribunal prorrogue ese período cuando se demuestre que:
 - i) la prórroga es necesaria para maximizar el valor de los bienes en beneficio de los acreedores; y
 - ii) el acreedor garantizado quedará protegido de toda pérdida de valor del bien gravado.

Exención de los efectos de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento

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

- a) el hecho de que el bien gravado no sea necesario para una eventual reorganización o venta de la empresa del deudor;
- b) [cuando el valor del crédito del acreedor garantizado exceda del valor del bien gravado,] el hecho de que el valor económico del bien gravado se esté mermando y de que el acreedor garantizado no esté protegido contra esa pérdida de valor;
- c) en una reorganización, hecho de que no se haya aprobado un plan de reorganización en el plazo pertinente.

Protección frente a una merma del valor del bien gravado

39) El régimen de la insolvencia debería especificar que el acreedor garantizado podrá solicitar protección al tribunal. Cuando el valor del bien gravado no exceda del valor del crédito garantizado o sea insuficiente para cubrir dicho crédito si el valor del bien gravado sufre una merma a consecuencia de la imposición de las medidas aplicables en el momento de la apertura, la protección otorgable podrá consistir, entre otras medidas, en:

- a) pagos en efectivo a cargo de la masa;
- b) la aportación de una garantía suplementaria; o
- c) otras medidas que el tribunal considere apropiadas.

⁵⁰ Las medidas de exención deberían otorgarse por los motivos enunciados en la recomendación 38).

⁵¹ El plan puede entrar en vigor al ser aprobado por los acreedores o confirmado por el tribunal, según lo que requiera (véanse las recomendaciones que figuran en el capítulo V.A).

⁵² La finalidad es que la paralización sólo se aplique a los acreedores garantizados durante un breve período, por ejemplo de 30 a 60 días, y que la ley especifique claramente el período de aplicación.

C. Utilización y disposición de los bienes

1. Introducción

220. Si bien como principio general es conveniente que el régimen de la insolvencia no interfiera indebidamente en el derecho de propiedad de terceros ni en el de los acreedores garantizados, en los procedimientos de insolvencia suele ser necesario seguir usando los bienes de la masa de la insolvencia y los bienes en posesión del deudor utilizados en su empresa, o poder disponer de ellos (inclusive gravándolos) para cumplir con el objetivo de cada procedimiento. Esto será especialmente importante en caso de reorganización, pero también en el de liquidación cuando se desee vender la empresa como negocio en marcha. También puede ser importante en algunos casos de liquidación, cuando sea necesario mantener la empresa en marcha durante un breve período para poder obtener de los bienes el máximo de su valor, aun cuando tengan que venderse individualmente. Por estas razones, es conveniente que un régimen de insolvencia prevea cláusulas sobre la utilización o la disposición de los bienes de la masa (incluidos los bienes gravados) y de los bienes de terceros, estableciendo las condiciones en que esos bienes podrán usarse y en que podrá disponerse de ellos, asegurando también la protección de los intereses de terceros que sean propietarios de bienes y de los acreedores con créditos garantizados. Al formularse este tipo de disposiciones, puede ser importante tener en cuenta que los poderes en materia de insolvencia pueden verse afectados por otras leyes. En particular, la legislación que prohíba o restrinja la propiedad extranjera en determinados sectores de la economía puede tener como consecuencia una limitación del precio que puede obtenerse de ciertos bienes, repercutiendo a su vez en la distribución entre los acreedores.

2. Bienes de la masa de la insolvencia

a) Curso ordinario de los negocios

221. Con respecto a la disposición de los bienes de la masa de la insolvencia, algunos regímenes distinguen entre el ejercicio de estas facultades en el curso ordinario de los negocios del deudor y su ejercicio en otras circunstancias, fijando en cada uno de los dos casos quién puede ejercer esas facultades y las medidas de protección necesarias. Por ejemplo, las decisiones respecto de la utilización y la disposición de los bienes en el curso ordinario de los negocios pueden corresponder al representante de la insolvencia⁵³ sin que le sea necesario notificar a los acreedores o presentarse al juez. En cambio, cuando se utilicen los bienes o se disponga de ellos al margen del curso ordinario de los negocios, puede requerirse la aprobación del tribunal o de los acreedores. Algunos regímenes hacen extensivos esos derechos de utilización y disposición al deudor, bajo la supervisión o el control de un representante de la insolvencia, o al deudor que conserve la posesión de los bienes.

⁵³ El ejercicio de esos derechos por el representante de la insolvencia depende del papel que le atribuya el régimen de la insolvencia y puede estar restringido, por ejemplo, cuando la función del representante de la insolvencia sea la de síndico o supervisor, y también depende de las funciones respectivas que se asignen al deudor y al representante de la insolvencia (véase el capítulo III.A y B) tras la apertura del procedimiento de insolvencia, especialmente en caso de reorganización.

222. Los problemas que pueda plantear el ejercicio de los poderes de utilización y disposición por el representante de la insolvencia y la posibilidad de abusos o de desfalco pueden prevenirse al fijar los criterios para el nombramiento, exigiendo, entre otras cosas, el depósito de una caución, como es el caso en muchos regímenes (véase también el capítulo III.B), y adoptando otras medidas que regulen la responsabilidad del representante de la insolvencia.

223. El hecho de que el régimen de la insolvencia haga una distinción entre la disposición de los bienes en el curso ordinario de los negocios o en otras circunstancias puede facilitar la continuidad en la gestión cotidiana de la empresa, tanto en una reorganización como en una liquidación en que se venda la empresa como negocio en marcha, sin imponer requisitos complejos para obtener la aprobación judicial de actividades rutinarias. El requisito de aprobación en el caso de disposición no rutinaria de bienes puede ser una salvaguardia frente a posibles abusos, como la disposición de bienes en beneficio de partes allegadas. No obstante, es preciso que el régimen de la insolvencia defina claramente lo que constituye una operación realizada en el curso ordinario de los negocios, a fin de evitar controversias y de asegurar que los procedimientos se lleven a cabo con rapidez y eficiencia (en el capítulo II.F.2 figura un análisis de las operaciones que pueden entrar en el concepto de “curso ordinario de los negocios”).

224. Algunas leyes de insolvencia también distinguen entre diferentes tipos de bienes en función del modo en que pueden ser utilizados y de las condiciones que se les aplicarán. Cabría adoptar disposiciones especiales, por ejemplo, para los bienes perecederos, para otros tipos de bienes que pierdan valor si no se venden rápidamente o cobrando en efectivo, o para bienes que el deudor posea conjuntamente con un tercero o que el deudor tenga en su poder pero estén sujetos a una garantía real.

b) Métodos de venta

225. Cuando los bienes de la masa deban venderse, es importante que, independientemente de qué parte deba supervisar las ventas, el modo de venta elegido permita obtener el máximo valor de la masa y que se notifique adecuadamente la venta a los acreedores, permitiéndoles impugnarla judicialmente si la desaprueban. Estos objetivos pueden lograrse de diferentes maneras. Muchos regímenes de la insolvencia requieren que los bienes se vendan en subasta, y algunos permiten que el comité de acreedores, algún otro representante de los acreedores o el representante de la insolvencia aprueben alguna otra forma de venta, como la venta mediante contrato privado, si resulta más provechosa.

226. Como se ha señalado, algunos regímenes confieren al representante de la insolvencia la facultad de vender en el curso ordinario de los negocios y lo obligan a obtener el mejor precio que sea razonable en el momento de la operación. Algunos de estos regímenes también limitan la facultad discrecional del representante para elegir el método de venta. En los casos en que el representante opta por realizar una venta privada, y no mediante una subasta pública, la ley puede exigir que el tribunal supervise debidamente la operación o que los acreedores la aprueben expresamente. En otras legislaciones el tribunal desempeña una función importante a la hora de vender los bienes, fijando la fecha, la forma y las condiciones de la venta; el representante de la insolvencia desempeña la función subsidiaria de reunir las ofertas y recabar las opiniones de los acreedores. Algunos regímenes de la

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

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

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

c) Utilización o disposición de bienes gravados

229. Un régimen de la insolvencia deberá regular la cuestión de la utilización o disposición de los bienes gravados (sin imponerles nuevos gravámenes) y, en particular, determinar si el representante de la insolvencia o el titular del crédito garantizado estará facultado para venderlos. En gran medida, el criterio que se adopte dependerá de si el régimen de la insolvencia considera que los bienes gravados forman parte de la masa; de no ser así, el titular del crédito garantizado tendrá generalmente la libertad de hacer valer su garantía real. Cuando los bienes gravados forman parte de la masa también varían los criterios aplicados por las legislaciones, que en algunos casos dependen de la aplicación de otras disposiciones del régimen de la insolvencia (y de otras reglas de derecho), tales como la aplicación de la paralización (durante la cual sólo el representante de la insolvencia puede disponer de los bienes) y de si los bienes gravados pueden venderse libres de

gravámenes. También puede depender del carácter de la venta propuesta, ya sea como bien individual o como parte integrante de la venta de la empresa como negocio en marcha. Algunas legislaciones disponen, por ejemplo, que sólo el representante de la insolvencia podrá disponer de los bienes gravados, tanto en caso de liquidación como de reorganización. Otros regímenes distinguen entre la liquidación y la reorganización. En esos países, sólo el representante podrá disponer de los bienes en caso de reorganización, pero en una liquidación esa facultad está limitada temporalmente, y cuando expire el período de exclusividad del representante de la insolvencia, el titular del crédito garantizado podrá ejercer sus derechos. Sea cual sea el enfoque adoptado, el régimen de la insolvencia debería prever la obligación de notificar a los acreedores garantizados y el derecho de éstos a formular objeciones. No obstante, cuando el valor del crédito sea superior al del bien y cuando ese bien no sea necesario para el procedimiento, podrá autorizarse al representante de la insolvencia a renunciar al bien gravado poniéndolo a la disposición del acreedor garantizado sin previa notificación.

230. El régimen de la insolvencia debería también enunciar las condiciones para la imposición de nuevos gravámenes sobre bienes ya sujetos a garantías reales. La condición más habitual consiste en dar prelación al acreedor garantizado existente, respecto de la parte garantizada de su crédito, sobre todo nuevo acreedor garantizado (véase el capítulo II.D.3).

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

231. Algunos regímenes establecen que el representante de la insolvencia puede vender los bienes de la masa libres de gravámenes, aunque sean garantías reales, siempre que se cumplan determinadas condiciones, por ejemplo, que la venta esté permitida por el derecho general, al margen del régimen de la insolvencia, que el titular de la garantía sea notificado de la venta propuesta y que la consienta, que el precio de venta sea superior al valor de la garantía real; que el titular de dicha garantía pueda ser obligado (en otro procedimiento judicial) a aceptar el pago en metálico u otra garantía equivalente para saldar su crédito; y que se preserve la prelación de los derechos sobre el producto de toda venta. Algunas leyes también disponen que cuando el titular de la garantía real no consienta la venta, el representante de la insolvencia podrá solicitar autorización judicial, que será concedida siempre que el tribunal considere, por ejemplo, que el representante ha realizado esfuerzos razonables para obtener el consentimiento, y que la venta redundará en beneficio del deudor y de sus acreedores y no perjudicará sustancialmente al titular de la garantía. Aun en el caso de que el tribunal apruebe la venta, si la oferta por el bien es insuficiente, la ley puede permitir al titular de la garantía real conservar su derecho a compensar la oferta para proteger su garantía.

232. Las ventajas de que el representante de la insolvencia pueda vender los bienes sin gravámenes radican en que por bienes sujetos a garantías reales se pagaría un precio muy inferior y esa situación crearía una considerable incertidumbre para el comprador. Cuando diversas partes compitan por los bienes gravados con reclamaciones fundadas en la propiedad, el arriendo o un gravamen, esta facultad del representante permitirá vender los bienes (que no sean únicos) sin tener que esperar hasta que se diriman las reclamaciones, y los demandantes podrán entonces reclamar su parte en la distribución del producto de la venta.

e) Bienes en copropiedad

233. Cuando los bienes sean propiedad del deudor y de otra persona en alguna forma de propiedad conjunta o copropiedad, cabe seguir diferentes criterios para disponer de los bienes del deudor. Cuando las normas del derecho general permitan dividir los bienes entre el deudor y los copropietarios a efectos de ejecución, podrá venderse la parte correspondiente a la masa de la insolvencia sin perjudicar a los copropietarios. No obstante, algunos regímenes de la insolvencia establecen que, cuando se cumplan determinadas condiciones, el representante podrá vender tanto la parte correspondiente a la masa como la de los copropietarios. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando la división de la propiedad entre la masa y los copropietarios no sea factible, cuando la venta de una parte dividida aportara considerablemente menos valor a la masa que la venta del total indiviso de las partes de todos los copropietarios, y cuando el beneficio que esa venta represente para la masa compense ampliamente cualquier perjuicio que pueda sufrir el copropietario. El régimen de la insolvencia también puede dar al copropietario la opción o el derecho a comprar la parte del deudor antes de que se perfeccione la venta a un tercero. Tal como se ha señalado en el capítulo anterior (véase el capítulo II.A.2), la disposición de esos bienes en la insolvencia puede estar sujeta a la aplicación de otras disposiciones legales.

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

234. Puede ocurrir que, a fin de lograr el máximo valor y de reducir los costos del procedimiento, sea conveniente permitir que el representante de la insolvencia renuncie a determinados bienes de la masa, entre ellos terrenos, acciones, bienes sujetos a garantías reales válidas, contratos u otros bienes, cuando el representante determine que la renuncia favorecerá a la masa y cuando el acreedor garantizado obtenga una exención de los efectos de la paralización. El ejercicio de esta facultad puede estar sujeto a la aprobación del tribunal o a ciertas condiciones, como la de que esa renuncia no afecte a ningún interés público vital, por ejemplo, si el bien es ecológicamente peligroso y puede perjudicar la salud y seguridad públicas. Este criterio puede ser adecuado en determinadas situaciones, como, por ejemplo, cuando los bienes tengan un valor insignificante o nulo para la masa, cuando sean tan onerosos que su retención supondría un gasto excesivo y superior a lo que se obtendría de ellos o crearía una obligación onerosa o una responsabilidad de pagar dinero; o cuando el bien resulte imposible o muy difícil de vender, por el representante de la insolvencia, por ejemplo, cuando se trate de un bien único, que no tenga valor de mercado o para el que no haya un mercado fácilmente accesible. El representante de la insolvencia debería notificar a los acreedores toda propuesta de renunciar a bienes y darles la oportunidad de formular objeciones al respecto.

g) Créditos

235. Cuando los bienes de la masa incluyan créditos (derechos contractuales del deudor a que se le pague una suma en dinero), sería conveniente que el representante de la insolvencia pudiera ceder los derechos de cobro para obtener, por ejemplo, un valor para la masa o crédito. Con respecto a la cuestión de la cesión en el contexto de la insolvencia se siguen distintos criterios (véase el capítulo II.D). Algunos regímenes establecen que con la apertura del procedimiento de insolvencia quedan anuladas las cláusulas de intransferibilidad. Otras legislaciones dejan que la

cuestión se rija por el derecho general de los contratos. Cuando el contrato contenga una cláusula de intransferibilidad, no podrá cederse sin el acuerdo de las partes en el contrato originario. También puede haberse establecido que cuando la otra parte en el contrato originario no consienta en la cesión, el representante de la insolvencia podrá seguir adelante con el permiso del tribunal, siempre y cuando se demuestre que la parte contraria deniega el consentimiento sin motivo razonable. En tal caso, el representante podrá ceder el contrato en provecho de la masa de la insolvencia. Este criterio se ajusta al enfoque adoptado en el artículo 9 de la Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2001)⁵⁴.

3. Bienes que sean propiedad de terceros

236. Habrá casos de insolvencia en los que los bienes propiedad de terceros, al igual que los bienes gravados, podrán ser indispensables para la explotación ininterrumpida del negocio, particularmente en procedimientos de reorganización, pero también en menor medida en algunos procedimientos de liquidación, cuando deba venderse la empresa como negocio en marcha. En esos casos, sería conveniente que el régimen de la insolvencia estableciera algún mecanismo que permitiera seguir utilizando esos bienes en el procedimiento de insolvencia. Algunas legislaciones resuelven esta cuestión en función del tipo de bienes que se incluyen en la masa de la insolvencia (véase el capítulo II.A.2 c) y 3 a)). Los regímenes en que la posesión del bien por el deudor está sujeto a un acuerdo contractual regulan esta cuestión en el contexto de la normativa aplicable a los contratos (véase el capítulo II.E). Puede haberse previsto, por ejemplo, la imposición de ciertas restricciones a la resolución del contrato en virtud del cual los bienes obren en poder del deudor (véase el capítulo II.A.2 a), o medidas para impedir, mediante una paralización durante cierto tiempo después de la apertura, que el propietario los reclame en la insolvencia (al menos sin la aprobación del tribunal o del representante de la insolvencia).

237. Cuando en el procedimiento de insolvencia se usen bienes propiedad de terceros, la ley deberá contemplar la protección de los derechos del propietario de los bienes frente a toda pérdida de valor de éstos, de la misma forma en que se

⁵⁴ Artículo 9. Limitaciones contractuales de la cesión:

1. La cesión de un crédito surtirá efecto aunque exista un acuerdo entre el cedente inicial o cualquier cedente ulterior y el deudor o cualquier cesionario ulterior por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos.
2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones ni a la responsabilidad del cedente por el incumplimiento de tal acuerdo, pero la otra parte en ese acuerdo no podrá resolver el contrato originario ni el contrato de cesión por la sola razón de ese incumplimiento. Quien no sea parte en dicho acuerdo no será responsable por la sola razón de haber tenido conocimiento del acuerdo.
3. El presente artículo será aplicable únicamente a la cesión de créditos:
 - a) Cuyo contrato originario sea un contrato de suministro o arrendamiento de bienes muebles o servicios que no sean financieros, un contrato de construcción de obras o un contrato de compraventa o arrendamiento de bienes inmuebles;
 - b) Cuyo contrato originario sea un contrato de compraventa, arrendamiento o concesión de licencia de un derecho de propiedad industrial o de información protegida;
 - c) Que representen la obligación de pago correspondiente a una operación con tarjeta de crédito; o
 - d) Que queden al cedente como saldo neto de los pagos debidos en virtud de un acuerdo de compensación global por saldos netos concertado entre más de dos partes.

protege a los titulares de créditos garantizados frente a toda disminución del valor de los bienes gravados (véase el capítulo II.B.3 b)). Es conveniente que todo beneficio conferido a la masa por utilizar continuamente un bien sea computada como gasto de administración de la masa (véase el capítulo II.E).

4. Régimen aplicable al producto en metálico de la venta

238. Cuando los bienes gravados “liquidables”, es decir, bienes gravados como las existencias inventariadas que sean fáciles de convertir en efectivo, se vendan durante un procedimiento de insolvencia, la mayoría de los regímenes de la insolvencia prevén que los acreedores cuyos créditos estén amparados por garantías constituidas sobre bienes tendrán también un derecho equivalente sobre el producto en efectivo de la venta de dichos bienes.

239. Los fondos obtenidos a raíz de la venta de tales bienes pueden representar una importante fuente de capital para la masa durante los procedimientos de insolvencia, especialmente en caso de reorganización, y pueden utilizarse con distintos fines en la gestión de la empresa, como el pago de la electricidad y de otros gastos en concepto de servicios. Para utilizar el producto en metálico, el representante de la insolvencia dispone generalmente de dos opciones. El producto en efectivo podrá utilizarse, o bien con el consentimiento del acreedor garantizado pertinente, con arreglo a lo convenido entre las partes, o bien mediante una solicitud presentada con tal fin al tribunal, previa notificación de los acreedores afectados. Normalmente, el tribunal, antes de autorizar la utilización del producto en efectivo, deberá determinar tres cosas: la garantía real del caso y el valor del correspondiente bien gravado; el riesgo que puede suponer la utilización del bien para el acreedor garantizado; y la adopción de medidas para proteger el valor económico del crédito garantizado, que deberán ser suficientes (véase el capítulo II.B.8 b)).

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

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

- a) permitir la utilización, en procedimientos de insolvencia, de bienes, entre ellos los bienes gravados y los que sean propiedad de terceros, y especificar las condiciones en que se podrá disponer de ellos;
- b) imponer límites a las facultades de uso y disposición;
- c) notificar, en su caso, a los acreedores la disposición que se vaya a hacer de los bienes;
- d) prever normas que regulen los bienes gravosos.

Contenido de las disposiciones legales

Facultad para usar y disponer de los bienes de la masa de la insolvencia

- 40) El régimen de la insolvencia debería permitir:

- a) la utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes sujetos a garantías reales) en el curso normal de los negocios;
- b) la utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes sujetos a garantías reales) fuera del curso ordinario de los negocios, a reserva de los requisitos enunciados en las recomendaciones 41) y 44).

Notificación y publicación de los actos de disposición

- 41) El régimen de la insolvencia debería especificar que todo acto de disposición de los bienes no realizado en el curso ordinario de los negocios deberá notificarse adecuadamente a los acreedores⁵⁵, que deberán tener la oportunidad de formular objeciones.
- 42) El régimen de la insolvencia debería especificar que toda subasta pública deberá anunciarse por los medios de difusión de tal manera que la información pueda llegar al conocimiento de las partes interesadas.

Facultad de vender bienes de la masa que no estén gravados ni sujetos a otros gravámenes

- Ventas realizadas en el curso ordinario de los negocios

- 43) La ley podrá permitir al representante de la insolvencia vender, en el curso ordinario de los negocios, bienes de la masa que no estén gravados ni sujetos a otros gravámenes, siempre que:
- a) El representante de la insolvencia notifique la venta propuesta a los titulares de garantías reales o de otros gravámenes;
 - b) Los titulares de dichos gravámenes tengan la oportunidad de oponerse a la venta propuesta;
 - c) No se haya dictado ninguna limitación de la paralización;
 - d) Se preserve la prelación de los derechos sobre el producto de la venta del bien.

- Sale outside the ordinary course of business
(falta traducir este título)

[44) La ley podrá permitir al representante de la insolvencia vender, al margen del curso ordinario de los negocios, bienes de la masa que no estén gravados ni sujetos a otros gravámenes, siempre y cuando se cumplan los requisitos de las recomendaciones 41) y 43).]

Métodos generales de venta

- 45) El régimen de la insolvencia debería especificar métodos de venta al margen del curso ordinario de los negocios que maximicen el valor obtenido de los bienes que se vendan en procedimientos de insolvencia, y que permitan tanto subastas públicas como ventas privadas.

⁵⁵ Cuando los bienes utilizados en procedimientos de insolvencia sean bienes gravados, su utilización también estará sujeta a la recomendación 43).

Ventas urgentes

46) El régimen de la insolvencia debería permitir la venta urgente, al margen del curso ordinario de los negocios, de bienes que, por su naturaleza o por otras circunstancias, sean perecederos, sean susceptibles de devaluación o estén expuestos a otros riesgos. La ley puede disponer que, en tales circunstancias, no se requiera la aprobación previa del tribunal o de los acreedores.

Disposición de bienes en beneficio de personas allegadas

47) El régimen de la insolvencia debería exigir que toda propuesta de disposición de bienes en beneficio de personas allegadas fuera objeto de un minucioso examen antes de ser aprobada.

Bienes gravosos

48) El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia determinar la forma de proceder respecto de bienes que resulten gravosos para la masa. En particular, la ley puede permitir al representante renunciar a bienes gravosos, después de notificar a los acreedores al respecto y de darles la oportunidad de oponerse a la medida propuesta. No obstante, cuando el valor del crédito garantizado sea superior al del bien gravado, y cuando dicho bien no sea necesario para la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha, la ley podrá permitir que el representante de la insolvencia renuncie al bien y lo entregue al acreedor garantizado sin antes notificar a los demás acreedores.

D. Financiación posterior a la apertura del procedimiento

1. Necesidad de financiación posterior a la apertura del procedimiento

240. El hecho de que la empresa del deudor siga funcionando después de la apertura del procedimiento de insolvencia es fundamental para la reorganización, y también es importante en caso de liquidación cuando la empresa deba venderse como negocio en marcha. Para que la empresa pueda seguir funcionando, el deudor debe tener acceso a una financiación que le permita seguir sufragando el pago de bienes y servicios esenciales, incluidos los costos de personal, los seguros, los alquileres, el mantenimiento de contratos y otros gastos de explotación, así como los costos que entrañe la conservación del valor de los bienes. En algunos casos de insolvencia, el deudor puede disponer previamente de liquidez suficiente en efectivo o en bienes convertibles en efectivo (como los ingresos previstos por concepto de créditos) para cubrir los gastos corrientes de la empresa. Otra posibilidad consiste en sufragar esos gastos con la corriente de efectivo de que disponga el deudor al dictarse una paralización y al suspenderse los pagos de las deudas anteriores a la apertura del procedimiento. Cuando el deudor no disponga de fondos para atender sus necesidades inmediatas de efectivo, deberá solicitarlos a terceros. Esta financiación puede revestir la forma de créditos comerciales concedidos al deudor por vendedores de bienes y servicios, de préstamos o de otros tipos de financiación proporcionada por prestamistas.

241. Cuando el objeto del procedimiento sea garantizar la continuidad de la empresa, es muy conveniente determinar con prontitud la necesidad de obtener

nuevos fondos, en algunos casos incluso en el intervalo entre la presentación de la solicitud y la apertura del procedimiento. Después de ese período inicial, también será importante, sobre todo en procedimientos de reorganización, obtener nuevos fondos después de la apertura del procedimiento y antes de que se examine el plan; la obtención de fondos una vez aprobado el plan debería normalmente especificarse en el plan, especialmente en los ordenamientos que prohíben nuevos préstamos, a menos que el plan prevea su necesidad.

242. A pesar de la conveniencia de que, durante el procedimiento, el deudor pueda obtener nuevos fondos, en algunos regímenes se restringe la aportación de nuevos fondos en la insolvencia o no se regula expresamente la obtención de financiación suplementaria ni la prelación para su reembolso, lo cual crea incertidumbre. Algunas legislaciones, por ejemplo, sólo permiten que se presten más fondos a cambio de una garantía, ya que prohíben que se dé prelación a la nueva financiación. En los casos en que no existan bienes no gravados que el deudor pueda ofrecer como garantía o en que el valor de los créditos no supere al de los bienes gravados, no habrá posibilidades de que el deudor obtenga más fondos, a menos que un prestamista esté dispuesto a correr el riesgo de prestar dinero sin garantía o que el deudor lo pueda obtener de familiares o de consorcios de empresas. La aportación de fondos durante el período anterior a la apertura puede plantear también cuestiones delicadas como la de la aplicación de las facultades de anulación y la de la responsabilidad, tanto del prestamista como del deudor. Algunos regímenes de la insolvencia disponen, por ejemplo, que cuando un prestamista proporciona fondos a un deudor insolvente, puede resultar responsable de cualquier incremento de las deudas de otros acreedores, o que la suma adelantada estará sujeta a acciones de impugnación en un ulterior procedimiento de insolvencia. En otros países, el representante de la insolvencia debe solicitar los préstamos, con lo cual pueden plantearse problemas de responsabilidad personal a efectos del reembolso.

243. Cuando un régimen de la insolvencia promueva procedimientos que exijan el mantenimiento de las operaciones de la empresa insolvente, ya sean de reorganización o de liquidación para la venta como negocio en marcha, es esencial que se regule la cuestión de la nueva financiación y que se prevean limitaciones como las analizadas. Un régimen de la insolvencia puede reconocer la necesidad de solicitar financiación después de la apertura del procedimiento, facilitar la autorización correspondiente y determinar la prelación del derecho de quien conceda esa financiación a obtener reembolso. La cuestión fundamental es el alcance de esa facultad y, en particular, los incentivos que pueden ofrecerse a un posible acreedor para alentarlos a conceder un préstamo. En la medida en que la solución adoptada afecte a los derechos de los acreedores garantizados anteriores o a aquellos que tengan un derecho establecido anteriormente sobre ciertos bienes, es conveniente que, al regularse la financiación posterior a la apertura del procedimiento, se establezca un término medio entre la necesidad general de mantener los contratos comerciales rentables, la de proteger los derechos anteriores de los acreedores y su grado de prelación, y la de reducir al mínimo cualquier consecuencia que vaya en detrimento de los derechos garantizados anteriores y de su grado de prelación y que socave la posibilidad de obtener créditos, en particular financiación garantizada. También es importante prever las repercusiones para los acreedores no garantizados, que corren el riesgo de que, si se utilizan los bienes no gravados restantes para obtener nuevos fondos, queden con las manos vacías en el momento de la distribución, especialmente si fracasa la reorganización.

244. Además de las cuestiones relativas a la disponibilidad y a la garantía o prelación de nuevos créditos, el régimen de la insolvencia deberá examinar la autorización requerida para obtener esos nuevos fondos (esta cuestión se analiza más adelante) y, cuando una reorganización fracase y se convierta en procedimiento de liquidación, el tratamiento de los fondos que pueden haber sido adelantados antes de convertir la reorganización en liquidación (esta cuestión se analiza más adelante).

2. Fuentes de financiación posterior a la apertura del procedimiento

245. Lo más probable es que tras la apertura del procedimiento se disponga de muy pocas fuentes de financiación. Una de ellas puede ser la de los prestamistas o vendedores de mercancías anteriores a la insolvencia, que mantienen una relación continua con el deudor y su negocio y que pueden adelantar nuevos fondos o conceder créditos comerciales a fin de tener más probabilidades de cobrar los créditos que ya tenían y tal vez de obtener ingresos adicionales con las mayores tasas de interés que exijan por el nuevo préstamo. Una segunda clase de prestamista será aquel que, sin tener vinculación alguna con el negocio del deudor antes de la insolvencia, actúe motivado únicamente por la posibilidad de obtener más ganancias. El incentivo que tendrán las dos clases de prestamistas es la certeza de que se dará un trato especial a la financiación concedida tras la apertura del procedimiento. Para los prestamistas anteriores a la insolvencia existen otros incentivos: la relación continua con el deudor y su negocio, la garantía de que las condiciones del préstamo concedido antes de la apertura del procedimiento no se modificarán y, en algunos regímenes, la posibilidad de que, si no conceden crédito tras la apertura del procedimiento, la prelación se desplace a los prestamistas que proporcionen esa financiación.

3. Obtención de crédito con posterioridad a la apertura del procedimiento - garantías y prelación

246. Para obtener financiación después de la apertura del procedimiento y facilitar los reembolsos cabe adoptar diferentes criterios, como la aportación de una garantía sobre bienes no gravados o parcialmente gravados o, cuando esta opción no sea posible, la determinación de un grado de prelación.

a) Concesión de garantías

247. Cuando el prestamista exija una garantía real, se puede otorgar sobre bienes no gravados o como garantía real de prelación inferior sobre bienes ya gravados, siempre que el valor del bien gravado sea muy superior al monto del crédito garantizado preexistente. En este caso, no será necesaria ninguna salvaguarda especial para proteger al acreedor con garantías anteriores a la apertura del procedimiento, ya que sus derechos no se verán perjudicados, a menos que se produzca posteriormente un cambio de circunstancias (por ejemplo, si el valor de los bienes gravados empieza a deteriorarse), y ese acreedor conservará su grado de prelación sobre el bien que tenía antes de la apertura, salvo si se acuerda otra cosa.

b) Concesión de prelación

248. Si los incentivos analizados son insuficientes o no hay posibilidad de ofrecerlos, por ejemplo porque no haya bienes no gravados ni bienes ya gravados de

valor superior al crédito, los regímenes de la insolvencia prevén diversos modos de alentar la concesión de nueva financiación.

249. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que se dé un cierto nivel de prelación a los nuevos préstamos sobre otros acreedores, incluidos, en algunos casos, los acreedores garantizados existentes. Un nivel de prelación corresponde a los créditos derivados de la administración de la insolvencia (véase el capítulo V.B); estos créditos se podrán cobrar antes que los de los acreedores ordinarios no garantizados, pero no antes que los de un acreedor garantizado con respecto a su garantía. En algunos casos, el fundamento de esta prelación radica en que el nuevo préstamo se concede al representante de la insolvencia y no al deudor, convirtiéndose así en un gasto de la masa de la insolvencia. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que el tribunal o los acreedores aprueben los préstamos, mientras que otros regímenes prevén que el representante de la insolvencia pueda obtener la financiación necesaria sin aprobación, si bien esto puede implicar un componente de responsabilidad personal y, cuando sea así, es probable que esa responsabilidad sea un factor disuasorio a la hora de buscar nueva financiación.

250. Otros regímenes de la insolvencia prevén una prelación administrativa privilegiada, es decir, un grado de prelación superior al de otros acreedores de la administración de la insolvencia o al de todos los acreedores, incluidos los que tengan créditos garantizados (a veces denominados “gravámenes prioritarios”). En los países en que se permite esta última forma de prelación, los tribunales de la insolvencia reconocen el riesgo que dicha prelación supone para los acreedores garantizados existentes y sólo la autorizan con reticencia y como último recurso. La concesión de esa prelación puede estar sujeta a ciertas condiciones, como la de notificarla a los acreedores garantizados afectados y de dar a éstos la oportunidad de ser escuchados por el tribunal; la de que el deudor pruebe que no está en condiciones de obtener la financiación necesaria sin esa prelación; y la de que se proteja a dichos acreedores de cualquier merma del valor económico de los bienes gravados, concretamente exigiendo que el valor de esos bienes sea suficientemente superior al de los créditos, a fin de que los acreedores garantizados existentes no corran el riesgo irrazonable de verse perjudicados por la prelación dada a los créditos privilegiados. Algunos ordenamientos prevén todas estas opciones para atraer los fondos necesarios después de la apertura. Como regla general, es preciso proteger el valor económico de los derechos de los acreedores garantizados preexistentes, a fin de que no resulten perjudicados de forma irrazonable. De ser necesario (y como ya se analizó en lo relativo a la protección de la masa de la insolvencia; véase el capítulo II.B.8), esta protección puede asegurarse efectuando pagos periódicos o concediendo garantías reales sobre bienes suplementarios en sustitución de los bienes que haya utilizado el deudor o que se hayan gravado para obtener financiación suplementaria.

4. Autorización de la financiación posterior a la apertura

251. Al estudiar la aprobación de nueva financiación, puede ser conveniente sopesar los daños que puedan ocasionar los nuevos fondos y los posibles beneficios de su obtención. Varios regímenes de la insolvencia permiten al representante determinar si se precisa más dinero para mantener en marcha o sacar a flote la empresa o para preservar o incrementar el valor de la masa, y disponen que el representante de la insolvencia (o, en su caso, el deudor que siga en posesión de los bienes) podrá

obtener crédito no garantizado sin la aprobación del tribunal o de los acreedores, mientras que en otros regímenes se exige la aprobación del tribunal o de los acreedores en determinadas circunstancias. Dado que puede ser urgente obtener nueva financiación para mantener la empresa en marcha, es conveniente reducir al mínimo el número de autorizaciones requeridas, aunque es obvio que el régimen de la insolvencia puede adoptar un criterio jerárquico, según el tipo de garantía o de prelación de que se trate. Si bien en general el requisito de la intervención judicial puede contribuir a promover la transparencia y a dar mayor seguridad a los prestamistas, en muchos casos el representante de la insolvencia estará en mejores condiciones para evaluar la necesidad de nuevos fondos. En cualquier caso, el tribunal no dispondrá, para decidir, de más peritajes o datos que los que le aporte el representante de la insolvencia.

252. En general, la cuestión de la concesión de garantías sobre bienes no gravados o bienes que no estén totalmente gravados no debería requerir la aprobación del tribunal. Cuando el régimen de la insolvencia establezca el nivel de prelación que podrá generalmente otorgarse, por ejemplo, la prelación administrativa, tal vez no sea necesaria la aprobación judicial. En caso de que tal aprobación se estimara conveniente, cabría adoptar una solución intermedia, fijando un límite por encima del cual el tribunal debiera dar su aprobación. No obstante, cuando la garantía o la prelación que vaya a concederse afecte a los intereses, por ejemplo, de los acreedores garantizados existentes y esos acreedores desapruében lo que se proponga, deberá requerirse la aprobación del tribunal. En cambio, cuando los acreedores garantizados consientan que se modifique el trato dado a sus garantías reales, podrá no requerirse la aprobación judicial.

5. Efectos de la conversión de la reorganización en liquidación

253. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que toda garantía concedida para la obtención de nuevos fondos podrá anularse en una subsiguiente liquidación y podrá hacer incurrir en responsabilidad a quien haya demorado la apertura de una liquidación y perjudicado potencialmente a los acreedores. Este tipo de disposiciones restan incentivos a la eventual apertura de un procedimiento de reorganización. Un enfoque más conveniente consistiría en prever que los acreedores que obtengan prelación para los nuevos fondos conserven esa prelación en toda liquidación subsiguiente. En otros regímenes se reconoce la prelación de los derechos de esos acreedores en un ulterior procedimiento de liquidación, pero no se les da necesariamente el mismo grado de prioridad, pudiendo quedar, a la hora de cobrar, por detrás de los créditos administrativos derivados de los gastos de la liquidación o *pari passu*, es decir, en pie de igualdad con los gastos administrativos.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre la financiación otorgada con posterioridad a la apertura del procedimiento tienen por objeto:

- a) facilitar la obtención de crédito para mantener en marcha la empresa del deudor o garantizar su supervivencia, o para preservar o incrementar el valor de los bienes de la masa de la insolvencia;

- b) proteger adecuadamente a los proveedores de financiación después de la apertura;
- c) proteger adecuadamente a las partes cuyos derechos puedan verse afectados por la aportación de fondos después de la apertura del procedimiento.

Contenido de las disposiciones legales

49) El régimen de la insolvencia debería dar facilidades al representante de la insolvencia para obtener financiación tras la apertura del procedimiento si el representante de la insolvencia lo estima necesario para mantener en marcha la empresa del deudor o garantizar su supervivencia o para preservar o incrementar el valor de los bienes de la masa. La ley podrá requerir la autorización previa del tribunal o de los acreedores (o del comité de acreedores).

Garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento

50) El régimen de la insolvencia debería permitir que se constituya una garantía real para el reembolso de la financiación posterior a la apertura del procedimiento, incluso sobre bienes no gravados, como los bienes adquiridos posteriormente o una garantía nueva o con menor prioridad sobre bienes de la masa ya gravados.

51) La ley⁵⁶ debería especificar que una garantía real sobre los bienes del deudor para asegurar la financiación posterior a la apertura del procedimiento no tendrá prioridad respecto de otra garantía real ya existente sobre los mismos bienes, a menos que el representante de la insolvencia obtenga el consentimiento del acreedor o acreedores garantizados beneficiarios de la garantía o siga el procedimiento enunciado en la recomendación 52).

52) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando el acreedor garantizado ya existente no dé su consentimiento, el tribunal podrá autorizar la constitución de una garantía real que goce de prelación sobre la garantía preexistente, siempre que se satisfagan determinadas condiciones, a saber, que:

- a) se notifique al acreedor garantizado existente y se le dé la oportunidad de ser oído por el tribunal;
- b) el deudor pueda probar que no le es posible obtener la financiación de otra manera;
- c) se protejan los intereses del acreedor garantizado existente⁵⁷, incluso mediante un valor residual suficiente del bien gravado, de manera que el acreedor ya garantizado no corra un riesgo irrazonable de sufrir perjuicios.

Prelación de los créditos otorgados con posterioridad a la apertura

53) El régimen de la insolvencia debería establecer la prelación que pueda concederse para la financiación posterior a la apertura del procedimiento, de modo que por lo menos el proveedor de la financiación posterior a la apertura del

⁵⁶ Esta regla puede estar enunciada en legislación sobre otra materia. En tal caso, el régimen de la insolvencia debería señalar la existencia de tal disposición.

⁵⁷ Véase el capítulo II.B.8.

procedimiento pueda cobrar antes que los acreedores ordinarios no garantizados, incluidos los acreedores no garantizados con prioridad administrativa.

Efecto del cambio de procedimiento en los créditos posteriores a la apertura

54) Cuando el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación, el régimen de la insolvencia debería especificar que toda prelación concedida a los créditos posteriores a la apertura del procedimiento en la reorganización deberá seguir reconociéndose en la liquidación⁵⁸.

E. Régimen aplicable a los contratos

1. Introducción

254. A medida que una economía se desarrolla, es probable que aumente la parte de su riqueza regulada por contratos. A ello se debe la enorme importancia del régimen aplicable a los contratos en casos de insolvencia. Cabe citar dos grandes dificultades para la elaboración de los principios jurídicos que deben regir en la materia. La primera dimana de que los contratos, a diferencia de los demás bienes de la masa, suelen entrañar deudas u obligaciones del deudor que la masa deberá respetar, efectuando pagos o prestaciones, a fin de poder disfrutar de los correspondientes derechos contractuales que pueden reportar contraprestaciones valiosas. Ello significa que se habrán de adoptar decisiones difíciles acerca del trato que se ha de dar a un contrato para que reporte el mayor provecho posible a la masa de la insolvencia. La segunda dificultad radica en la gran diversidad de los contratos: contratos de compraventa pura y simple; arrendamientos a corto o a largo plazo de tierras o de bienes personales; y contratos sumamente complejos para franquicias o para la construcción o explotación de grandes obras o servicios de utilidad pública, entre otras cosas. Además, el deudor podrá ser parte en esos contratos como comprador o vendedor, como arrendador o arrendatario, como licenciante o licenciario, o como proveedor o destinatario, planteando así problemas a la masa que habrán de considerarse desde ángulos muy diversos.

255. El objetivo de maximizar el valor de la masa y de reducir su pasivo y, en una reorganización, lograr que el deudor salga a flote y pueda proseguir su negocio, a ser posible sin interrupciones, puede suponer que se haya de mantener todo contrato que sea provechoso para la empresa y que aporte valor a la masa (incluidos los contratos que permitan seguir utilizando bienes cruciales que sean propiedad de terceros), procurando deshacerse de los contratos que resulten onerosos, es decir, de aquellos cuyo costo de ejecución sea superior a los beneficios que reporten. 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 un 50% inferior al precio del mercado en el momento de la insolvencia, en tal caso, es evidente que al representante de la insolvencia le interesará poder seguir comprando al precio inferior para revender al precio del mercado. En un caso así, el vendedor deseará naturalmente liberarse de ese acuerdo que ahora es poco rentable, pero para ejecutar el contrato bastará con que la otra parte cumpla lo acordado antes de la insolvencia. En algunos ordenamientos no le será permitido eludir la ejecución del contrato, aun

⁵⁸ No se reconocerá necesariamente el mismo grado de prelación. Por ejemplo, es posible que los préstamos otorgados después de la apertura sean sólo reembolsables después del pago de los créditos administrativos derivados de los gastos de la liquidación.

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 sólo para el deudor.

256. La decisión sobre el tratamiento que debe darse a los contratos en el marco de una insolvencia plantea, de entrada, por un lado, la cuestión básica de la importancia de que se aplique el derecho general de los contratos en el marco de la insolvencia y, por otro, la importancia relativa de los factores que puedan justificar que el régimen de la insolvencia no se ajuste plenamente a esos principios contractuales establecidos. Habrá, sin duda, que compaginar intereses encontrados, a fin de armonizar los objetivos de orden público con los del régimen de la insolvencia y con la necesidad de previsibilidad en las relaciones comerciales. Entre esos intereses figuran la importancia relativa de la reorganización y de la participación de los acreedores garantizados en la insolvencia; determinados problemas sociales que plantean ciertas categorías de contratos como los contratos de trabajo (véase más adelante); las consecuencias de que se permita interrumpir la ejecución de contratos, la apertura de un procedimiento de insolvencia, para la previsibilidad de las relaciones comerciales y financieras, y para el costo y la oferta del crédito financiero ofrecido a las empresas (cuanto mayores sean los poderes para mantener o rechazar contratos en casos de insolvencia, mayor será el costo del crédito financiero y menor su oferta); así como el modo en que el poder de decisión sobre la ejecución de contratos fomenta la reutilización de bienes.

257. Cuando el régimen de la insolvencia permite que la ejecución de contratos se vea afectada en circunstancias que puedan ser contrarias a principios generales del derecho de los contratos, deben tomarse también en consideración el alcance de esos poderes y los tipos de contratos que pueden verse afectados. Es casi inevitable que, al abrirse un procedimiento de insolvencia, el deudor sea parte en uno o más contratos en los que el deudor y la otra parte tengan obligaciones pendientes que no sean el pago de una suma de dinero por mercancías ya entregadas. No se necesita ningún régimen especial para el supuesto de que sólo una parte no haya cumplido plenamente sus obligaciones. Si es el deudor quien no ha cumplido totalmente sus obligaciones, la otra parte podrá reclamar su cumplimiento o una indemnización en el marco del procedimiento de insolvencia (véase el capítulo V.A). Si la otra parte es la que no ha cumplido totalmente sus obligaciones, el representante de la insolvencia podrá reclamar a dicha parte su cumplimiento o una indemnización. Sin embargo, cuando ambas partes no hayan cumplido plenamente sus obligaciones, es rasgo común de muchos regímenes de la insolvencia que, en determinadas circunstancias, esos contratos puedan estar sujetos a la paralización, con lo cual la otra parte no podrá ejercer su derecho a ponerles fin, y que puedan mantenerse o rechazarse (o incluso cederse, aunque esta última opción no suele estar permitida). Normalmente, será el representante de la insolvencia el que deberá decidir el trato que debe darse a los contratos. No obstante, existen diferencias entre los países sobre si debe requerirse también la aprobación del tribunal.

258. En la reorganización, al ser el objetivo del procedimiento que el deudor salga adelante y prosiga su negocio en la medida de lo posible, puede ser crucial para el éxito del procedimiento mantener en vigor los contratos que sean rentables o esenciales para la empresa del deudor y que aporten valor a la masa. Entre esos contratos pueden figurar los relativos al suministro de bienes o servicios esenciales o los que permitan utilizar bienes cruciales para mantener la empresa en marcha,

incluidos los bienes que sean propiedad de terceros. Cabe mejorar las perspectivas de éxito si se autoriza al representante de la insolvencia a rechazar los contratos gravosos, por ejemplo, los que supongan para la masa una carga superior al beneficio reportado o, en el supuesto de un arriendo que no haya expirado, cuando su precio sea superior al que entonces rija en el mercado. Es probable que en una liquidación sea menos importante que en una reorganización respetar la vigencia de los contratos después de la apertura del procedimiento, salvo si el contrato puede agregar valor a la empresa del deudor o a un determinado bien o si puede facilitar la venta de la empresa como negocio en marcha. Por ejemplo, un alquiler negociado a un precio inferior al del mercado y por un plazo cuyo término esté aún distante puede constituir un activo importante en toda propuesta de venta del negocio o puede venderse en beneficio de los acreedores.

259. 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. Puede convenir, por ejemplo, limitar la facultad para rechazar los contratos de trabajo, a fin de tener en cuenta el temor de algunos a que la liquidación pueda utilizarse como ardid para eliminar las salvaguardias que prevén esos contratos para los empleados. Cabe citar también como categorías de contratos que requieren un régimen especial los contratos financieros (véase el capítulo II.H), algunos contratos de servicios personales, en los que la identidad de la persona que ha de cumplir el acuerdo, ya sea el propio deudor o un empleado suyo, revista particular importancia, así como los contratos de préstamos y los contratos de seguros.

2. Cláusulas de extinción automática de los contratos

260. Muchos contratos contienen cláusulas en las que se estipulan que darán a la otra parte un derecho incondicional, por ejemplo, a extinguir el contrato o a acelerar su ejecución (a veces denominados cláusulas *ipso facto*). Entre esos casos de incumplimiento suelen figurar la presentación de una solicitud de apertura, o la apertura en sí, de un procedimiento de insolvencia; el nombramiento de un representante de la insolvencia; el hecho de que el deudor cumpla los criterios para abrir un procedimiento; e incluso los meros indicios de que el deudor se encuentra en una situación financiera precaria. En algunas leyes se reconoce la validez de estas cláusulas de extinción o aceleración. En los casos en que sea conveniente seguir ejecutando el contrato después de la apertura del procedimiento, sólo será posible hacerlo si la otra parte no opta por ejercer sus derechos en virtud del contrato, o si se consigue convencerla de que no opte por tal posibilidad, o también si el régimen de la insolvencia prevé algún mecanismo para lograr que la otra parte acceda a mantener el contrato. Tal mecanismo puede consistir en dar prelación al pago por todo servicio contractual prestado tras la apertura del procedimiento (algunos regímenes de la insolvencia prevén disposiciones generales en virtud de las cuales los gastos posteriores a la apertura suelen tener derecho a ser pagados en primer lugar).

261. A favor de que se respeten este tipo de cláusulas de extinción cabe aducir los siguientes factores: la conveniencia de respetar todo trato comercial que se haya concertado; la necesidad de evitar que el deudor cumpla únicamente los contratos que le sean rentables y cancele los demás (ventaja de la que estará privada la otra

parte); el efecto de no respetar las cláusulas de extinción automática sobre todo acuerdo de compensación global por saldos netos entre contratos financieros; la lógica de que, puesto que la empresa insolvente no estará generalmente en condiciones de efectuar pagos, toda demora en la extinción de los contratos sólo contribuirá a incrementar su endeudamiento; la necesidad para todo creador de ideas reconocidas como propiedad intelectual de poder controlar su explotación comercial; y las repercusiones que pueda tener, para el negocio de la otra parte, la extinción de un contrato relativo a un bien inmaterial.

262. Según otro criterio, el régimen de la insolvencia podrá negar eficacia a toda cláusula que permita extinguir un contrato o acelerar su ejecución cuando se dé un caso de incumplimiento, como los mencionados más arriba, y podrá mantenerse el contrato aunque se oponga a la otra parte. En el primer caso, el derecho de la otra parte a rescindir el contrato estará sujeto a la paralización, con lo cual el representante de la insolvencia dispondrá de tiempo para examinar el contrato y adoptar una decisión al respecto. Si bien cabe considerar que la posibilidad de que el régimen de la insolvencia deje sin efecto las cláusulas de extinción va en contra de los principios generales del derecho de los contratos, esta posibilidad puede ser crucial para el éxito del procedimiento. En una reorganización, si se trata, por ejemplo, de un contrato de arriendo de algún factor esencial o de utilización de bienes de propiedad intelectual incorporados a algún producto clave de la empresa, el mantenimiento del contrato puede reforzar la rentabilidad potencial del negocio; restar medios de presión comercial a algún proveedor esencial; asegurar el valor de los contratos del deudor en provecho de todos sus acreedores; y contribuir a que todos los acreedores accedan a que se abra un procedimiento de reorganización.

263. En casos de liquidación, los argumentos que cabe aducir a favor de que se pueda privar de efecto a las cláusulas de resolución son los siguientes: la necesidad de mantener intacto el negocio para incrementar su rentabilidad potencial y maximizar su valor de venta; la obtención para la masa del valor de todo contrato rentable en beneficio de todos los acreedores, en vez de que quede en manos de la otra parte; y la conveniencia de interesar a todas las partes en la suerte final del negocio.

264. Aun cuando en algunos regímenes de la insolvencia ya se permita dejar sin efecto las cláusulas de extinción si se abre un procedimiento de insolvencia, esa tendencia no se ha generalizado todavía en los regímenes de la insolvencia. Subsiste un dilema fundamental entre el deseo de favorecer la supervivencia de la empresa deudora, lo que puede requerir mantener ciertos contratos, y el peligro de restar previsibilidad a los tratos comerciales y de elevar su costo, al prever diversas excepciones a las reglas generales del derecho de los contratos. Si bien es obvio que en esta cuestión deberán sopesarse cuidadosamente las ventajas e inconvenientes, habrá sin duda casos en los que esa facultad del representante de la insolvencia para confirmar los contratos será crucial para la reorganización, y también, aunque quizá en menor medida, en una liquidación en que deba venderse la empresa como negocio en marcha. Por estas razones, es conveniente que el régimen de la insolvencia permita dejar sin efecto las cláusulas de extinción. Todo impacto negativo de la facultad de dejar sin efecto a las cláusulas de extinción puede contrarrestarse indemnizando a los acreedores que puedan demostrar que han sufrido algún daño o pérdida a resultas del mantenimiento del contrato tras la apertura del procedimiento de insolvencia, o previendo excepciones a la regla

general de dejar sin efecto las cláusulas de resolución automática cuando sean las de determinados tipos de contratos, como los contratos de préstamo de dinero y, en particular, los contratos financieros (véase el capítulo II.H).

265. Cuando el régimen de la insolvencia prevea que puedan dejarse sin efecto las cláusulas de extinción, es posible que los acreedores adopten medidas preventivas para evitarlo, rescindiendo el contrato por algún otro motivo antes de presentarse la solicitud de apertura del procedimiento (invocando un incumplimiento del deudor que no dependa de esa apertura). Cabría atenuar ese riesgo disponiendo que el representante de la insolvencia estará facultado para restablecer los contratos rescindidos, siempre que dé cumplimiento a las obligaciones previas y posteriores a la apertura de procedimiento.

3. Mantenimiento o rechazo de contratos

a) Procedimiento para el mantenimiento o rechazo de contratos

266. Los regímenes de la insolvencia siguen distintos criterios respecto del mantenimiento y del rechazo de contratos. Conforme a algunos regímenes, los contratos no se verán afectados por la apertura del procedimiento, por lo que toda obligación contractual seguirá siendo vinculante y rigiéndose por el derecho general de los contratos, salvo que el régimen de la insolvencia disponga expresamente que deba aplicarse alguna otra norma, como la que prevé la facultad de dejar sin efecto las cláusulas de extinción automática (véanse los párrafos anteriores) o de rechazar un contrato.

267. Algunos regímenes prevén un mismo procedimiento para mantener o rechazar un contrato, consistente en exigir que el representante de la insolvencia adopte una decisión positiva al respecto, como la de notificar a la otra parte que el contrato se mantendrá (y en algunos casos se incorporará a la masa de la insolvencia) o que será rechazado. En los regímenes que adopten este enfoque, el derecho de la otra parte a resolver el contrato debería estar sujeto a la paralización, a fin de dar tiempo al representante de la insolvencia para decidir la medida que deberá adoptarse respecto del contrato (véase el capítulo II.B). El inconveniente de obligar al representante a adoptar medidas positivas sobre todos los contratos radica en que, en la práctica hay muchos casos en que no se puede adoptar una decisión respecto de un contrato al ser imposible su ejecución. Además, el requisito de que se adopte una decisión explícita para cada contrato resultaría excesivamente costoso y engorroso. Otro problema que plantea este enfoque es el de si el representante de la insolvencia está o no bien informado de todos los contratos en que es parte el deudor y de si, por lo tanto, está o no en condiciones de adoptar una decisión sobre cada contrato. Por consiguiente, es importante el modo en que la ley regula los contratos de los que no tenga conocimiento el representante, en particular en lo relativo a las reglas supletorias.

i) Especificación de plazos

268. Algunos regímenes que requieren la adopción de medidas positivas exigen también que esas medidas se adopten en un plazo determinado (previendo eventualmente una prórroga en determinadas circunstancias), que generalmente es más largo en una organización que en una liquidación. Esos plazos oscilan entre 28 y 60 días. En otras leyes corresponde al tribunal fijar el plazo. Con este criterio se trata de que ambas partes sepan a qué atenerse. El representante de la insolvencia

debe adoptar una decisión oportuna respecto de todo contrato pendiente a la apertura del procedimiento, dando a la otra parte cierta seguridad en el sentido de que el contrato seguirá cumpliéndose en un plazo razonable tras la apertura del procedimiento.

ii) *Reglas supletorias*

269. Varios regímenes prevén una regla supletoria en virtud de la cual si el representante de la insolvencia no actúa en el plazo requerido, el contrato se considerará, por ejemplo, rechazado o inejecutable. Cuando se prevea una regla supletoria, convendrá hacer una distinción entre la liquidación y la reorganización, y también entre los contratos de los que el representante tenga conocimiento y aquellos de los que no tenga constancia. En la liquidación, dado que si el representante no adopta ninguna decisión sobre un contrato, ello equivale con toda probabilidad a un rechazo, podría rechazarse automáticamente todo contrato, a menos que se adoptaran medidas para preservarlo. Ese resultado sería acorde con el objetivo de la liquidación cuando se requiriera la venta de los bienes por partes.

270. En caso de reorganización o de venta de la empresa como negocio en marcha, tal vez no sería siempre apropiado hacer la misma suposición, y habría que prever una mayor flexibilidad para evitar situaciones en que, al no haberse actuado a tiempo, la masa de la insolvencia quedara privada de un contrato que pudiera resultar crucial para el procedimiento. Por consiguiente, tal vez convenga que el representante de la insolvencia tenga tiempo para decidir si se ha de rechazar un contrato hasta que se apruebe el plan de reorganización, siempre y cuando todo beneficio reportado a la masa por el contrato hasta el momento del rechazo se abone como gasto administrativo a la otra parte, que deberá poder exigir una decisión anterior si lo desea o lo juzga necesario. Conviene que se determine claramente en el plan el trato que se ha de dar a determinados contratos, disponiéndose tal vez que todo contrato no expresamente mencionado en el plan quedará automáticamente rechazado al ser aprobado dicho plan.

iii) *Derecho de la otra parte a exigir una decisión*

271. Algunos regímenes confieren a la otra parte un derecho incondicional a solicitar al representante de la insolvencia que adopte una decisión sobre un determinado contrato en un plazo especificado. Esta regla puede ser incluso aplicable cuando el régimen de la insolvencia fije un plazo para que el representante adopte una decisión, de modo que la otra parte podrá solicitar una decisión sin tener que esperar hasta que expire el plazo legal. Este derecho puede ser particularmente importante cuando el contrato prevea algún servicio continuo y la inacción del representante pueda dar lugar a una acumulación de gastos innecesarios (por ejemplo, el pago del alquiler de bienes arrendados por el deudor puede generar una cantidad sustancial 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 sin demora que se mantenga en vigor un contrato). Cuando el representante de la insolvencia no adopte una decisión en el plazo especificado, el régimen de la insolvencia puede permitir a la otra parte solicitar al tribunal que exija que se adopte una decisión o puede aplicar una regla supletoria en virtud de la cual el contrato se mantenga o quede rechazado.

iv) *Continuación o mantenimiento del contrato en su conjunto*

272. Cualquiera que sea el régimen elegido en lo referente al mantenimiento y rechazo de los contratos, es conveniente que, a este respecto, el representante de la insolvencia sólo pueda ejercer sus derechos sobre la totalidad del contrato, a fin de evitar que el representante de la insolvencia pueda decidir aceptar ciertas partes del contrato y rechazar otras.

v) *Contratos de los que tiene conocimiento el representante de la insolvencia*

273. También es conveniente que toda facultad del representante de la insolvencia respecto de la suerte de los contratos quede circunscrita a los contratos de los que tengan conocimiento el representante o el tribunal (si el régimen de la insolvencia atribuye al tribunal competencias al respecto). De no preverse esta limitación, el representante que no adoptara una decisión sobre un contrato por desconocer su existencia, podría verse expuesto a demandas por daños y perjuicios e incluso incurrir en responsabilidad personal. Cuando el representante de la insolvencia no tenga conocimiento de un determinado contrato, tampoco sería conveniente que la ley aplicara una regla supletoria que obligara a mantener o a rechazar un contrato antes de que el representante de la insolvencia tuviera la oportunidad de evaluarlo. Otra solución de este problema (si el deudor se atuviera a ella) consistiría en que la ley requiriera al deudor que presentara al representante de la insolvencia la lista de los contratos que no se hubieran cumplido en su totalidad (véase el capítulo III.A.4 b)).

b) Fecha o momento en que surte efecto la notificación de mantenimiento o de rechazo de un contrato

274. Cuando la ley permita al representante de la insolvencia rechazar un contrato, es conveniente fijar el momento en que surtirá efecto el rechazo, que puede ser el momento en que el representante adopte tal decisión o, retroactivamente, un momento anterior a la decisión. Una modalidad consiste en que el rechazo tenga efectos retroactivos y sea eficaz en el momento de la solicitud de procedimiento, con la consecuencia de que el contrato no dará lugar a responsabilidad después de la apertura, salvo respecto de los bienes suministrados o de los servicios prestados, en beneficio de la masa, tras la apertura del procedimiento.

275. Cuando la ley obligue al representante de la insolvencia a decidir el mantenimiento o el rechazo de un contrato, es conveniente que prevea también la obligación del representante de notificar su decisión a la otra o a las otras partes. En la notificación, el representante debería informar a la otra parte de sus derechos, incluido el de impugnar la decisión adoptada sobre su contrato y el de presentar una demanda (basada en un incumplimiento anterior a la apertura o en la decisión respecto de su contrato), incluidos todos los trámites pertinentes.

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

276. Cuando, al solicitarse la apertura de un procedimiento el deudor aún no haya cumplido un contrato, cabe cuestionar la equidad de obligar a la otra parte en ese contrato a seguir comerciando con un deudor insolvente en tales circunstancias. Algunos regímenes de la insolvencia exigen, como requisito para seguir ejecutando tal contrato durante el resto del período previsto en sus cláusulas, que el

representante de la insolvencia subsane todo incumplimiento del contrato por parte del deudor (restableciendo la situación económica que tenía la otra parte antes del incumplimiento) y garantice su futuro cumplimiento depositando, por ejemplo, una caución o garantía. Otros regímenes de la insolvencia no exigen subsanar incumplimientos anteriores, pero pueden restringir las circunstancias en que pueda seguir ejecutándose un contrato, como por ejemplo, en el caso de contratos que puedan dividirse en varias partes separables, como los contratos de prestación de servicios esenciales, que se facturan mensualmente. Los regímenes de la insolvencia permiten a menudo expresamente que se mantengan los contratos de servicios esenciales, como los de teléfono, electricidad, gas, agua y recogida de basura. El hecho de facilitar al deudor el acceso a esos servicios, sin exigirle que subsane su incumplimiento de un contrato, está ciertamente justificado, sobre todo en caso de solicitud de apertura presentada por un acreedor y también porque así el deudor podrá cumplir sus obligaciones posteriores a la apertura, manteniendo la continuidad del servicio. Cabe exigir al representante que garantice el cumplimiento futuro y que, en ciertos casos, acceda a responder personalmente de todo incumplimiento futuro.

d) Efectos del mantenimiento o del rechazo de un contrato para la otra parte

i) Mantenimiento del contrato

277. Cuando siga ejecutándose un contrato tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, en espera de que se decida el trato que se dará al contrato, es conveniente exigir el pago, con cargo a la masa de la insolvencia, de los gastos de ejecución del contrato después de la apertura, en particular si posteriormente se rechaza el contrato. Este requisito se justifica por la suposición plausible de que la ejecución de un contrato tras la apertura o el hecho de poder seguir utilizando un bien propiedad de terceros redundarán en beneficio de la masa; de no ser así, el representante de la insolvencia habría rechazado el contrato.

278. Aunque no sea frecuente en los regímenes de la insolvencia, puede ser conveniente regular las obligaciones de la otra parte durante el período que medie entre la apertura del procedimiento y la decisión sobre la suerte del contrato (en los casos en que se requiera tal decisión) y , en particular, determinar si la otra parte debe empezar a ejecutar o seguir ejecutando el contrato. Con este enfoque se cumplirían los objetivos de ofrecer seguridad y previsibilidad a todas las partes interesadas.

279. En los regímenes que requieren una medida positiva del representante de la insolvencia, los contratos que éste decida seguir ejecutando después de la apertura del procedimiento son considerados como obligaciones continuas que tiene el deudor después de la apertura del procedimiento, que deben ser cumplidas tanto por la masa como por la otra parte. Los créditos nacidos del cumplimiento de esos contratos son tratados por ciertos regímenes de la insolvencia como gastos de administración de la masa (véase el capítulo V.A) (no como créditos no garantizados) y gozan de prelación frente a los créditos ordinarios. Dado que esa prelación supone un riesgo para los demás acreedores (que cobrarán después), es conveniente que, si se adopta este enfoque, sólo se mantengan los contratos que sean rentables o que sean esenciales para mantener en marcha el negocio del deudor tras la apertura del procedimiento de insolvencia. En los ordenamientos jurídicos en que se apliquen las reglas generales del derecho de los contratos y en que el representante de la

insolvencia no tenga que adoptar una decisión sobre el mantenimiento de los contratos, el régimen de la insolvencia puede disponer que esos créditos no gozarán de prelación y que se tratarán como los demás créditos no garantizados.

280. Dado que el mantenimiento de un contrato con una parte sujeta a procedimientos de insolvencia puede entrañar un riesgo para la otra parte, que de otro modo no habría existido, puede ser conveniente que el régimen de la insolvencia prevea ciertas salvaguardias para la otra parte. Deberán sopesarse diversos factores, como la importancia del contrato para el procedimiento; los gastos que las salvaguardias necesarias puedan ocasionar en el procedimiento; la posibilidad de que el deudor o la masa estén o no en condiciones de cumplir realmente y con continuidad las obligaciones estipuladas en el contrato; y las repercusiones que pueda tener para la contratación comercial el hecho de que forzar a la otra parte a asumir el riesgo de impago. Si el contrato estipula, por ejemplo, que el vendedor otorgará crédito al deudor durante cierto tiempo antes de exigirle el pago, o que el pago deberá efectuarse en el momento de la entrega, el vendedor puede tener que realizar gastos sustanciales o sufrir perjuicios si, cuando llegue el momento del pago o de la entrega, el representante de la insolvencia ya no esté en condiciones de pagar. Algunas legislaciones tratan de evitar que se produzca tal situación exigiendo que el representante de la insolvencia garantice a la otra parte el pago o el cumplimiento del contrato mediante, por ejemplo, una garantía bancaria o una carta de crédito. En otros regímenes, el representante puede ser personalmente responsable del cumplimiento, pero esa responsabilidad puede ser un factor disuasorio que induzca a rechazar los contratos que entrañen un riesgo de incumplimiento, lo que a su vez puede ser un obstáculo para la reorganización. La responsabilidad personal puede resultar particularmente onerosa en contratos como los de trabajo. Otros regímenes obligan a la otra parte a asumir el riesgo de impago por estimarse que ese riesgo es habitual e inherente a todo trato comercial. Si se concede prelación administrativa a los créditos y pagos relativos a la continuación del cumplimiento de un contrato después de la apertura, puede darse cierto amparo a la otra parte (aunque tal vez no sea considerable si sólo se dispone de un número limitado de bienes para pagar esos gastos).

ii) *Rechazo de un contrato*

281. Si un contrato es rechazado, se suele dispensar a la otra parte del cumplimiento del resto del contrato, y lo más importante será determinar de qué vías de recurso dispondrá esa otra parte. Muchos regímenes prevén que la otra parte sólo tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios, aunque en otras leyes no relacionadas con la insolvencia se prevean otras vías de recurso. Una de las razones aducidas para justificar este enfoque es que la imposición de otras soluciones, como la entrega de mercancías fabricadas pero no entregadas antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, equivaldría a la obligación de pagar a la otra parte la totalidad del crédito, con lo cual se discriminaría a los demás acreedores no garantizados, que no gozarían del mismo derecho, y se violaría el principio de la igualdad de tratamiento. No obstante, algunas legislaciones sí permiten este tipo de solución respecto de la entrega de bienes, mientras que en otras se permite el cumplimiento de contratos de compraventa de tierras.

282. Cuando se indemnicen daños y perjuicios, los daños no asegurados que se deriven del rechazo del contrato pueden calcularse conforme al derecho general

aplicable y la otra parte pasará a ser un acreedor sin garantía con un crédito equivalente a la suma determinada. Además de los daños y perjuicios ocasionados por el rechazo del contrato, la otra parte puede presentar una reclamación relativa al cumplimiento del contrato antes de ser rechazado (que podrá figurar como crédito por gastos administrativos de la insolvencia)⁵⁹.

e) Modificación de los contratos mantenidos

283. Otra cuestión que cabría regular, en relación con los contratos mantenidos, es la de los supuestos en que el representante de la insolvencia debe poder modificar los términos y cláusulas de dichos contratos. Tal como se ha señalado, deberá respetarse todo lo que estipule el contrato y, como principio general, el representante de la insolvencia no gozará de mayores facultades para modificar el contrato que las que tendría el propio deudor en virtud del contrato. El representante de la insolvencia estará generalmente obligado a negociar con la otra parte cualquier modificación que desee, y toda modificación que efectúe sin el consentimiento de esa otra parte constituirá una violación del contrato, por la que la otra parte podrá reclamar daños y perjuicios.

4. Arrendamientos de terrenos y de locales

284. Algunos regímenes de la insolvencia contienen disposiciones específicas sobre los arrendamientos de terrenos y locales que no hayan vencido, distinguiendo entre los arrendamientos de viviendas y los de edificios comerciales. Los arrendamientos comerciales, en particular, son a menudo importantes en los procedimientos de reorganización. Por ejemplo, los arrendamientos a precios inferiores a los del mercado constituyen un activo que, al venderse, pueden reportar un beneficio a la masa. La posibilidad de deshacerse de un arrendamiento de un emplazamiento que sólo ocasione pérdidas de dinero puede ser una ventaja cuando al deudor le convenga reducir las dimensiones de su empresa para que el procedimiento de reorganización pueda prosperar.

285. Conforme a algunos regímenes, un arrendamiento en el que el deudor sea el arrendatario puede rechazarse sin tener en cuenta la fecha de su vencimiento, siempre que se respeten los períodos de preaviso previstos en la legislación o en el contrato de arrendamiento. El rechazo del contrato daría al arrendador un derecho de indemnización por rescisión anticipada. Si el deudor es un arrendatario y se desea mantener el contrato, tal vez proceda imponer ciertas condiciones a la masa de la insolvencia, tales como que el representante de la insolvencia subsane cualquier incumplimiento, indemnice todo daño resultante de dicho incumplimiento y garantice el futuro cumplimiento del contrato de arrendamiento. Tal vez convenga también fijar un límite para la indemnización reclamada por el arrendador (que puede expresarse en forma de suma monetaria máxima o de plazo estricto para el pago de esa indemnización), a fin de que el monto de la indemnización abonable por concepto de un arriendo a largo plazo no sea desproporcionado y reduzca excesivamente el saldo que vaya a quedar para pagar los créditos de los demás acreedores. Normalmente, los arrendadores pueden mitigar sus pérdidas realquilando sus locales o terrenos.

⁵⁹ Véase el capítulo V.C, relativo al orden de prelación de los créditos.

5. Cesión

286. El hecho de que el representante de la insolvencia pueda optar por ceder un contrato a un tercero, pese a toda cláusula contractual de intransferibilidad o de rescisión automática del contrato en caso de insolvencia, puede resultar provechoso para la masa de la insolvencia y, por tanto, para los acreedores entre los que se reparta el producto de su liquidación, y también en un procedimiento de reorganización. Puede haber contratos, en los que, al ser el precio cobrado inferior al del mercado, la otra parte se beneficiaría del rechazo del contrato. Si ese contrato puede ser cedido a un tercero, esa diferencia entre el precio del mercado y el del contrato beneficiará más a la masa de la insolvencia que a la otra parte en el contrato.

287. Ahora bien, la cesión de un contrato en contra de lo estipulado en sus cláusulas puede socavar los derechos contractuales de la otra y perjudicarla, especialmente cuando dicha parte no pueda apenas intervenir en la selección del cesionario. Además, la cesión puede tener también el inconveniente de imponer a la otra parte un cesionario que no conozca o con el que no desee tener tratos. Se siguen diversos criterios respecto de la cesión. Algunos regímenes de la insolvencia invalidan expresamente toda cláusula de intransferibilidad del contrato al abrirse un procedimiento de insolvencia. En cambio, en otros, la cuestión se regula por el derecho general de los contratos; si el contrato contiene una cláusula de intransferibilidad, éste no podrá cederse a menos que la otra parte o todas las partes en el contrato originario den su consentimiento. Algunos de estos regímenes establecen también que, en caso de que la otra parte no dé su consentimiento, el tribunal podrá aprobar la cesión si se cumplen determinadas condiciones, por ejemplo, que la otra parte deniegue su consentimiento sin motivo razonable, que esa parte no resulte sustancialmente desfavorecida por la cesión, o que el representante de la insolvencia pueda demostrar a la otra parte que el cesionario reúne las condiciones para cumplir adecuadamente el contrato. De cumplirse todas esas condiciones, el representante de la insolvencia podrá ceder libremente en provecho de la masa de la insolvencia⁶⁰.

288. Cuando el régimen de la insolvencia permita la cesión de contratos, sería muy importante requerir al deudor que, antes de ceder un contrato, subsanara todo incumplimiento del mismo. Con ello se evitarían problemas en la sustitución del deudor por el cesionario como parte contratante.

289. Aun cuando el representante de la insolvencia esté facultado para ceder contratos, algunos contratos no podrán cederse si requieren la prestación de servicios personales irremplazables o si la ley prohíbe su cesión. En algunos países, por ejemplo, no se permite ceder ningún contrato adjudicado por una entidad pública.

6. Excepciones a la facultad para mantener, rechazar y ceder contratos

290. Las excepciones a la potestad del representante de la insolvencia para decidir la suerte de los contratos suelen dividirse en dos categorías. En la primera pueden entrar las excepciones específicas que conviene que haga el representante de la

⁶⁰ Este enfoque corresponde, por ejemplo, al criterio seguido en el artículo 9 de la Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2001).

insolvencia, cuando esté facultado para dejar sin efecto toda cláusula contractual de extinción automática, respecto de ciertos contratos como los contratos financieros de corta duración (por ejemplo, los contratos de permuta y de entrega futura; véase el capítulo II.H). En esta categoría pueden entrar también los contratos de seguros y los contratos para la obtención de préstamos. Tal vez convenga limitar también el poder de rechazar contratos en el caso de los contratos de trabajo y de los acuerdos en los que el deudor sea arrendador, titular de una franquicia o beneficiario de una licencia de propiedad intelectual y la extinción del contrato pueda arruinar o perjudicar gravemente el negocio de la otra parte, especialmente cuando la extinción del contrato no suponga grandes ventajas para el deudor. También cabe prever limitaciones para los contratos con entidades públicas, como los acuerdos de concesión de licencias y los contratos de adjudicación pública.

a) Contratos de trabajo

291. Como ya se ha señalado en el párrafo anterior, una limitación importante de los poderes del representante examinados en esta sección es la que exceptúa los contratos de trabajo. Pese a ser particularmente importantes para la reorganización de una empresa, esos contratos son también importantes en el caso de una liquidación en la que el representante de la insolvencia trate de vender la empresa del deudor como negocio en marcha. El precio de la venta será superior si el representante de la insolvencia puede poner fin a ciertos contratos de trabajo onerosos o si logra hacer la necesaria reducción de la plantilla del deudor. Ahora bien, la relación entre empleados y empleadores plantea algunos de los problemas más difíciles de resolver en un régimen de la insolvencia. El problema no radica sólo en el contrato en sí, que es básicamente igual a todo otro contrato pendiente, sino también en las disposiciones, normalmente de carácter imperativo, de otras leyes que amparan la situación de los empleados. Puede haber, por ejemplo, disposiciones que regulen los despidos injustos, los salarios mínimos, las vacaciones pagadas, el límite de las horas de trabajo, las licencias de maternidad, la igualdad de trato y la no discriminación. Lo difícil es determinar el modo en que esas disposiciones repercutirán en la insolvencia, pues suscitan cuestiones mucho más amplias que la extinción del contrato o el orden de prelación de los créditos monetarios respecto de los salarios y prestaciones no abonados (véase el capítulo V.A y C). Por ello, algunos países han promulgado regímenes especiales para proteger los créditos de los empleados en casos de insolvencia. Además, estos regímenes, para evitar que los procedimientos de insolvencia se utilicen para soslayar la obligación de proteger a los empleados, limitan expresamente la facultad del representante de la insolvencia para rechazar contratos de trabajo. Siguiendo este criterio, podría limitarse esa facultad a los supuestos en que, por ejemplo, la remuneración de un empleado fuera excesiva habida cuenta de lo que percibiría, en promedio, un empleado que realizara un trabajo de la misma índole. En algunos países, la ley prevé que los empleados deberán seguir en la empresa cuando ésta se venda como negocio en marcha, ya sea en caso de liquidación o de reorganización, aunque en otros países esta regla sólo es aplicable en los casos de reorganización.

b) Contratos sobre servicios irremplazables y personales

292. Otra categoría de contratos es la de los contratos que, independientemente de las disposiciones sobre extinción automática que prevea el régimen de la insolvencia, no pueden mantenerse porque estipulan la obligación de que el deudor

o uno de sus empleados presten servicios personales irremplazables (el contrato tal vez requiera, por ejemplo, algún derecho exclusivo de propiedad intelectual, servicios que impliquen un acuerdo de asociación, la prestación de servicios por personal altamente especializado o por una determinada persona especialmente cualificada).

293. En aras de la transparencia del régimen, es conveniente que éste señale claramente cuáles son los límites de los poderes conferidos al representante de la insolvencia respecto de los tipos de contratos examinados en esta sección.

7. Contratos posteriores a la apertura del procedimiento

294. Otra categoría de contratos que afectan a la insolvencia, además de los contratos que no se han cumplido en su totalidad, es la de los contratos celebrados tras la apertura del procedimiento. En el curso de una reorganización, y cuando en una liquidación deba venderse la empresa como negocio en marcha, puede ser necesario celebrar contratos (en el curso ordinario de los negocios o de algún otro modo) a fin de que la empresa pueda seguir funcionando y reportando beneficios en provecho de los acreedores. Estos contratos suelen considerarse obligaciones de que la masa posteriores a la apertura del procedimiento y los costos y demás gastos que haya ocasionado su cumplimiento se reembolsan íntegramente a título de gasto de administración de la insolvencia (véase el capítulo V.C).

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

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

- a) establecer el régimen legal aplicable a los contratos en virtud de los cuales ni el deudor ni la otra parte hayan cumplido plenamente sus obligaciones respectivas, así como la relación entre la ley y el derecho general aplicable, con el objetivo de maximizar el valor de la masa y de reducir su pasivo;
- b) determinar el alcance de las facultades otorgadas respecto de esos contratos, y determinar quién podrá ejercerlas y en qué supuestos podrá hacerlo;
- c) determinar las categorías de contratos respecto de las cuales no podrán ejercerse esas facultades;
- d) especificar los tipos de salvaguardias de que podrá beneficiarse la otra parte en caso de mantenimiento de un contrato.

Contenido de las disposiciones legales

55) El régimen de la insolvencia debería especificar el régimen que será aplicable a los contratos en virtud de los cuales ni el deudor ni la otra parte hayan cumplido plenamente sus obligaciones respectivas.

Cláusulas de extinción automática

56) El régimen de la insolvencia debería especificar que, al abrirse un procedimiento de insolvencia, no será invocable, frente al representante de la insolvencia o al deudor, ninguna cláusula contractual por la que se estipule la extinción automática de un contrato cuando:

- a) se haya presentado una solicitud de apertura o se haya abierto un procedimiento de insolvencia;
- b) se haya nombrado un representante de la insolvencia⁶¹.

57) El régimen de la insolvencia debería indicar claramente los contratos a los que no podrá aplicarse la recomendación 56, como los contratos financieros, o los que estén sujetos a reglas especiales.

Mantenimiento o rechazo de un contrato

58) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá decidir que continúe cumpliéndose un contrato del que tenga conocimiento cuando ello resulte beneficioso para la masa de la insolvencia⁶². El régimen de la insolvencia debería especificar que el derecho a mantener un contrato es aplicable a la totalidad del contrato y que, al mantenerse dicho contrato, resultarán ejecutables todas sus cláusulas.

59) La ley puede permitir que el representante de la insolvencia decida rechazar un contrato⁶³. El régimen de la insolvencia debería especificar que la decisión de rechazo será aplicable al contrato en su totalidad.

Plazo para la adopción de la decisión de mantener o de rechazar un contrato y para su notificación

60) El régimen de la insolvencia debería señalar el plazo antes de cuyo vencimiento el representante de la insolvencia deberá decidir si mantiene o rechaza el contrato; este plazo podrá ser prorrogado por el tribunal.

61) El régimen de la insolvencia debería especificar el momento en que surtirá efecto la decisión de rechazar el contrato.

62) Para todo supuesto en el que se mantenga o se rechace un contrato, el régimen de la insolvencia debería especificar que deberá notificarse a la otra parte el mantenimiento o rechazo de su contrato, informándola también de su derecho a

⁶¹ Esta recomendación sólo sería aplicable a los contratos en que puedan dejarse sin efecto tales cláusulas (véase el comentario sobre las excepciones en el capítulo II.E.6) y no pretende ser excluyente, sino establecer un criterio mínimo. Por consiguiente, el tribunal debe poder examinar toda otra cláusula contractual que prevea la extinción de un contrato cuando se den circunstancias análogas a las enunciadas en la recomendación.

⁶² Siempre que la paralización automática a raíz de la apertura de un procedimiento sea invocable para evitar la extinción (en virtud de una cláusula de extinción automática) de contratos celebrados con el deudor, todos los contratos deberán conservar su validez para que el representante de la insolvencia pueda estudiar la posibilidad de mantenerlos, a menos que la fecha de extinción estipulada en el contrato sea posterior a la apertura del procedimiento.

⁶³ En vez de la facultad de repudiar un contrato, algunos ordenamientos prevén que se interrumpa simplemente el cumplimiento del contrato, salvo que el representante de la insolvencia decida lo contrario.

presentar una reclamación (y, en particular, del momento en que deberá hacerlo), y que deberá dársele la oportunidad de impugnar la decisión [ante el tribunal].

Derecho de la otra parte a solicitar una decisión

63) No obstante lo dispuesto en la recomendación 60), el régimen de la insolvencia debería permitir que la otra parte en el contrato solicitara (en un determinado plazo) al representante de la insolvencia que decidiera con prontitud y, en caso de no obrar éste así, solicitara al tribunal una orden por la que se obligara al representante a decidir si mantiene o rechaza el contrato.

Consecuencias de que no se adopte una decisión

64) El régimen de la insolvencia debería especificar las consecuencias de que el representante de la insolvencia no adoptara, en el plazo especificado, decisión alguna respecto de un contrato del que tuviera conocimiento. La omisión de este deber por el representante durante dicho plazo no debería dar lugar a que se mantuviera un contrato del que el representante no tuviera conocimiento⁶⁴.

Mantenimiento de un contrato incumplido por el deudor

65) a) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando el deudor haya incumplido un contrato, el representante de la insolvencia podrá mantener el cumplimiento de dicho contrato, siempre y cuando se subsane el incumplimiento, se restablezca la situación económica que tenía la parte perjudicada antes del incumplimiento y la masa de la insolvencia tenga la capacidad suficiente para cumplir el contrato mantenido;

b) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando el deudor haya incumplido un contrato para el suministro de servicios esenciales⁶⁵, debería asegurarse que siguieran suministrándose dichos servicios a la empresa del deudor, sin exigir a éste que subsanara el incumplimiento, siempre y cuando la masa de la insolvencia pudiera hacer frente a las obligaciones del contrato mantenido.

Reclamaciones resultantes de contratos mantenidos o rechazados

66) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando se haya decidido mantener un contrato y seguir cumpliéndolo, los daños y perjuicios derivados de un ulterior cumplimiento serán pagaderos en concepto de gastos de administración de la masa.

67) Tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, y durante el período previo a la extinción de un contrato rechazado, el régimen de la insolvencia debería especificar que:

⁶⁴ Véase el capítulo III.A 4 b), referente al deber del deudor de proporcionar información, incluida la lista de los contratos aún no cumplidos en su totalidad.

⁶⁵ Entre los servicios esenciales pueden figurar los de teléfono, gas, agua, electricidad y recogida de basura; véase el capítulo II.E.3c).

a) si la otra parte ha cumplido dicho contrato en provecho de la masa, los beneficios conferidos a la masa, conforme a lo estipulado en el contrato, serán pagaderos como gastos de administración⁶⁶;

b) si el representante de la insolvencia utiliza bienes que sean propiedad de terceros y que estén en posesión del deudor en virtud de un contrato, debería protegerse al tercero de toda pérdida de valor de sus bienes, y los beneficios que reporte a la masa la utilización de dichos bienes deberían tratarse de acuerdo con lo dispuesto en el apartado a).

68) El régimen de la insolvencia debería especificar que los daños y perjuicios derivados del rechazo de un contrato anterior a la apertura serán evaluados de conformidad con el derecho general aplicable y que deberían tratarse como créditos de acreedores ordinarios no garantizados. La ley podría limitar las reclamaciones derivadas del rechazo de un contrato de larga duración.

Cesión de contratos

69) La ley podrá especificar que el representante de la insolvencia podrá optar por ceder un contrato, pese a las restricciones estipuladas en él, siempre y cuando la cesión sea provechosa para la masa.

70) Si la otra parte en un contrato se opone a su cesión, la ley podrá facultar, no obstante, al tribunal para aprobar la cesión, siempre y cuando:

- a) el representante de la insolvencia mantenga el contrato;
- b) el cesionario pueda cumplir las obligaciones contractuales cedidas; y
- c) la otra parte en el contrato no quede en clara situación de desventaja a consecuencia de la cesión.

71) La ley podrá especificar que, cuando se ceda un contrato, el cesionario pasará a sustituir al deudor como parte contratante, y que esa sustitución surtirá efecto en la propia fecha de la cesión.

Contratos posteriores a la apertura del procedimiento

72) El régimen de la insolvencia debería especificar que los contratos celebrados tras la apertura del procedimiento de insolvencia serán considerados como deudas contraídas por la masa de la insolvencia después de dicha apertura. Los créditos nacidos de esos contratos deberían ser satisfechos como gastos de administración.

F. Procedimientos de anulación

1. Introducción

295. Puede transcurrir mucho tiempo entre el momento en que el deudor se percata de que no podrá evitar un procedimiento de insolvencia (ya sea de liquidación o de reorganización) y la apertura del procedimiento en sí. Mientras tanto, el deudor puede tener abundantes oportunidades para tratar de ocultar bienes a los acreedores, suscribir compromisos ficticios, hacer donaciones o regalos a parientes o amigos, o

⁶⁶ Véase el capítulo V.C.

pagar a ciertos acreedores y a otros no. Asimismo, los acreedores pueden tener oportunidad de 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 hayan participado en dichas actividades y que no gocen del amparo de una garantía.

296. 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 mediante transferencias, pagos, constitución de garantías reales u otras garantías, préstamos o desgravaciones, y diversas combinaciones de tales actos.

297. Muchos regímenes de la insolvencia contienen disposiciones de aplicación retroactiva a partir de una determinada fecha (que puede ser la de las solicitudes de apertura de procedimientos de insolvencia o la de la apertura) y que se aplican durante un período especificado (a veces denominado “período de sospecha”). Estas disposiciones están destinadas a invalidar toda operación anterior en la que haya intervenido el deudor insolvente o que tenga ciertos efectos para los bienes del deudor, concretamente que reduzcan el valor neto del patrimonio del deudor (por ejemplo, cuando éste done bienes o los transfiera o venda a un precio inferior a su justo valor comercial) o que violen el principio de la igualdad con que debe tratarse a todos los acreedores de una misma categoría (por ejemplo, pagando una deuda a un determinado acreedor no garantizado o constituyendo una garantía a favor de un acreedor que no disponga de ninguna, mientras que otros acreedores ordinarios siguen sin cobrar y sin garantías). En muchas legislaciones no referentes a la insolvencia se regulan también estos tipos de operaciones porque perjudican a los acreedores al margen de la solvencia. En algunos supuestos, el representante de la insolvencia podrá invocar esas otras leyes, además de la legislación relativa a la insolvencia.

298. Según un principio generalmente aceptado en los regímenes de la insolvencia, las acciones colectivas son más eficaces para maximizar el valor de los bienes a disposición de los acreedores que los sistemas que permiten que los acreedores presenten demandas individuales, y toda acción colectiva requiere que se trate de todos los acreedores en pie de igualdad. Las disposiciones que regulan los poderes de anulación tienen la finalidad de apoyar esos objetivos colectivos, asegurando que los bienes de un deudor insolvente se distribuyan equitativamente entre los acreedores con arreglo al orden de prelación establecido y preservando la integridad del patrimonio de la insolvencia. Las disposiciones de anulación pueden tener también un efecto disuasorio, previniendo las acciones individuales de los acreedores durante el período previo a la insolvencia, al saber éstos que, cuando se abra el procedimiento, las decisiones a su favor que hayan obtenido podrán revocarse y que sus efectos podrán anularse. Así, las operaciones pueden declararse anulables en un procedimiento de insolvencia con los siguientes objetivos: para prevenir el fraude (por ejemplo, las operaciones destinadas a ocultar bienes en ulterior provecho del deudor o en provecho de los directivos, propietarios o miembros de la junta o consejo de administración de la empresa deudora); para asegurar la ejecutabilidad general de los derechos de los acreedores; para garantizar el trato equitativo de todos los acreedores, evitando favoritismos cuando el deudor desee favorecer a ciertos acreedores en detrimento de los demás; para evitar la pérdida súbita del valor comercial de la empresa antes de que se imponga la

supervisión del procedimiento de la insolvencia; y, en algunos países, para crear un marco que propicie un arreglo extrajudicial (en esos países, los acreedores sabrán que toda operación o embargo de última hora será anulable, por lo que será más probable que deseen colaborar con el deudor para llegar a un arreglo viable sin necesidad de intervención judicial).

299. Pese a los motivos en que se basan las disposiciones de anulación, es importante tener en cuenta que muchas de las operaciones que pueden ser objeto de anulación serían perfectamente normales y aceptables al margen de la insolvencia, y que sólo resultan sospechosas cuando se realizan poco antes de la apertura de un 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.

300. El régimen aplicable a la anulación es objeto de un intenso debate, principalmente en lo que respecta a su eficacia práctica y al carácter en cierto modo arbitrario 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 beneficio de todos 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. Conviene señalar, además, que, en el contexto de las insolvencias transfronterizas, los países cuyos regímenes de la insolvencia no prevean la anulabilidad de ciertos tipos de operaciones pueden experimentar dificultades en el reconocimiento de procedimientos y en la cooperación con tribunales o con síndicos de la insolvencia de países en que esas operaciones no sean anulables.

301. Al igual que en otras disposiciones básicas del régimen de la insolvencia, al regularse los poderes de anulación, debe tratarse de compaginar diversos intereses sociales encontrados, procurando, por una parte, que esos poderes sean eficaces para maximizar el valor de la masa de la insolvencia en beneficio de todos los acreedores, y evitando, por otra, que esos poderes minen la previsibilidad y la certeza contractual de las operaciones. Asimismo, debería encontrarse un punto medio entre los criterios de anulabilidad, que son fáciles de demostrar y que pueden dar lugar a la anulación de diversas operaciones, y los criterios más estrictos, que son más difíciles de demostrar y que reducirán el número de operaciones anuladas. A fin de reducir al mínimo los efectos negativos de las disposiciones de anulación para la previsibilidad y la certeza contractual, es conveniente que, en la medida de lo posible, las operaciones anulables (independientemente de que se definan de modo amplio o estricto) y el ejercicio de los poderes de anulación estén sujetos a criterios claros que permitan determinar los posibles riesgos empresariales o comerciales.

302. Para decidir si se abre o no un procedimiento de anulación, deberán sopesarse diversas consideraciones. En general, esas consideraciones guardarán relación con el costo y los probables beneficios; en el caso de acciones encaminadas a restituir bienes a la masa de la insolvencia, se tendrá en cuenta también si la anulación de la operación beneficiará a la masa o la perjudicará (por ejemplo, si la apertura de un procedimiento de anulación puede hacer fracasar las propuestas de reorganización, especialmente cuando el procedimiento se inicie a instancia de acreedores sin el

consentimiento del representante de la insolvencia); si supondrá gastos para la masa; si es probable que se obtenga valor para la masa; si puede haber demoras en la recuperación de los bienes; y las dificultades que pueda entrañar la demostración de los elementos necesarios para anular una determinada operación.

2. Criterios de anulación

303. 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.

a) Criterios objetivos

304. Uno de los enfoques consiste en adoptar criterios objetivos y de carácter general para determinar las operaciones que serán anulables. Se tiene en cuenta, por ejemplo, si una operación ha tenido lugar durante período de sospecha, o si en la operación concurren algunas de las condiciones generales enunciadas por la ley (por ejemplo, si ha habido una contraprestación apropiada en valor por los bienes transferidos o por la obligación contraída, independientemente de si el plazo de la deuda o de la obligación haya vencido o no, o si existía una relación especial entre las partes en la operación). Si bien esos criterios generales pueden ser más fáciles de aplicar que los criterios basados en pruebas, por ejemplo, de intención, pueden tener también resultados arbitrarios si no se aplican en combinación con otros criterios. Así pues, por ejemplo, podría ocurrir que una operación lícita y útil realizada durante el período de sospecha fuera anulada, mientras que otra operación que fuera fraudulenta o preferente, pero que se hubiera efectuado fuera de ese plazo, no perdiera su validez.

b) Criterios subjetivos

305. Otro enfoque sería el de seguir criterios más casuísticos y subjetivos por los que se trate de determinar si existen indicios de una voluntad de ocultar bienes a los acreedores, si el deudor era insolvente en el momento de la operación o si pasó a serlo a raíz de la operación, si la operación fue inequitativa y perjudicó a ciertos acreedores, y si la otra parte sabía que el deudor era insolvente en el momento de la operación o que pasaría a serlo a raíz de la misma. Este enfoque individualizado obliga a examinar en detalle la intención de las partes en cada operación y factores como la situación financiera del deudor en el momento de la operación, las consecuencias de la operación para los bienes del deudor, así como lo que cabe entender por una operación realizada en el curso ordinario de los negocios entre el deudor y determinados acreedores.

c) Combinación de criterios

306. 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. En algunos países que se han basado en gran medida en criterios subjetivos se han producido numerosos litigios, a raíz de los cuales se han impuesto cuantiosos gastos a los patrimonios de la insolvencia. A fin de evitar esos gastos, en algunas leyes recientes se ha adoptado un criterio estrictamente objetivo, fijándose

un breve período de sospecha de tres a cuatro meses que, en algunos casos, se ha combinado con una regla arbitraria en virtud de la cual todas las operaciones que se realicen durante ese período serán sospechosas, a menos que se demuestre que ha habido un intercambio de prestaciones, más o menos simultáneo y de valor equivalente, entre las partes en una operación. Además, el breve período de sospecha puede utilizarse para crear la presunción de que ha habido el propósito o el conocimiento necesario, especialmente de la insolvencia, por parte del deudor, de la persona que haya recibido la transferencia o de ambos. Algunas legislaciones adoptan un criterio dual en el que se combina el breve período en que todas las operaciones son anulables con un período más largo en el que deben demostrarse ciertos elementos suplementarios. Así, por ejemplo, la ley puede especificar que todas las operaciones de una determinada índole que se realicen, por ejemplo, a seis meses de la apertura quedarán anuladas, y el representante de la insolvencia sólo deberá demostrar que los fines de la operación corresponden a los enunciados en la legislación y que la operación se realizó durante el período fijado por la ley; además, la otra parte no podrá oponer excepciones. En cambio, en el caso de las operaciones efectuadas, por ejemplo, en el plazo de un año, el representante de la insolvencia deberá demostrar que la operación no se realizó en el curso ordinario de los negocios y que era, por ejemplo, de carácter preferente. Para obtener un fallo en su favor, la otra parte deberá demostrar que puede oponer una excepción pertinente.

307. En algunos regímenes de la insolvencia también se combinan esos distintos enfoques para regular diferentes tipos de operaciones. Por ejemplo, las operaciones preferentes y sin contravalor suficiente pueden definirse en función de criterios objetivos, mientras que las operaciones encaminadas a frustrar los objetivos de los acreedores y a crearles obstáculos se definen en función de elementos más subjetivos, como la intencionalidad, tanto del deudor como de la otra parte. En un régimen de la insolvencia que adopta una combinación de esos elementos se prevé, por ejemplo, que las operaciones como las donaciones, las garantías para deudas existentes y los pagos extraordinarios (es decir, los que no se hayan efectuado con los medios habituales de pago o que se hayan realizado antes de la fecha de vencimiento) podrán anularse si se han efectuado en el plazo de tres meses antes de la apertura del procedimiento. También pueden anularse las operaciones realizadas cuando el deudor sea ya insolvente; las operaciones que sean inequitativas o indebidas frente a un grupo de acreedores y toda operación en que la parte contraria sepa que el deudor es insolvente en el momento de concertarla.

d) Curso ordinario de los negocios

308. Merece especial atención el concepto de “curso ordinario de los negocios”, empleado en muchos regímenes de la insolvencia para definir los criterios de anulabilidad, como el de los pagos extraordinarios, ya señalado en el párrafo anterior. Este concepto es de mayor trascendencia para los regímenes de la insolvencia, ya que también puede utilizarse, por ejemplo, para hacer una distinción entre el ejercicio de los poderes de uso y disposición de bienes durante el procedimiento de insolvencia “en el curso ordinario de los negocios” y su uso o disposición en otras circunstancias. De esta distinción puede depender, por ejemplo, la persona o entidad que podrá ejercer tales poderes y las salvaguardias requeridas.

309. Los Estados definen el “curso ordinario de los negocios” poniendo de relieve, en mayor o menor grado, distintos elementos. No obstante, en la mayoría de los

ordenamientos la finalidad de la definición es permitir que las empresas puedan haber hecho o sigan haciendo pagos rutinarios en su actividad cotidiana sin que esas operaciones puedan estar sujetas a una posible anulación. Entre esos pagos autorizados pueden figurar los de los alquileres, los de servicios esenciales como la electricidad y el teléfono, e incluso los suministros comerciales.

310. Algunas leyes adoptan la pauta de la conducta anterior de las partes, especialmente en lo relativo al método, la cantidad y la periodicidad de los suministros o de los pagos. En esos regímenes se considera que toda operación que se aparte de anteriores contratos o costumbres o de lo que pueda interpretarse como práctica habitual entre las partes (por ejemplo, un pago efectuado por medios anómalos) se excluirá del concepto de “curso ordinario de los negocios”. Otra pauta consiste en tener en cuenta la intención de las partes y en determinar si el acreedor conocía, o debería haber conocido, la situación financiera del deudor, o si éste había pretendido dar preferencia a un acreedor en detrimento de otros.

311. Otro enfoque consiste en aplicar a los términos de la operación y a las circunstancias en que se concertó criterios basados en las prácticas industriales habituales, o incluso en las prácticas comerciales generales. Otros regímenes consideran que un pago es extraordinario si su importe es superior a un determinado porcentaje del valor de los bienes del deudor.

312. Es importante que, al definirse el concepto de “curso ordinario de los negocios”, se prevea cierta flexibilidad, para no obstaculizar indebidamente la evolución de las prácticas comerciales, aunque sin perder de vista la imprescindible certeza que deben tener las disposiciones del régimen de la insolvencia.

e) Excepciones

313. Si un régimen de la insolvencia prevé la posibilidad de que cada una de las otras partes pueda oponer excepciones a las disposiciones de anulabilidad, existe el riesgo de que esas excepciones resten eficacia a dichas disposiciones y desvirtúen su principal finalidad. Las excepciones con elementos controvertibles, como la de que la operación se llevó a cabo en el curso ordinario de los negocios o de que la otra parte actuó de buena fe, pueden crear incertidumbre para todas las partes y pueden requerir una resolución judicial. Este riesgo de incertidumbre aumentará si los tribunales interpretan esas excepciones en sentido lato a favor de la parte contraria y, a consecuencia de ello, el representante de la insolvencia, consciente de que las disposiciones de anulación ya no son eficaces en la insolvencia, no podrá o no deseará recurrir a ellas, ya sea por los gastos que generan las acciones de esta índole o porque los procedimientos son ineficientes e imprevisibles. Ante esas posibles dificultades, es evidente que los regímenes de la insolvencia deberían adoptar criterios de anulabilidad claros y previsibles y prever excepciones que permitan a todas las partes evaluar los posibles riesgos y evitar controversias. Por ejemplo, cabría adoptar criterios objetivos que, en vez de determinar la intención de las partes, se basaran en los efectos o resultados de las operaciones. Cuando se previeran elementos como el “curso ordinario de los negocios”, deberían estar claramente definidos y circunscritos en el régimen de la insolvencia.

3. Tipos de operaciones sujetas a anulación

314. 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 esos pagos; las operaciones sin contravalor suficiente; y las operaciones con ciertos acreedores que pueden considerarse preferentes. Algunas operaciones pueden corresponder a más de una de estas categorías, en función de las circunstancias concretas de cada operación. Por ejemplo, las operaciones que parezcan de carácter preferente pueden entrar más bien en la categoría de las operaciones fraudulentas encaminadas a impedir, obstaculizar o demorar el cobro por parte de los acreedores cuando el propósito de la operación sea poner los bienes fuera del alcance de un acreedor potencial o real o perjudicar de algún otro modo los intereses de ese acreedor y la operación se produzca en un momento en que el deudor no esté en condiciones de pagar las deudas que vayan venciendo, o cuando se deje al deudor sin suficientes bienes para mantener en funcionamiento su negocio. De igual modo, una operación sin contravalor adecuado puede ser también de carácter preferente, pero sólo si se concierta con un acreedor (no lo será si se concierta con un tercero), y toda operación con la que se pretenda impedir, obstaculizar o retrasar el pago de los créditos entrará en la primera categoría de operaciones. En tales casos, el representante de la insolvencia podrá elegir el tipo de operaciones anulables al que corresponde una determinada operación, aprovechando la diversidad de requisitos exigidos para cada tipo de operación en lo relativo a las pruebas y a los períodos de sospecha.

315. A fin de dar a las disposiciones la máxima claridad y certeza y de evitar duplicaciones innecesarias, es conveniente que, al determinar las categorías de operaciones anulables, en el régimen de la insolvencia se especifiquen las características particulares de las operaciones (incluidos sus efectos) que sean indispensables para entrar en una determinada categoría de operaciones anulables, en vez de clasificarlas en categorías más amplias como las denominadas “fraudulentas” o “preferentes”.

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

316. En estos tipos de operaciones, el deudor transfiere bienes a un tercero con la intención de ponerlos fuera del alcance de los acreedores, y para que entren en esta categoría se requiere en general que el tercero conozca o debiera haber conocido la intención del deudor al efectuar la transferencia. Este tipo de transferencia suele perjudicar a los acreedores no garantizados. Por lo general, estas operaciones no pueden anularse automáticamente basándose en el criterio objetivo del plazo establecido durante el cual se produzca la operación, dado que es necesario probar la intención del deudor. Esa intención raras veces puede demostrarse con pruebas directas; normalmente se demuestra determinando la existencia de circunstancias comunes en esos tipos de operaciones. 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, cuando ésta se haya realizado con una persona allegada directamente o a través de un tercero;

- ii) el hecho de que por la operación no se haya percibido ningún contravalor o de que se haya percibido un contravalor insuficiente;
- iii) la situación financiera del deudor antes y después de efectuarse la operación, particularmente cuando el deudor ya es insolvente en el momento de la operación o cuando pasa a serlo a raíz de la misma;
- iv) la existencia de una pauta o de una serie de operaciones en que se habían transferido algunos de los bienes del deudor o prácticamente todos ellos después de que el deudor empezara a experimentar dificultades financieras o de que los acreedores lo amenazaran con tomar medidas;
- v) la cronología general de los acontecimientos y de las operaciones investigadas cuando, por ejemplo, la transferencia se haya realizado poco después de haberse contraído una deuda sustancial;
- vi) el deudor oculta la operación, especialmente cuando ésta no se haya efectuado en el curso ordinario de los negocios, o cuando las partes sean ficticias; o
- vii) el deudor se da a la fuga.

317. 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 (este supuesto se analiza más adelante). En otros regímenes, puede bastar, para anular la operación, que el deudor pueda haber sabido y, por tanto, deba haber sabido que la operación causaría, e incluso tenía la intención de causar un perjuicio a los acreedores y que el beneficiario pueda haberse percatado y, por tanto, deba haberse percatado de que la acción del deudor 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 ha tenido conocimiento ni ha sido consciente de la intención de defraudar a los acreedores.

b) Operaciones sin contravalor adecuado

i) Criterios

318. Un deudor que necesite liquidez puede vender bienes a un precio notablemente inferior a su valor real a fin de agilizar la venta, sin que ello suponga la intención de impedir o demorar el pago a los acreedores. No obstante, a consecuencia de esa venta pueden disminuir notablemente los bienes disponibles para los acreedores en la insolvencia. Por esta razón, muchos regímenes de la insolvencia adoptan como criterio el intercambio de valor realizado en las operaciones y declaran generalmente anulables las operaciones entre el deudor y un tercero en que el valor percibido por el deudor sea nominal o nulo, como en el caso de una donación, o sea muy inferior a su verdadero valor o al precio de mercado del bien enajenado o de la obligación contraída, siempre y cuando la operación se produzca durante el período de sospecha. Otros regímenes de la insolvencia exigen además que se determine que la operación ha tenido un efecto catastrófico para el deudor, por ejemplo, dejándolo con muy escaso capital, que el deudor era insolvente en el momento de la operación

o que haya pasado a serlo a raíz de la operación. Entre estas operaciones infravaloradas figuran las realizadas con los acreedores o con terceros.

319. Una importante cuestión que hay que regular respecto de estos tipos de operaciones es lo que constituye un “infravalor” suficiente a efectos de anulación y el modo en que puede determinarse. En muchos países, corresponde a los tribunales determinar ese valor mediante criterios como el valor razonable o el valor de mercado en el momento de la operación sobre la base de pruebas periciales adecuadas. Cuando las sumas pertinentes en una operación sean inciertas, el representante de la insolvencia puede ayudar al tribunal proporcionándole un cálculo estimado de esas sumas, que la otra parte en la operación podrá impugnar presentando otras pruebas. También podría facultarse al tribunal para determinar el modo en que debería hacerse la valoración, sin obligar al tribunal a encargarse él mismo de efectuarla. Dadas las dificultades para demostrar que la contraprestación de una operación es una suma infravalorada, en algunos ordenamientos puede resultar más fácil anular una operación por su efecto preferente si fue concertada en un momento en que la empresa no estaba en condiciones de pagar sus deudas vencidas. Además, en algunas legislaciones se presume que, cuando la contraprestación es insuficiente o nula, la operación entra en la categoría de las destinadas a impedir, obstaculizar o demorar el cobro de los créditos por los acreedores.

ii) Excepciones

320. 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, si el activo del deudor superaba su pasivo en el momento de la operación (es decir, si era insolvente).

c) Operaciones preferentes

i) Criterios

321. Toda operación preferente puede estar sujeta a anulación si: i) la operación se ha realizado durante el período de sospecha; ii) si la operación consiste en una transferencia en beneficio de un acreedor en concepto de una deuda preexistente; y iii) si a raíz de la operación el acreedor percibe, de los bienes del deudor, un porcentaje de su crédito superior al que perciben, de sus respectivos créditos, otros acreedores de la misma clase o categoría (en otras palabras, si se le ha dado preferencia). Muchos regímenes de la insolvencia requieren también que, cuando se realice la operación, el deudor sea insolvente o esté al borde de la insolvencia, y otros exigen además que el deudor haya tenido la intención de dar una preferencia. El motivo para la inclusión de estas categorías de operaciones entre las anulables por el régimen de la insolvencia es que, si una operación de esta índole se concierta muy poco antes de abrirse el procedimiento, es probable que exista ya una situación de insolvencia. en tal caso, al pagar a un acreedor de una categoría más de lo que tendrían derecho a cobrar los demás acreedores de esa misma categoría, el deudor habría violado el objetivo clave del trato equitativo de los acreedores que se hallan en situaciones similares.

322. Como ejemplos de operaciones preferentes cabe citar el pago de compensaciones de deudas aún no vencidas; la realización de actos que el deudor no tenga obligación alguna de realizar; la constitución de garantías sobre las deudas existentes no garantizadas; los métodos inhabituales de pago, en forma no monetaria, de las deudas vencidas; el pago de una deuda considerable, habida cuenta del valor de los bienes del deudor; y, en algunas circunstancias, el pago de deudas a causa de intensas presiones del acreedor, como la amenaza de presentar demandas judiciales o de embargo, si esas presiones no obedecen a motivos realistas. 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 si 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. Una compensación podrá ser también anulable si se efectúa en circunstancias irregulares, por ejemplo, en ausencia de todo contrato previo entre las partes en dicha compensación.

ii) Excepciones

323. 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 bienes que se suministran y pagan con regularidad puede no ser preferente, aun cuando se haya efectuado poco tiempo antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia. Este criterio anima a los proveedores de bienes y servicios a seguir haciendo negocios con un deudor que, aun teniendo dificultades financieras, puede seguir siendo viable. Otras excepciones oponibles en virtud de los regímenes de la insolvencia (según los criterios de anulabilidad que prevean) 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); que el beneficiario aportó nuevo valor sin recibir garantía por ello; que el beneficiario puede demostrar que no era consciente de que se estaba otorgando una preferencia; que el beneficiario ignoraba o no podía haber sabido que, en el momento de la operación, el deudor era insolvente; o que el valor de los bienes del deudor era superior al de sus obligaciones en el momento de la operación.

d) Garantías reales

324. Si bien las garantías reales que sean eficaces y ejecutables con arreglo a la legislación que permite la concesión de garantías reales a 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 puede impugnar y anular cualquier otra operación. La finalidad de este criterio es impedir que un deudor que no pueda pagar sus deudas grave sus bienes, a menos que la garantía real constituida cubra los nuevos fondos adelantados. De otro modo, los bienes gravados no estarán a la disposición de los acreedores en general y se impondrán restricciones a la utilización de esos bienes por parte del deudor. Una operación de concesión de garantías podría anularse si se considera que está encaminada a impedir, demorar u obstaculizar el pago a los acreedores o si se considera que es una operación preferente o infravalorada. En muchos casos será

una operación preferente por intervenir en ella un acreedor existente. Por ejemplo, la constitución de un bien en garantía poco antes de la apertura de un 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 también considerarse inválida por favorecer 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 una garantía insuficiente durante el período de sospecha. Cuando la garantía real se otorgue a un nuevo acreedor, la operación podrá no ser preferente en el sentido dado a esta categoría de operaciones, pero podrá entrar en otra categoría. Existen ejemplos de leyes con disposiciones que regulan específicamente la anulación de tales operaciones, especialmente en el contexto de las garantías reales que favorecen a los directivos de una empresa (que podrían estar reguladas también por disposiciones relativas a las operaciones con personas allegadas), a las que se aplican distintos criterios respecto de la aportación de valor y del período de sospecha.

325. Las disposiciones sobre anulabilidad pueden ser también aplicables a las garantías reales no perfeccionadas con arreglo al régimen pertinente de las operaciones garantizadas y, en algunas legislaciones, a toda garantía real perfeccionada poco tiempo antes de la apertura de un procedimiento, así como también a las transferencias realizadas en beneficio de un acreedor garantizado con el producto de un bien gravado, cuando la operación de constitución de la garantía real sea dudosa.

e) Operaciones con personas allegadas

326. 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 (a veces denominadas personas vinculadas a la empresa o iniciadas), los regímenes de la insolvencia suelen prever reglas más estrictas, en particular en lo relativo a la duración de los períodos de sospecha y al tratamiento de cualquier reclamación de una persona allegada (véase el capítulo V.A), así como presunciones o la inversión de la carga de la prueba (véase más adelante) para facilitar los procedimientos de anulación y dispensar del requisito de que el deudor fuera insolvente en el momento de la operación o de que hubiera pasado a serlo a raíz de esa operación. Un régimen más estricto puede justificarse por el hecho probable de que las partes allegadas resultarán las más favorecidas y porque suelen ser las primeras en tener conocimiento de si el deudor atraviesa efectivamente dificultades financieras.

327. 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. Las personas que tengan vínculos empresariales de algún tipo con el deudor pueden definirse con criterios estrictos, limitándolas a los directivos o administradores de la empresa del deudor, o con un criterio más amplio, abarcando no sólo las personas que tuvieran el control efectivo del deudor sino

también a todos los empleados del deudor y los garantes de las deudas de cualquier persona que tenga un vínculo empresarial con el deudor. Del mismo modo, el entorno familiar puede incluir a los parientes naturales o políticos e incluso, en algunas leyes, a las personas que vivan en el mismo hogar que el deudor, así como a los fideicomisarios de algún fideicomiso del que sea beneficiario el deudor u otra persona vinculada a éste. También suelen considerarse personas allegadas los parientes de las personas comercialmente asociadas al deudor. Como elemento importante en muchos ordenamientos, el concepto de personas allegadas abarca también a aquellas que hayan tenido una determinada relación con el deudor o que vayan a tenerla.

328. Cuando el deudor sea una persona física, puede haber otras leyes (como las relativas a los bienes matrimoniales) que sean pertinentes y que afecten al régimen de la insolvencia, concretamente a las disposiciones que regulan las operaciones anulables, complementándolas o limitándolas. Es conveniente ajustar esas leyes y que el régimen de la insolvencia enuncie claramente el modo en que sus disposiciones puedan verse afectadas por dichas leyes.

4. Operaciones no sujetas a acciones de anulación

329. Puede ser conveniente que el régimen de la insolvencia excluya expresamente ciertas operaciones de las disposiciones de anulación. Esas operaciones no anulables pueden ser las que se efectúen durante la ejecución de un plan de reorganización, incluidas las relativas a la financiación posterior a la apertura, los pagos efectuados conforme a un plan aprobado por el tribunal en un procedimiento agilizado de reorganización, o los pagos realizados a raíz de un acuerdo de reestructuración voluntaria (aprobados entre el deudor y por lo menos la mayoría de los acreedores no garantizados), cuando fracase la ejecución del plan o del acuerdo y el procedimiento pase a ser de liquidación o, en el caso del acuerdo negociado, se abra un procedimiento de liquidación. Las operaciones esenciales para el funcionamiento de los mercados financieros (como la compensación de clausura de valores por saldos netos y los contratos de derivados) (véase el capítulo II.H) deberían estar exentos de la aplicación de las disposiciones de anulación.

5. Efecto de la anulación: operaciones nulas o anulables

330. 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, si dicha parte no restituye los bienes.

331. En los regímenes en que la operación sea anulable, el representante de la insolvencia deberá decidir si la masa de la insolvencia sacará algún provecho de la anulación de dicha operación, para lo que deberá sopesar ciertos elementos de cada categoría de operación anulable, así como las posibles demoras que entrañe la recuperación de los bienes o de su valor, y las eventuales costas procesales. Esta facultad discrecional del representante de la insolvencia estará normalmente

limitada por su obligación de maximizar el valor de la masa, y el representante podrá considerarse responsable del incumplimiento de este objetivo.

6. Establecimiento del período de sospecha

332. La mayoría de los regímenes de la insolvencia indican específicamente la duración del período de sospecha para cada tipo de operación anulable y establecen la fecha a partir de la cual se calcula retroactivamente el período. Por ejemplo, tantos días o tantos meses antes de una determinada fecha o de que se produzca un determinado acontecimiento, como la solicitud de apertura de un procedimiento, la apertura del procedimiento de insolvencia o la fecha que, por decisión del tribunal, sea la fecha en que el deudor dejó de pagar sus deudas con normalidad (“cesación de pagos”). El acontecimiento o la fecha que especifique la ley dependerá de otras pautas del régimen de la insolvencia, como los requisitos para la apertura y la posibilidad de demoras entre la solicitud de apertura y la apertura del procedimiento de insolvencia. Por ejemplo, si suelen transcurrir varios meses entre la solicitud y la apertura y el período de sospecha empieza a partir de la apertura, se utilizarán varios meses del período para cubrir la demora entre la solicitud y la apertura, con lo cual se restará eficacia a los poderes de anulación. En cambio, si la solicitud desencadena automáticamente la apertura del procedimiento, no se producirá tal demora. A fin de regular las situaciones en que pueda transcurrir mucho tiempo entre la solicitud y la apertura, el régimen de la insolvencia puede disponer que el período de sospecha se aplique retroactivamente a partir de la fecha de la solicitud y que las operaciones realizadas entre la solicitud y la apertura se regulen en virtud de otras disposiciones, por ejemplo, determinando si dichas operaciones son fraudulentas; si se han llevado a cabo en el curso ordinario de los negocios; o, en caso de que se haya nombrado un representante provisional de la insolvencia, si se trata de operaciones no autorizadas (véase el capítulo II.B). Cuando la apertura se produzca poco después de la solicitud, cabría aplicar el período de sospecha retroactivamente a partir de la apertura.

333. 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, en circunstancias dudosas, fuera del período de sospecha prescrito y que hayan hecho disminuir la masa de la insolvencia. Si la adopción de un enfoque discrecional puede dar cierto grado de flexibilidad respecto de las operaciones anulables, también puede ocasionar demoras en el procedimiento y no dará a los acreedores una indicación previsible o transparente sobre los tipos de operaciones que puedan ser anulables. Si cabe la posibilidad de revocar o anular las operaciones efectuadas en algún momento anterior a la apertura del procedimiento de insolvencia y a reserva de lo que decida el tribunal, se restará probablemente seguridad a la firmeza de las operaciones financieras y comerciales. Por estas razones, es conveniente que sólo pueda prorrogarse el período de sospecha en el caso de las operaciones encaminadas a impedir, obstaculizar o demorar el pago a los acreedores, en que la certeza comercial es un factor menos preocupante.

334. En algunos regímenes de la insolvencia se establece un único período de sospecha para todas las categorías de operaciones anulables, mientras que otros regímenes prevén plazos diferentes en función del tipo de operación. Como se ha señalado anteriormente, hay regímenes que prevén dos tipos de plazos: un período

de sospecha breve durante el cual se anulan automáticamente ciertos tipos de operaciones (sin la posibilidad de oponer excepciones), y un período más largo durante el cual deben probarse elementos suplementarios. Dado que algunas operaciones suponen una conducta intencionalmente contraria a derecho o equidad, muchos regímenes de la insolvencia no imponen ningún plazo temporal que limite la anulabilidad de esos tipos de operaciones. En cambio, en otros regímenes se fija un período sumamente largo (de uno a diez años) en que el período de sospecha se calcula generalmente a partir de la fecha de apertura del procedimiento.

335. Cuando una operación tenida por preferente o sin contravalor adecuado se haya concertado 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). En cambio, cuando se trata de una persona allegada, en muchos países se ha establecido un régimen mucho más estricto y se han fijado períodos de sospecha más largos (que no pocas veces llegan a ser de dos años, en vez de los plazos de tres a seis meses aplicables a las operaciones en que no haya intervenido una persona allegada).

7. Sustanciación de los procedimientos de anulación

a) Partes que pueden iniciar un procedimiento

336. Generalmente, la anulación de una determinada operación requiere que se presente una solicitud al tribunal para que la declare nula, y la cuestión de la parte que puede incoar un procedimiento se regula de diversas maneras según los regímenes. Reconociendo la función primordial que desempeña el representante de la insolvencia en la administración de la masa, muchos regímenes facultan al representante para entablar acciones de anulación de operaciones concretas, aunque algunos de ellos exigen que los acreedores, o una mayoría de ellos, den su consentimiento al representante de la insolvencia para que se ponga en marcha un procedimiento. Hay también legislaciones que permiten a los acreedores (y, en algunos casos, a los comités de acreedores) solicitar la apertura de procedimientos de anulación, aunque algunos regímenes sólo confieren este poder de iniciativa a los acreedores titulares de créditos anteriores a la operación impugnada. Algunas leyes que permiten a los acreedores solicitar la apertura de tales procedimientos exigen el consentimiento previo del representante de la insolvencia. Si se considera conveniente que los acreedores puedan entablar esas acciones, el requisito del consentimiento del representante de la insolvencia permite a éste mantenerse al corriente de las propuestas de los acreedores y le brinda la oportunidad de denegar su autorización, con lo cual puede evitar toda repercusión negativa que puedan tener los procedimientos de anulación para la administración de la masa.

337. Cuando se requiera el consentimiento del representante y éste no acceda a darlo, algunos regímenes permiten al acreedor o a los acreedores solicitar al tribunal la aprobación de la apertura de procedimientos de anulación. En toda subsiguiente audiencia, el representante tiene derecho a exponer ante el tribunal los motivos por los que desaprueba la apertura de un procedimiento. El tribunal puede entonces autorizar la apertura de un procedimiento de anulación o puede decidir examinar el fondo del caso. Esta alternativa del juez puede reducir la probabilidad de que las diversas partes concierten un arreglo. En algunas de las legislaciones que permiten la apertura de procedimientos de anulación a instancia de los acreedores, se exige a éstos que paguen las costas de toda acción o se prevé la imposición de sanciones a

los acreedores para evitar que abusen de su facultad para entablar procedimientos de anulación.

338. Cuando el representante de la insolvencia tenga en exclusiva la facultad para iniciar procedimientos de anulación y, sobre la base de las consideraciones antes analizadas (es decir, por razones que no sean negligencia, mala fe u omisión⁶⁷), el representante de la insolvencia decida no abrir un procedimiento respecto de determinadas operaciones, los regímenes de la insolvencia adoptan diversos enfoques para sustanciar y financiar esos procedimientos. La forma en que pueden financiarse los procedimientos reviste especial importancia cuando la masa de la insolvencia no dispone de bienes suficientes para ello (la cuestión de la financiación se examina más adelante). En cuanto a la sustanciación del procedimiento, algunos regímenes permiten al acreedor o al comité de acreedores requerir al representante de la insolvencia que entable un procedimiento de anulación 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.

339. Cuando se permite a los acreedores iniciar procedimientos de anulación en las mismas condiciones que el representante de la insolvencia, o porque éste se niega a entablarlos, los regímenes de la insolvencia siguen diferentes criterios respecto de los bienes o del valor recuperados. El criterio más frecuente consiste en considerar que los bienes o el valor recuperados por el acreedor forman parte del patrimonio de la insolvencia, pues se estima que la principal justificación de los procedimientos de anulación es la devolución de valor o de bienes a la masa en beneficio de todos los acreedores, y no para beneficiar a algunos de ellos. Otros regímenes disponen que lo que se obtenga tras el procedimiento puede utilizarse ante todo para satisfacer la reclamación del acreedor que haya entablado el procedimiento, o que puede modificarse el grado de prelación que tenga el crédito de dicho acreedor.

b) Financiación de los procedimientos de anulación

340. En muchos países, el factor más problemático que ha limitado la eficacia de las disposiciones de anulación ha sido la falta de fondos para impugnar operaciones potencialmente anulables. La cuestión de la financiación se ha regulado de distintos modos. Algunos países ofrecen fondos públicos al representante de la insolvencia para que pueda iniciar procedimientos de anulación, mientras que en otros se exige que esas actuaciones se financien 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 sin recursos suficientes para financiar la recuperación de sus bienes mediante 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 para recabar fondos de algún prestamista con los que pueda iniciarse el procedimiento de anulación. Las notables diferencias que existen entre los países respecto de la concesión de recursos públicos para financiar esas actuaciones pueden justificar que se recurra a algunos de estos otros mecanismos. Cuando la

⁶⁷ Véase el capítulo III.B, relativo a los derechos y obligaciones del representante de la insolvencia.

masa de la insolvencia no disponga de fondos para financiar procedimientos de anulación, esas otras posibilidades pueden ofrecer, en determinadas situaciones, medios eficaces para lograr la restitución de bienes al patrimonio de la insolvencia, evitar abusos, investigar conductas inequitativas y promover una buena gestión.

c) Plazos para la apertura

341. Algunos regímenes de la insolvencia establecen plazos concretos para iniciar procedimientos de anulación, mientras que otros regímenes no fijan ningún plazo al respecto. Los regímenes que sí especifican plazos prevén, por ejemplo, que el procedimiento se abra en un determinado plazo, a contar a partir de la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia (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 conocer, evaluar y presentar las reclamaciones. Si un régimen de la insolvencia debe fijar períodos concretos, en vez de hacer aplicables los plazos previstos en el derecho general, sería conveniente combinar distintos plazos, por ejemplo, un período posterior a la apertura y un período a contar a partir del momento en que el representante de la insolvencia descubra una determinada operación. Este enfoque ofrece suficiente flexibilidad para regular las operaciones que se oculten al representante de la insolvencia y que no se descubran hasta después de la expiración del período establecido.

d) Cumplimiento de los criterios de anulabilidad

342. Los regímenes de la insolvencia siguen diversos criterios para establecer los elementos que deberán probarse para que pueda anularse una determinada operación. El criterio adoptado dependerá de la importancia relativa que se dé, por una parte, a la necesidad de anular operaciones inequitativas o económicamente perjudiciales para la masa de la insolvencia y, por otra, a la protección de operaciones comerciales que, fuera del contexto de la insolvencia, no se consideren ilícitas o perjudiciales.

343. 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. En otros regímenes, corresponde al representante de la insolvencia o a toda otra persona que pueda impugnar la operación, como por ejemplo un acreedor, demostrar que la operación impugnada cumple los requisitos para ser anulada. Cuando entre estos requisitos figure la intencionalidad, será a veces muy difícil demostrarla y, la mayoría de las veces, la parte que tenga la carga de la prueba perderá el caso. A fin de evitar esta situación, algunos regímenes permiten que se invierta la carga de la prueba y se haga recaer en la otra parte cuando, por ejemplo, el representante de la insolvencia tenga dificultad para demostrar que el deudor actuó con la intención de defraudar a los acreedores, sin poder recurrir más que a indicios externos, hechos objetivos u otras pruebas indirectas de esa intención fraudulenta, si bien, desde un punto de vista práctico, el hecho de que el deudor no pueda explicar plausiblemente la finalidad comercial de una determinada operación por la que extrajo valor de la masa puede ser un indicio de que se cumple el requisito de intención de fraude.

344. Otro enfoque consiste en considerar o presumir que ha habido intencionalidad o mala fe cuando se lleven a cabo ciertos tipos de operaciones durante el período de sospecha y sea la otra parte quien tenga que probar que no fue así. Entre estos tipos

de operaciones pueden figurar, por ejemplo, las operaciones con personas allegadas, el pago de deudas no vencidas, y el pago de operaciones gratuitas u onerosas. Otro enfoque consiste en disponer que cuando se realice un determinado tipo de operación durante el período de sospecha y esta operación tenga un determinado efecto, como el de 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.

345. Cuando el hecho de que la otra parte haya tenido conocimiento de la insolvencia del deudor sea un requisito para la anulación de una operación, algunos regímenes de la insolvencia prevén la presunción de que la otra parte tenía conocimiento de la delicada situación financiera del deudor si la operación concertada con esa persona revestía características especiales, 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.

346. Sea cual sea el enfoque adoptado por el régimen de la insolvencia para determinar los criterios de anulabilidad, es muy importante que la ley especifique con precisión qué elementos de esos criterios habrá que probar y cuál de las partes deberá hacerlo, a fin de que estén claros los requisitos que deberá cumplir el representante de la insolvencia para solicitar la anulación de una determinada operación y los que deberá cumplir la otra parte para defender la operación impugnada y evitar su anulación.

8. Responsabilidad de las otras partes en operaciones anuladas

347. 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 haya devuelto bienes o haya pagado su valor equivalente a la masa puede presentar una reclamación como acreedor no garantizado por un importe equivalente al valor de los bienes devueltos, en el caso de una operación preferente, o por el importe de la contraprestación abonada en el caso de una operación infravalorada. Cuando la otra parte no devuelva los bienes ni pague su valor al patrimonio de la insolvencia, la otra parte deberá recurrir a otras leyes al margen del régimen de la insolvencia, pero algunos regímenes prevén que, en el marco de la insolvencia, no se admitirá, además de la demanda de anulación, ninguna reclamación de la otra parte (en concepto de las cantidades adeudadas además de las afectadas por la operación anulable).

9. Conversión de una reorganización en procedimiento de liquidación

348. Cuando un procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación, convendrá tal vez tener presente la forma en que el cambio de procedimiento repercutirá en el ejercicio de los poderes de anulación respecto de los pagos

efectuados durante el procedimiento de reorganización y respecto del período de sospecha establecido.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones en materia de impugnación tienen por objeto:

- a) reconstituir la integridad de la masa y asegurar el trato equitativo de los acreedores;
- b) dar certeza a todo tercero interesado definiendo reglas claras para supuestos en los que una operación efectuada antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, en la que haya intervenido el deudor o que haya afectado a sus bienes, pueda ser considerada perjudicial y sea por tanto impugnable y anulable;
- c) hacer posible la apertura de un procedimiento para anular toda operación de esa índole;
- d) facilitar la recuperación de dinero o de bienes en poder de personas que hayan participado en alguna operación anulada.

Contenido de las disposiciones legales

Operaciones anulables

73) El régimen de la insolvencia debería establecer disposiciones de efecto retroactivo, concebidas para revocar toda operación⁶⁸ de la que hayan sido objeto bienes del deudor o de la masa y que haya mermado el valor de la masa o violado el principio del trato equitativo de los acreedores. El régimen de la insolvencia debería especificar que serán anulables los siguientes tipos de operaciones anulables:

- a) toda operación por la que se trate de impedir, demorar u obstaculizar el cobro de sus créditos por los acreedores y cuando la operación tenga por objeto poner ciertos bienes fuera del alcance de un acreedor actual o potencial o perjudicar de algún otro modo los intereses de ese acreedor y la otra parte conozca o debería haber conocido la intención del deudor;
- b) toda operación por la que el deudor transmita un derecho real sobre sus bienes o asuma una obligación por un contravalor nominal, inferior o insuficiente que se haya realizado siendo el deudor ya insolvente o a raíz de la cual el deudor pasó a ser insolvente (operaciones infravaloradas); y
- c) toda operación efectuada con acreedores por la que algún acreedor obtenga un porcentaje de los bienes del deudor superior a su cuota de la masa prorrateada o perciba beneficios de dicho porcentaje y que se efectúe siendo ya el deudor insolvente (operaciones preferentes).

⁶⁸ En esta sección, el término “operación” se entiende referido en general a una amplia gama de actos jurídicos mediante los cuales cabe disponer de bienes o contraer obligaciones mediante una transferencia, un pago, la constitución de una garantía real o de otro tipo, un préstamo o algún acto de renuncia [o una acción encaminada a dar eficacia a las garantías reales frente a terceros], y puede consistir en una combinación de operaciones.

Garantías reales

74) El régimen de la insolvencia debería especificar que:

- a) cuando una garantía real sea eficaz o ejecutable en virtud de otra regla de derecho en los procedimientos de insolvencia deberá reconocerse dicha eficacia o ejecutabilidad;
- b) aun cuando una garantía real sea eficaz o ejecutable en virtud de alguna otra regla de derecho, podrá ser impugnada y anulada conforme a la ley por los mismos motivos que otras operaciones.

Determinación del período de sospecha

75) El régimen de la insolvencia debería especificar que las operaciones descritas en la recomendación 73) a) a c) serán anulables si se han realizado durante cierto período (el período de sospecha) calculado retroactivamente a partir de una fecha especificada, que podrá ser la de la solicitud de un procedimiento de insolvencia o de la apertura de dicho procedimiento. La ley podrá fijar distintos períodos de sospecha en función de los tipos de operaciones de que se trate.

Operaciones con personas allegadas

76) En relación con las operaciones anulables que se hayan concertado con personas allegadas, la ley podrá:

- a) disponer que el período de sospecha para esas operaciones sea más largo que para las operaciones con personas no allegadas;
- b) establecer alguna presunción [probatoria] [rebatible] para facilitar los procedimientos de anulación; y
- c) permitir la inversión de la carga de la prueba para facilitar los procedimientos de anulación.

77) El régimen de la insolvencia debería especificar las categorías de personas cuyos vínculos con el deudor se considerarán suficientes para tratarlos como personas allegadas⁶⁹.

Operaciones no impugnables

78) En la ley deberían especificarse las operaciones no anulables, incluidos los contratos financieros.

Sustanciación de los procedimientos de anulación

79) El régimen de la insolvencia debería especificar que:

- a) el representante de la insolvencia tendrá la principal responsabilidad para iniciar procedimientos de anulación⁷⁰;

⁶⁹ En el glosario se define el concepto de “persona allegada”.

⁷⁰ También pueden plantearse problemas de anulabilidad en procedimientos iniciados a instancia de una persona que no sea el representante de la insolvencia, cuando éste invoque la anulabilidad de una operación como excepción frente a la ejecución.

- b) cualquier acreedor podrá iniciar procedimientos de anulación con el acuerdo del representante de la insolvencia;
- c) si el representante de la insolvencia no diera su acuerdo, el acreedor podrá solicitar la venia del tribunal.

- Financiación de procedimientos de anulación

80) La ley podrá prever otras formas de abordar el problema de la financiación de procedimientos de anulación cuando el representante de la insolvencia decida no entablar una acción de anulación de determinadas operaciones si, por ejemplo, considera, tras una evaluación, que es improbable que las operaciones sean anuladas o bien que la acción impondrá a la masa de la insolvencia gastos excesivos⁷¹.

- Plazos para la apertura de procedimientos de anulación

81) La ley o el derecho procesal aplicable deberían especificar el plazo en el que podrá abrirse un procedimiento de anulación. Este período debería empezar a contar a partir de la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia. [Con respecto a las operaciones mencionadas en la recomendación 73] a], es decir, los que se hayan ocultado y sean difíciles de descubrir para el representante de la insolvencia, la ley podrá establecer que el período empiece a correr a partir del momento en que sean descubiertos.]

Elementos para la anulación y excepciones oponibles

82) El régimen de la insolvencia debería especificar los elementos que habrán de probarse a fin de anular una determinada operación, la parte que deberá probar dichos elementos, así como las posibles excepciones que podrán oponerse a tal anulación. Como excepción cabrá alegar, entre otras cosas, que la operación se llevó a cabo en el curso ordinario de los negocios antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, o que se concertó durante un procedimiento de reorganización que posteriormente pasó a ser de liquidación.

Responsabilidad de las otras partes en operaciones anuladas

83) El régimen de la insolvencia debería especificar que la otra parte en una operación que haya sido anulada estará obligada a restituir a la masa de la insolvencia los bienes obtenidos o, si lo ordena el Tribunal, pagar en efectivo a la masa el valor correspondiente a la operación. [El tribunal debería determinar si la otra parte en una operación anulada tendría un crédito ordinario no garantizado.]

84) La ley podrá especificar que cuando la otra parte incumpla la orden judicial de anulación de la operación, además de la anulación en sí y de cualquier otra medida judicial, la otra parte podrá ver denegada cualquier reclamación que presente.

⁷¹ En esta evaluación, el representante de la insolvencia trata de calcular los posibles costos y beneficios de una acción de anulación y, según una regla implícita, si los costos del procedimiento pueden ser superiores a los beneficios reportados a la masa, el representante optará por no entablar el procedimiento.

G. Derechos de compensación

349. La ejecutabilidad, en el marco de un régimen de insolvencia, de los derechos de compensación respecto de las obligaciones recíprocas nacidas de operaciones o actividades realizadas por el deudor antes de la apertura del procedimiento de insolvencia es importante no sólo para la previsibilidad comercial y la disponibilidad de crédito financiero, sino también para evitar estrategias de recurso abusivo al procedimiento de insolvencia. Por ello, es sumamente conveniente que un régimen de la insolvencia ampare tales derechos de compensación.

350. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, los derechos de compensación no se ven afectados por la paralización subsiguiente a la apertura de un procedimiento de insolvencia y podrán ser ejercidos tras la apertura de dicho procedimiento, independientemente de que las obligaciones recíprocas hayan nacido de un único contrato o de varios contratos y sin importar si tales obligaciones vencieron antes o hayan de vencer después de la apertura de un procedimiento de insolvencia. En algunos ordenamientos se hace la siguiente distinción: se permite la compensación, posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia, de las obligaciones que hayan vencido antes de la apertura del mismo, pero se limita o no se permite la compensación, posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia, de las obligaciones que venzan después de su apertura.

351. En otro enfoque se preservan los derechos de compensación independientemente de si las obligaciones recíprocas vencieron antes o después de la apertura del procedimiento de insolvencia, pero se paraliza el ejercicio de esos derechos en la misma medida que tal paralización sea aplicable al ejercicio de los derechos de los acreedores garantizados. En los sistemas que adoptan este otro enfoque, el acreedor es equiparado a un acreedor garantizado en lo que respecta a sus propios derechos de compensación válidos pero que aún no ha ejercido, y tales derechos están amparados de una manera similar a la protección otorgada a las garantías reales⁷².

352. En casi todos los regímenes de la insolvencia figuran disposiciones que facultan al representante de la insolvencia para impugnar ciertos actos realizados por los acreedores antes de la apertura del procedimiento con miras a incrementar sus derechos de compensación (como la compra de créditos con descuento para así acumular derechos de compensación). La naturaleza y el alcance de tales disposiciones no es siempre la misma.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones aplicables en materia de compensación tienen por objeto:

- a) Enunciar con certeza las consecuencias que tendrá la apertura de un procedimiento de insolvencia para el ejercicio de los derechos de compensación;
- b) Especificar los tipos de obligaciones que podrán ser objeto de compensación una vez iniciado un procedimiento de insolvencia;

⁷² Véase el capítulo II.B.8.

c) Especificar los efectos que tendrán para el ejercicio de los derechos de compensación otras disposiciones del régimen de la insolvencia (por ejemplo, las que rigen la anulabilidad de ciertas operaciones y la paralización de las actuaciones judiciales).

Contenido de las disposiciones legales

85) El régimen de la insolvencia debería amparar todo derecho general de compensación derivado del derecho común, que haya nacido antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, a reserva de lo que prevean las disposiciones que rijan la anulabilidad de ciertas operaciones.

H. Contratos financieros y compensación global por saldos netos

353. Los contratos financieros han pasado a ser un componente importante de los mercados de capital internacionales. Entre otras ventajas, esos contratos aumentan la oferta de crédito y constituyen una importante cobertura frente al riesgo inherente a las fluctuaciones de los tipos de cambio, de los tipos de interés y de otras variables del mercado financiero. Habida cuenta de la forma en que se estructuran y documentan esas operaciones, es imprescindible regular con certeza las consecuencias que tendrá el incumplimiento por una de las partes de las obligaciones que le imponga un contrato financiero, particularmente en caso de insolvencia.

354. Los contratos financieros incluyen, entre otros, los contratos bursátiles, los contratos de productos básicos, así como las operaciones a plazo, y las denominadas opciones, las permutas financieras, los acuerdos de recompra de valores, los acuerdos marco de compensación por saldos netos y otros contratos similares. A menudo los deudores celebran varios contratos con una misma entidad financiera en el curso de una única operación, por lo que aumentará la oferta de crédito si los derechos nacidos de tales contratos son plenamente ejecutables a tenor de sus cláusulas, permitiendo así a la entidad financiera otorgar crédito de vez en cuando, en función de su riesgo neto a la luz del valor de todos los contratos “en curso”.

355. Al decretarse la apertura de un procedimiento de insolvencia, toda parte financiera intentará cerrar sus posiciones abiertas y “compensar en forma global por saldos netos” todas las obligaciones nacidas de sus contratos financieros con el deudor. La “compensación de clausura” consta de dos etapas: en primer lugar, se dan por extinguidos todos los contratos en curso a raíz de la apertura del procedimiento de insolvencia (etapa de clausura); en segundo lugar, se procede a la compensación globalizada de todas las obligaciones nacidas de las operaciones clausuradas (etapa de compensación global por saldos netos).

356. Permitir que se proceda a una “compensación de clausura por saldos netos” a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia es un factor importante para atenuar los riesgos sistémicos que podría correr la estabilidad de los mercados financieros. El valor o el riesgo inherente a un contrato financiero puede variar notablemente de un día a otro (y a veces en cuestión de horas) según las condiciones de los mercados financieros. Por consiguiente, el valor de estos contratos puede ser sumamente volátil. Las partes financieras suelen atenuar o protegerse de los riesgos inherentes a esos contratos celebrando uno o varios contratos de “emparejamiento”

o de “cobertura de riesgos” con terceros, cuyo valor fluctúa en función inversa al valor del contrato celebrado con el deudor⁷³.

357. Independientemente de si el deudor cumple o no el contrato celebrado con la otra parte, ésta deberá cumplir el contrato de cobertura de riesgos que concierte con terceros. Si el deudor se declara insolvente y no puede cumplir su contrato con la otra parte, ésta se verá expuesta a los riesgos de la volatilidad del mercado financiero, puesto que sus posiciones de cobertura ya no estarán respaldadas por su contrato con el deudor. En previsión de tales supuestos, la otra parte suele intentar proteger esos contratos de cobertura, celebrando uno o varios contratos nuevos que limiten su riesgo frente a toda nueva fluctuación del mercado. Sin embargo, la otra parte no podrá cubrirse de este modo, en tanto no determine con certeza que no deberá seguir cumpliendo su contrato con el deudor. La otra parte contará, para ello, con poder “clausurar” el contrato celebrado con el deudor, lo que le permitirá protegerse sin demora tras la apertura del procedimiento de insolvencia.

358. Si no puede procederse sin demora a clausurar, a compensar simplemente ni a compensar globalmente por saldos netos, del modo descrito más arriba, las obligaciones nacidas de los contratos financieros incumplidos al decretarse la apertura de un procedimiento de insolvencia, el incumplimiento contractual del deudor (o su decisión de cumplir sólo los contratos que le reporten beneficios dejando incumplidos los que no le sean rentables) podría dar lugar a que la otra parte no pudiera cumplir sus contratos financieros conexos, celebrados con otros participantes en el mercado financiero. Si uno de esos participantes en el mercado, que figurara entre los más importantes, resultara insolvente, podría producirse un incumplimiento en cadena de una serie de operaciones de respaldo mutuo, que podría poner en dificultades financieras a otros participantes en el mercado y, en el peor de los casos, arrastrar en su caída a otras entidades, e incluso a instituciones financieras reguladas. A menudo se denomina a este efecto dominó “riesgo sistémico”, y se considera un importante motivo de política financiera que justifica que se permita a los participantes clausurar y compensar simplemente, o globalmente por saldos netos, sus obligaciones de un modo en que no lo permitiría un régimen de la insolvencia.

359. Toda inquietud respecto del carácter definitivo o firme de los pagos y liquidaciones de los contratos financieros, que se tramitan a través de un sistema centralizado de liquidación y pagos, puede suscitar también riesgos sistémicos. Estos sistemas dependen, para su funcionamiento, de acuerdos de compensación global por saldos netos tanto bilaterales como multilaterales. A fin de evitar riesgos sistémicos, al abrirse un procedimiento de insolvencia contra uno de los participantes en esos sistemas, deberá reconocerse y ampararse la compensación global por saldos netos de los contratos financieros gestionados a través de tales sistemas, así como el carácter firme o definitivo de toda compensación o liquidación efectuada en dicho marco.

360. En muchos países, el propio régimen general de la insolvencia permitirá que todo contrato financiero se rija por sus propias cláusulas al abrirse un procedimiento de insolvencia, aplicando las cláusulas de extinción de contratos en caso de insolvencia (véanse el capítulo II.E.2 y las recomendaciones 56) y 57)) y autorizando la compensación de obligaciones, tanto si la acción por incumplimiento

⁷³ En la presente sección, el término “contrato” puede referirse a uno o varios contratos.

se basa en una cláusula de extinción automática del contrato como si es anterior a la apertura del procedimiento. Los países, cuyo régimen de la insolvencia limite el efecto de las cláusulas de extinción automática o paralice o restrinja el ejercicio de los derechos de compensación o de otros recursos por parte de los acreedores, deberán prever alguna excepción expresa que declare plenamente ejecutables esas cláusulas y derechos respecto de los contratos financieros. También es conveniente que esas excepciones se hagan igualmente extensivas a las disposiciones de impugnación y anulación que puedan ser aplicables a los contratos financieros, así como a las restricciones que limiten la posibilidad de que un bien constituido en garantía pueda destinarse al pago de la deuda restante de los contratos financieros que quede pendiente una vez ejercidos los derechos de compensación.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre compensación global por saldos netos y derechos de compensación en el contexto de las operaciones financieras tienen por objeto reducir la probabilidad de que se produzcan riesgos sistémicos que puedan amenazar la estabilidad de los mercados financieros, enunciando con certeza respecto los derechos de las partes en un contrato financiero cuando una de ellas incumpla sus obligaciones por motivos de insolvencia.

Contenido de las disposiciones legales

86) El régimen de la insolvencia debería reconocer todo derecho de extinción estipulado en los contratos financieros que permita proceder sin demora, tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, a la resolución de tales contratos y a la compensación simple y a la compensación global por saldos netos de las obligaciones pendientes que se deriven de dichos contratos. El régimen de la insolvencia debería exceptuar los contratos financieros de las disposiciones por las que se paralice la extinción de contratos o por los que se limite la ejecutabilidad de las cláusulas de extinción automática a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia⁷⁴.

87) Una vez que la otra parte haya clausurado los contratos financieros del deudor, el régimen de la insolvencia debería permitir que esa otra parte compensara globalmente por saldos netos o ejerciera todo otro derecho de compensación respecto de las obligaciones nacidas de los contratos extinguidos, para determinar así su posición neta de riesgo frente al deudor. Esta clausura contractual y esta compensación financiera, encaminadas a determinar el riesgo neto, deberían permitirse con independencia de si la extinción de los contratos se produce antes o después de la apertura del procedimiento de insolvencia. Si la ley restringe o paraliza el ejercicio de los derechos de compensación a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia, los derechos de compensación y la compensación

⁷⁴ Ello permitirá que los participantes en el mercado puedan otorgar crédito en función de sus “posiciones netas” y evitará además que el deudor opte por cumplir sólo unos contratos, dejando otros incumplidos, lo cual reviste una particular importancia para los contratos financieros, habida cuenta del riesgo sistémico mencionado.

global por saldos netos de los contratos financieros deben quedar exentos de esas limitaciones.

88) Una vez clausurados los contratos financieros del deudor, se debe permitir que toda parte financiera haga efectivas sus garantías reales, destinando su producto a la satisfacción de las obligaciones dimanantes de los contratos financieros. Los contratos financieros deben quedar exentos de toda paralización impuesta por el régimen de la insolvencia a la ejecutabilidad de una garantía real.

89) El régimen de la insolvencia debería especificar que no estarán sujetas a anulación las transferencias usuales previas a la apertura del procedimiento de insolvencia que sean conformes a la práctica imperante en el mercado, como la constitución de un margen de cobertura respecto de los contratos financieros⁷⁵ y las transferencias para liquidar las obligaciones nacidas de un contrato financiero⁷⁶.

90) El régimen de la insolvencia debería reconocer y amparar el carácter definitivo y firme de las compensaciones globales por saldos netos, de las liquidaciones y de otros pagos de contratos financieros efectuados a través de sistemas de pago y liquidación, en caso de insolvencia de un participante en el sistema.

91) Las recomendaciones 86) a 90) deben ser tenidas por aplicables a toda operación conceptuable como “contrato financiero”, independientemente de que una de las partes sea o no una institución financiera⁷⁷.

92) Los contratos financieros deben definirse en términos amplios que engloben los diversos tipos de contratos financieros existentes y permitan dar cabida a todo nuevo tipo de contrato financiero. [Estas recomendaciones no tienen la finalidad de ser aplicables a operaciones que no sean contratos financieros, que seguirán estando sujetos al derecho general que rige la compensación financiera y la compensación global por saldos netos.]

⁷⁵ El denominado margen de cobertura consiste en consignar fondos en efectivo o valores bursátiles adicionales como garantía para las operaciones en curso según una fórmula contractual calculada en función de las fluctuaciones del valor de mercado del contrato y de la garantía real otorgada. Por ejemplo, en una permuta financiera, se tendría que constituir un margen del 105% para mantener el valor del contrato en caso de extinción. Si la posición de resguardo cae al 100%, habría que constituir cierto margen adicional.

⁷⁶ En algunas circunstancias, un pago de liquidación podría ser considerado preferente. En el ejemplo de la permuta financiera, los pagos de liquidación deben realizarse mensualmente o al extinguirse el contrato sobre la base del valor que tenga el contrato en el mercado. Tales pagos no constituyen transferencias de valor por valor, sino el pago de una obligación vencida de deudas acumuladas. En los países cuya legislación prevé el mismo período de sospecha para todas las operaciones anteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia, ese pago también podría ser objeto de impugnación.

⁷⁷ Incluso si en un contrato financiero no interviene una institución financiera, el impacto de la insolvencia de una parte en el contrato podría entrañar un riesgo sistémico.

III. Participantes

A. El deudor⁷⁸

1. Introducción

361. El régimen de la insolvencia sigue diversos criterios respecto de la función que cabe atribuir al deudor en el procedimiento de insolvencia tras su apertura, y establece habitualmente una distinción según que el procedimiento sea de liquidación o de reorganización. Cuando deba mantenerse la empresa en funcionamiento (ya sea para su reorganización, o en caso de liquidación, para su venta como negocio en marcha) suele ser más necesario que el deudor intervenga de alguna forma en su gestión. El deudor deberá asimismo ayudar al representante de la insolvencia en el ejercicio de las funciones que le correspondan y deberá facilitar información sobre el negocio al tribunal o al representante de la insolvencia. Además de sus obligaciones, el deudor retendrá algunos derechos en relación con el procedimiento, tales como el derecho a ser oído durante el procedimiento, a tener acceso a información y a conservar ciertos efectos personales. A fin de asegurar la buena marcha del procedimiento y de que todas las partes sepan a qué atenerse, es conveniente que el régimen de la insolvencia defina claramente el alcance de los derechos y de las obligaciones del deudor.

2. Mantenimiento de la continuidad de los negocios del deudor y función del deudor

a) Liquidación

362. Una vez iniciado el procedimiento de liquidación la conservación de la masa o patrimonio del deudor requerirá la adopción de medidas de alcance muy general para proteger la masa no sólo de toda acción de los acreedores (véase el capítulo II.B), sino también de las del propio deudor. Por esta razón, muchos regímenes de la insolvencia privan al deudor de todo derecho a controlar los bienes y a administrar y explotar el negocio en caso de liquidación, y nombran un representante de la insolvencia para que asuma las funciones de las que se haya desposeído al deudor. Además de la facultad para utilizar los bienes y disponer de ellos, el representante puede también tener derecho a presentar y defender acciones judiciales en nombre de la masa y a cobrar todo pago destinado al deudor. Tras la apertura de un procedimiento de liquidación, toda operación realizada con los bienes de la masa, incluida la transferencia de esos bienes, que no haya sido autorizada por el representante de la insolvencia, por el tribunal o por los acreedores (según lo que disponga el régimen de insolvencia) será nula (o, en algunos regímenes, sujeta a anulación), y todo bien que se haya transferido (o su valor) será recuperable en provecho de la masa (ver el capítulo II. E.7, II.E.7 y II.F.8).

⁷⁸ Dado que el régimen de la insolvencia será aplicable a diversos tipos de negocios, ya sean comerciantes individuales, sociedades colectivas o alguna modalidad de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, el supuesto de un funcionamiento ininterrumpido del negocio del deudor suscita cuestiones respecto de la función que cabe encomendar al personal gerente o a los propietarios de la empresa deudora en las circunstancias del caso. La Guía se refiere, para mayor sencillez, únicamente al “deudor” en supuestos en los que hubiera sido más procedente hablar del personal directivo o de los propietarios de la empresa deudora.

363. En los casos en que se determine que el medio más eficaz para liquidar la masa consista en venderla como negocio en marcha, algunos regímenes disponen que el representante de la insolvencia deberá supervisar y controlar globalmente el negocio, pero dejando margen al deudor para que pueda incrementar el valor de la masa y facilitar la venta de los bienes. En esos regímenes se permite así mantener al deudor en funciones y asesorar al representante de la insolvencia. Esta posibilidad se justifica por el conocimiento detallado que tiene el deudor de su negocio y del mercado o ramo comercial pertinente y por la relación continua que mantiene con los acreedores, proveedores y clientes.

b) Reorganización

364. En casos de reorganización, no existe ningún criterio universalmente aceptado sobre si se debe privar o no al deudor del control de la empresa y, en casos en que se le prive en parte de ese control, sobre qué funciones podrá desempeñar y el modo en que esas funciones se compaginarán con las de otros participantes. Esa continuidad en ciertas funciones puede depender en gran medida de que el deudor actúe de buena fe durante el proceso de reorganización; de no obrar así, esa continuidad será de dudosa utilidad. También podrá depender de la existencia de un régimen de gestión fuerte e independiente que permita hacer frente a la incompetencia o las conductas dirigidas a satisfacer intereses personales. A veces las ventajas de mantener al deudor en funciones podrán también depender de que el procedimiento se haya iniciado a petición del deudor o a instancia de acreedores. En este último caso cabe que el deudor se muestre poco cooperativo o incluso hostil hasta el punto de que resulte inútil dejar que siga participando en la gestión de la empresa. La decisión sobre el criterio óptimo podrá depender de una serie de factores, como los usos empresariales del país; el papel de los bancos; la existencia de regímenes eficaces de gestión empresarial; la eficacia de las entidades encargadas de la insolvencia; el grado de supervisión que los tribunales ejerzan o requieran; la eficacia del sistema judicial y la facilidad de acceso a los tribunales; y el grado en que los incentivos para iniciar procedimientos de insolvencia sean considerados de importancia decisiva para la concepción de toda insolvencia.

i) Ventajas e inconvenientes de que el deudor siga en funciones

365. El mantenimiento del deudor en funciones puede suponer ciertas ventajas. En muchos casos, el deudor dispondrá de un conocimiento directo y personal de su negocio y del ramo comercial al que pertenezca su empresa. Este conocimiento puede ser particularmente importante en negocios individuales o en sociedades formadas por pocos socios donde tal vez proceda, en aras de la continuidad comercial, que el deudor siga ejerciendo alguna función en la adopción de decisiones de alcance temporal limitado y propias del curso ordinario de los negocios. Puede también ayudar al representante de la insolvencia a desempeñar sus funciones con un conocimiento más cabal y directo del negocio del deudor. Por razones similares, el deudor suele estar en buenas condiciones para proponer un plan de reorganización. De ser éste el caso, tal vez no sea conveniente desplazar totalmente al deudor, aunque haya tenido cierta parte de responsabilidad en las dificultades financieras del negocio, pues ese desplazamiento no sólo restaría incentivos a la actividad empresarial de los deudores y les haría más reacios a correr riesgos en general y a solicitar con anticipación procedimientos de reorganización, sino que además minaría las posibilidades de éxito de la reorganización.

366. La conveniencia de que el deudor siga ejerciendo ciertas funciones ha de ser sopesada teniendo en cuenta algunas posibles desventajas. Los acreedores pueden haber perdido confianza en el deudor a raíz de las dificultades financieras de la empresa (y de la eventual responsabilidad del deudor al respecto), por lo que habrá que restablecer esa confianza para que la reorganización pueda dar resultado. Si se permite que el deudor siga dirigiendo el negocio sin someterlo a un control adecuado no sólo agravará esa pérdida de confianza sino que tal vez antagonice aún más a los acreedores. Un factor que podrá influir en la opinión de los acreedores sobre esta opción es la eficacia que muestren los regímenes de gestión empresarial y la manera en la que el deudor los cumpla. De no existir un régimen de gestión eficaz, los acreedores preferirán que se nombre un representante de la insolvencia que pase a ejercer las funciones del deudor o que disponga de amplios poderes de supervisión.

367. Si el régimen se considera excesivamente favorable al deudor, los acreedores serán renuentes y no estarán dispuestos a participar en un procedimiento, por lo que pueden surgir problemas a la hora de supervisar la gestión de la empresa, cuando la ley confiera a los acreedores esa función. También se fomentarían los antagonismos en el procedimiento, que ocasionarían a su vez mayores demoras y costas procesales. El deudor puede tener un plan de gestión que no se ajuste a los objetivos del régimen de la insolvencia, concretamente al de maximizar los ingresos en beneficio de los acreedores. Tal vez su objetivo primordial sea mantener el control del negocio, y no obtener el máximo valor que permita a los acreedores cobrar sus créditos. Además, el éxito de la reorganización tal vez dependa no sólo de algún cambio de gestión que el deudor no esté dispuesto a efectuar, sino de que el deudor tenga los conocimientos prácticos y teóricos necesarios para utilizar el régimen de la insolvencia de modo que le ayude a resolver sus dificultades financieras. Un factor conexo que habrá de tenerse en cuenta es si el procedimiento ha sido iniciado a petición del propio deudor o a instancia de los acreedores (ya que en este último supuesto el deudor adoptaría una actitud hostil frente a sus acreedores).

368. Cierta número de regímenes de la insolvencia hacen una distinción, respecto de la función asignable al deudor, entre el período que transcurre entre la apertura del procedimiento de insolvencia y la aprobación de un plan de reorganización, por una parte, y el período posterior a la aprobación de dicho plan, por otra. Esos regímenes han previsto, para el primer período, ciertas reglas que definen específicamente las facultades del deudor para dirigir y controlar la marcha diaria del negocio y que prevén el nombramiento de un representante independiente de la insolvencia. Una vez aprobado el plan, dejarán de aplicarse las limitaciones del control y de la gestión del negocio por parte del deudor y éste pasará a ser responsable de la ejecución del plan aprobado.

369. Los regímenes de la insolvencia prevén diversas soluciones para compaginar esas consideraciones conflictivas que se dan en los procedimientos de reorganización: desde privar al deudor del control de la empresa, sustituyéndolo por un representante de la insolvencia, hasta permitir que el deudor siga controlando su negocio con un mínimo de supervisión. Otras soluciones intermedias prevén que el representante de la insolvencia ejerza cierto grado de supervisión y, al mismo tiempo, que los directivos de la empresa sigan en funciones. La elección de alguna de estas diversas opciones repercutirá en la estructura del régimen de la insolvencia y especialmente en el equilibrio que debe mantenerse entre los diversos

participantes y en el modo en que se mantendrá y contrarrestará ese equilibrio, entre las funciones asignadas que haya previsto el tribunal o los acreedores.

ii) *Posibles modos de mantener al deudor en funciones*

- *Deposición total del deudor*

370. Esta solución consiste en seguir el régimen propio de la liquidación, privando al deudor de todo control sobre el negocio y nombrando un representante de la insolvencia que asuma todas las funciones del deudor en la gestión de la empresa. Ahora bien, como ya se observó, la deposición total del deudor puede perturbar los negocios y mermar la capacidad de la empresa para salir adelante en un momento crítico para su supervivencia.

- *Supervisión del deudor por el representante de la insolvencia*

371. En ciertos enfoques intermedios se prevén diversos grados de control del deudor por el representante de la insolvencia. Lo más usual es que el representante de la insolvencia deba ejercer cierta supervisión global de las actividades del deudor, que habrá de recabar su aprobación para toda operación importante, mientras que el deudor dirigirá la marcha diaria del negocio y adoptará toda decisión requerida al respecto. Esta solución tal vez deba reforzarse mediante un régimen relativamente estricto que delimite claramente las responsabilidades del representante de la insolvencia y del deudor, y que enuncie con certeza el modo en que discurrirá el procedimiento de reorganización. Por ejemplo, algunos regímenes de la insolvencia especifican que determinadas operaciones, como todo nuevo endeudamiento, la enajenación o pignoración de bienes y la creación de algún derecho de usufructo o utilización sobre bienes de la masa, sólo podrán hacerse sin el consentimiento previo del representante de la insolvencia o del tribunal competente, si se efectúan en el curso ordinario de los negocios. En otras circunstancias, el deudor deberá recabar dicho consentimiento. La supervisión de los movimientos de caja de la empresa deudora puede ser un medio suplementario para controlar al deudor y sus operaciones.

372. Si el deudor incumple alguna de estas restricciones y concierta contratos sin antes solicitar el consentimiento requerido, el régimen de la insolvencia podrá tener que regular la validez de esas operaciones y prever la imposición de sanciones al deudor por tal incumplimiento. En un régimen de la insolvencia se dispone, por ejemplo, que en tales circunstancias el tribunal podrá clausurar definitivamente el procedimiento de insolvencia. Ahora bien, la idoneidad de esta solución depende no sólo de si el procedimiento se abrió a instancia del deudor o de los acreedores (el deudor no debería tener la capacidad de hacer fracasar un procedimiento iniciado a petición de los acreedores incumpliendo las disposiciones del régimen de la insolvencia o desatando resoluciones judiciales), sino también de que sea la vía óptima para proteger los intereses de todas las partes interesadas, así como de que el régimen de la insolvencia prevea otros mecanismos para regular ese tipo de conducta del deudor (que incluyan la posibilidad de transformar el procedimiento de reorganización en liquidación).

373. Los regímenes de la insolvencia que enumeran las operaciones que requieran consentimiento suelen delimitar con cierta claridad la responsabilidad del deudor, la del representante de la insolvencia y la del tribunal. En algunos de ellos se faculta asimismo al representante de la insolvencia para asumir un mayor control de la

masa de la insolvencia y de la gestión de la marcha diaria del negocio si lo juzga necesario para salvaguardar los intereses de la masa, por ejemplo, cuando existan pruebas de actuación financiera irresponsable del deudor o de mala gestión o malversación de fondos. En un caso así, tal vez convenga permitir que el foro competente deponga al deudor, para lo que podrá obrar de oficio o a instancia del representante de la insolvencia, y tal vez a petición de los acreedores o del comité de acreedores.

374. Tal vez se encomiende a los acreedores la función de supervisar la gestión del deudor y de cerciorarse de que esa gestión se hace como es debido. Si se confiere esa función a los acreedores, tal vez convenga prever ciertas salvaguardias para evitar que los acreedores traten de hacer fracasar el procedimiento de reorganización o de imponer sus criterios cuando no les corresponda. Para ello, cabría exigir, por ejemplo, el voto favorable de una determinada mayoría de los acreedores para deponer al deudor o para incrementar la función supervisora del representante de la insolvencia.

375. Un método muy distinto para demarcar las facultades del deudor y del representante de la insolvencia consiste en que el régimen de la insolvencia no especifique qué operaciones podrá efectuar el deudor, sino que permita al tribunal o al representante de la insolvencia determinar los actos jurídicos autorizados y los actos del deudor que requerirán aprobación. Al tiempo que deja cierto grado de flexibilidad, este método tal vez resulte disuasorio para los deudores que se planteen poner en marcha un procedimiento de insolvencia, ya que no estarán seguros sobre el modo en que la apertura del procedimiento repercutirá en la gestión y en el control de sus negocios.

- Retención plena del control por el deudor

376. Otro enfoque posible de esta cuestión es dejar que el deudor retenga pleno control sobre la marcha del negocio, absteniéndose el tribunal de nombrar un representante independiente al abrirse el procedimiento (situación conocida a veces como la del “deudor en posesión del negocio”). Este método tiene la ventaja de mejorar las probabilidades de éxito de la reorganización si se puede confiar en que el deudor seguirá llevando el negocio con honradez y se ganará la confianza y la cooperación de los acreedores.

377. No obstante, este método puede ser desventajoso cuando sea muy improbable que la reorganización prospere; cuando sirva únicamente para demorar lo inevitable con el resultado de que se seguirán dispersando los bienes; cuando exista el riesgo de que el deudor actúe de modo irresponsable o incluso fraudulento durante el período en el que retenga el control de la empresa, comprometiendo el éxito de la reorganización y defraudando la confianza depositada en el deudor por los acreedores; y cuando exista la posibilidad de que el proceso ofrezca ventajas competitivas a las empresas que atraviesen dificultades si consiguen obtener fondos a bajo costo, bajos intereses y otras ventajas que puedan reducir sus costos a un nivel inferior a los de la competencia. Cabría mitigar algunas de esas dificultades adoptando ciertas salvaguardias como la de obligar al deudor a informar con regularidad al tribunal sobre la marcha de la reorganización; permitir al tribunal que, en ciertos casos, nombre un representante de la insolvencia que supervise la gestión del deudor; asignar a los acreedores una importante función de supervisión o control del deudor o disponer que la reorganización pueda pasar a ser un procedimiento de

liquidación. Cabe señalar que cuando se adopta este enfoque, el personal de gestión de que disponga la empresa deudora al abrirse el procedimiento no será siempre el mismo que deberá llevar adelante la ejecución del plan aprobado; además, algunos de los factores antes señalados no tendrán el mismo peso que cuando el personal de gestión de la empresa deudora permanece en funciones a lo largo de todo el procedimiento. No obstante, dada la complejidad del método del deudor en posesión del negocio, es preciso examinarlo con detenimiento antes de adoptarlo, no sólo porque su éxito depende de que exista un sólido régimen de gestión empresarial y una fuerte capacidad institucional, sino también porque incide en la concepción de otras disposiciones del régimen de la insolvencia (por ejemplo, en las relativas a la elaboración del plan de reorganización, al ejercicio de los poderes de anulación, al régimen de los contratos y a la obtención de fondos tras la apertura del procedimiento de insolvencia) que en esta Guía no se abordan con profundidad.

3. Derechos del deudor

378. Como medida de amparo de lo que en algunos países se consideran derechos fundamentales del deudor y a fin de asegurar que el deudor sea tratado con equidad e imparcialidad y, tal vez lo más importante, a fin de fomentar su confianza en el procedimiento de insolvencia, es conveniente que en el régimen de la insolvencia se defina claramente la función que tendrá y los derechos de que gozará el deudor durante el procedimiento. En muchos países, los derechos del deudor como persona física, en un procedimiento de insolvencia pueden estar definidos en pactos o convenios internacionales o regionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).

- Derecho del deudor a ser oído, a tener acceso a información y a conservar efectos personales

379. Por las razones anteriormente indicadas, es conveniente que el deudor goce del derecho a ser oído durante el procedimiento de insolvencia y a participar en general en el proceso decisorio inherente a tal procedimiento, particularmente si es de reorganización. En particular, el deudor debería tener, en cualquier caso, acceso a la información relativa a la marcha del procedimiento, sobre todo cuando el régimen de la insolvencia prevea (ya sea en una liquidación o en una reorganización) que el deudor sea privado en cierta medida de la gestión o del control de la empresa. Este derecho de acceso a la información puede revestir particular importancia en una reorganización si el régimen de la insolvencia prevé que el deudor sea privado en cierta medida de sus poderes antes de la aprobación del plan, pero que deba hacerse cargo de la ejecución del plan, una vez aprobado. También puede convenir que, cuando el deudor no intervenga en la formulación del plan, se le dé la oportunidad de expresar su opinión sobre el plan antes de que se presente a quien deba aprobarlo. Como se observó anteriormente en el capítulo II.A.3, si el deudor es una persona física, se excluyen generalmente de la masa algunos de sus bienes a fin de que el deudor pueda preservar ciertos derechos personales, así como los de su familia, por lo que es conveniente que el régimen de la insolvencia enuncie claramente su derecho a conservar los bienes excluidos.

380. Pueden darse casos, no obstante, en que el ejercicio de esos derechos o su cumplimiento estén sujetos a trámites y ocasionen gastos que obstaculicen el procedimiento sin reportar al deudor ningún beneficio directo. Puede suceder, por

ejemplo, que cuando un deudor que ya no se encuentre en el territorio del foro ante el que se esté siguiendo el procedimiento y no responda o se niegue a responder a todo requerimiento que se le haga para ponerse en contacto con el tribunal o con el representante de la insolvencia, el requisito absoluto de oír al deudor pueda llegar a ser un grave obstáculo para el procedimiento y pueda incluso imposibilitarlo. De igual manera, cuando el deudor ya no esté en funciones y no pueda ser oído como tal, o cuando los accionistas y los propietarios de la empresa no participen en ninguna distribución de la masa durante el procedimiento, la obligación absoluta de oír al deudor puede resultar totalmente inútil. Por estas razones, si bien es conveniente prever que deba hacerse todo lo razonable para dar al deudor la oportunidad de ser oído, el régimen de la insolvencia debería ofrecer, en casos excepcionales, cierto margen de flexibilidad para impedir que la obligación de hacer cumplir ese derecho impida llevar a cabo normalmente el procedimiento.

4. Obligaciones del deudor

381. Al igual que en lo relativo a los derechos del deudor, es conveniente que el régimen de la insolvencia defina claramente las obligaciones que tenga el deudor en un procedimiento de insolvencia, precisando, en lo posible, el contenido de las obligaciones y frente a quién estará obligado. Las obligaciones deberían nacer con la apertura del procedimiento y ser exigibles hasta que éste concluya. Será preciso adaptar esas obligaciones a las funciones que deba desempeñar el deudor, tanto en una liquidación como en una reorganización, especialmente en lo relativo a la gestión y al control de la empresa en caso de reorganización. Por ejemplo, cuando el deudor mantenga el control del negocio durante una reorganización, no tendrá la obligación de entregar los bienes que formen parte de la masa.

a) Deber de cooperar y prestar asistencia

382. A fin de asegurar la buena marcha del procedimiento, algunos regímenes de la insolvencia, que prevén cierto desplazamiento o control del deudor, imponen a éste una obligación general de cooperar con el representante de la insolvencia y de prestarle asistencia en el cumplimiento de su cometido, y otros regímenes lo obligan a abstenerse de todo acto que pudiera obstaculizar la sustanciación del procedimiento. Un elemento esencial de ese deber de cooperación es dar facilidades al representante de la insolvencia para que pueda controlar eficazmente la masa transfiriéndole el control de los bienes y de los datos y libros de contabilidad de la empresa. Cuando los bienes del deudor no se encuentren en el territorio del Estado del foro, tal vez no le sea posible al deudor transferir el control de esos bienes; en tal caso, la obligación debería consistir en facilitar al representante de la insolvencia la recuperación de los bienes que se encuentren en el extranjero y en colaborar con él al respecto (véase el capítulo VII de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza). El deudor también podrá tener que colaborar con el representante en la preparación de la lista de acreedores y de sus respectivos créditos, así como una lista de los deudores del deudor (véase el capítulo III.B.4).

b) Deber de facilitar información

383. Para facilitar una evaluación independiente y exhaustiva del negocio del deudor, particularmente en lo relativo a sus necesidades inmediatas de liquidez y a la conveniencia de que se le otorgue financiación tras la apertura del procedimiento,

se requerirá información sobre las perspectivas de supervivencia a largo plazo de la empresa deudora, sobre si su personal directivo es competente para seguir al frente de la empresa, e información sobre el deudor, concretamente sobre sus bienes y obligaciones y su situación financiera y comercial en general. Para que esa evaluación sea posible, en uno u otro tipo de procedimiento, pero particularmente en caso de reorganización o cuando en una liquidación se trate de vender la empresa como negocio en marcha, será conveniente que el deudor siga obligado a facilitar información detallada respecto del negocio y de su situación financiera durante un período sustancial que vaya más allá del período próximo a la apertura del procedimiento. Esa información detallada puede ser la relativa a los bienes y las obligaciones de la empresa, sus ingresos y desembolsos, sus listas de clientes, sus previsiones de ganancias y pérdidas; detalles sobre su corriente de efectivo; la comercialización de sus productos; las tendencias del ramo industrial pertinente; toda información relativa a las presuntas causas de la crisis financiera del deudor; la revelación de toda operación realizada anteriormente en la que el deudor haya intervenido o haya utilizado sus bienes, incluidas las operaciones que puedan ser impugnadas y anuladas conforme a las disposiciones del régimen de la insolvencia; e información sobre todo contrato pendiente y toda operación efectuada con personas con las que esté emparentado, así como sobre todo procedimiento que se esté siguiendo ante un tribunal judicial, arbitral o administrativo contra el deudor o en el que éste sea parte interesada. Varios regímenes de la insolvencia exigen también que el deudor facilite información sobre sus acreedores y, como se ha señalado en el párrafo anterior, que prepare, a menudo en colaboración con el representante de la insolvencia, una lista de sus acreedores que permita verificar los créditos que presenten, así como una lista de sus deudores. Puede también requerirse al deudor que actualice esa lista a medida que se vaya verificando los créditos y se vaya decidiendo si son admisibles o no.

384. Aun cuando tal vez no sea necesario que en la legislación sobre la insolvencia se especifique exhaustivamente la información requerida, una lista de esta índole podría servir de orientación sobre el tipo de información que deberá facilitar el deudor. En algunos regímenes se han preparado, a este respecto, formularios normalizados en los que se indican los datos requeridos. Corresponderá al deudor llenar esos formularios (y podrá ser objeto de sanciones si facilita información falsa o que induzca a error) o a un administrador o persona independiente.

385. A fin de que la información facilitada pueda servir para todas estas finalidades, hará falta que esté actualizada y que sea completa, exacta y fiable, y sería conveniente exigir que fuera presentada lo antes posible tras la apertura del procedimiento, con la posibilidad de dar al deudor el tiempo necesario para reunir la información pertinente. Si el deudor puede cumplir con esta obligación, los acreedores podrán confiar más en la capacidad del deudor para seguir dirigiendo la empresa.

386. El proceso previsto para recabar la información señalada podrá ser de fundamental importancia para que resulte útil. Si, por ejemplo, los directivos de la empresa deudora son responsables de la actual situación financiera del deudor, pueden no estar dispuestos a revelar información cabal y veraz ni información que demuestre que la situación de insolvencia es imputable a su gestión (aunque algunas leyes penales dispongan que las pruebas autoincriminatorias no podrán ser utilizadas en subsiguientes procesos penales para así alentar a las personas

interesadas a que se den información veraz). En consecuencia, además de la obligación del deudor de informar, puede ser conveniente que el régimen de la insolvencia otorgue al representante de la insolvencia y a los acreedores, o al comité de acreedores, el correspondiente derecho a exigir y recibir información del deudor, previendo las sanciones oportunas cuando no se proporcione la información solicitada. La obligación del deudor podrá complementarse con medidas adicionales que podrán consistir en el nombramiento de un auditor independiente o en exigir que el propio deudor (si es una persona física), o uno o más miembros del órgano rector de la empresa deudora, asistan o se hagan representar en una junta general de acreedores para responder a las preguntas, excepto cuando ello no sea posible por razones geográficas.

c) Confidencialidad

387. A menudo la información que deberá facilitar el deudor será información comercial delicada o confidencial o estará sujeta a obligaciones contraídas con terceros (tal vez secretos comerciales, listas de clientes y proveedores, datos de investigación o planes para un futuro desarrollo de la empresa) y tal vez esa información sea propiedad del deudor o de un tercero, pero esté bajo el control del primero. Es conveniente que el régimen de la insolvencia prevea alguna salvaguardia para proteger esos tipos de información, a fin de evitar todo abuso por parte de los acreedores o de algún tercero que trate de aprovechar esos datos en una situación de insolvencia. A fin de tener en cuenta a la vez la obligación del deudor de proteger dicha información y su obligación de informar al representante de la insolvencia, al tribunal o a los acreedores, ese doble deber de respetar el carácter confidencial de la información y de protegerla tal vez debería hacerse extensivo también a toda persona que mantenga algún vínculo con el deudor, al representante de la insolvencia, a los acreedores en general, al comité de acreedores y a terceros.

d) Obligaciones supletorias o complementarias

388. Algunos regímenes de la insolvencia imponen otras obligaciones que complementan la obligación del deudor de cooperar y prestar asistencia. Se prevé, por ejemplo, el deber (tanto del deudor que sea una persona física como del personal directivo de una empresa deudora, o sea, de una persona jurídica) de no abandonar su lugar de residencia habitual sin autorización del tribunal o del representante de la insolvencia o de notificar al tribunal o al representante de la insolvencia si se proponen abandonar ese lugar de residencia o se ven forzados a hacerlo, de revelar toda su correspondencia comercial al representante de la insolvencia o al tribunal, así como otras restricciones de la libertad personal del deudor. Cuando se trate de un deudor que sea una persona jurídica, esas restricciones también podrían impedir el traslado de la sede de esa persona jurídica y el régimen de la insolvencia podría requerir, a tal efecto, el consentimiento del tribunal o del representante de la insolvencia. Esas restricciones pueden ser esenciales para evitar que perturbe la marcha del procedimiento a la práctica habitual de ciertos deudores de ausentarse o de abandonar el lugar del establecimiento comercial y de ciertos directivos o miembros del consejo de administración de dimitir de sus cargos tras la apertura del procedimiento. De prever el régimen de la insolvencia alguna obligación al respecto, es conveniente que estos deberes complementarios sean acordes con la finalidad que persiguen y con el objetivo del deber general de cooperar; estas obligaciones también pueden

verse limitadas por la aplicación de los convenios o pactos de derechos humanos antes mencionados.

389. Algunos regímenes de la insolvencia disponen explícitamente que esas obligaciones serán automáticamente aplicables, mientras que en otros el tribunal podrá discrecionalmente declararlas aplicables si las considera necesarias para la administración de la masa. En algunos regímenes se hace una distinción entre el deudor según si se trata de una persona física o de una persona jurídica; si el deudor es una persona física, sólo el tribunal podrá decidir las limitaciones que le sean aplicables, pero si el deudor es una persona jurídica, algunas restricciones, como el deber de revelar la correspondencia comercial, serán automáticamente aplicables.

e) Recurso a profesionales o peritos que asesoren al deudor

390. A fin de que el deudor pueda cumplir todo deber que le sea impuesto en el marco del procedimiento, ciertos regímenes de la insolvencia permiten que el deudor contrate a profesionales como contables, abogados, tasadores y a todo otro perito o profesional que sea necesario, a reserva de que se le autorice a hacerlo. En algunos ordenamientos, esa autorización le podrá ser dada por el representante de la insolvencia, mientras que en otros el deudor deberá obtenerla del tribunal o de los acreedores.

f) Inobservancia de algún deber

391. Para el supuesto en que el deudor incumpla alguna de sus obligaciones, tal vez convenga que el régimen de la insolvencia prevea las consecuencias de tal incumplimiento, teniendo en cuenta la diversidad de las obligaciones e imponiendo sanciones adecuadas. Si, como se ha señalado anteriormente, el deudor oculta parte de la información requerida, puede ser apropiado prever un mecanismo por el que se pudiera obligar al deudor a facilitar esa información, por ejemplo, mediante un “interrogatorio público” del deudor a cargo del tribunal o del representante de la insolvencia. En el derecho penal de algunos países se han previsto sanciones para los casos graves de ocultación de datos requeridos. Podría adoptarse un enfoque similar en caso de incumplimiento de otras obligaciones. En una reorganización, la transformación del procedimiento en una liquidación (véase el capítulo IV.A.14) podría ser una sanción pertinente, siempre que fuera lo más conveniente para los acreedores; no obstante, podrán darse casos en los que, pese al incumplimiento por parte del deudor de su obligación de cooperar o de toda otra obligación, lo más conveniente para los acreedores será continuar el procedimiento de reorganización.

392. El régimen de la insolvencia tal vez deba considerar también los efectos de todo acto por el que se incumpla algunas de estas obligaciones y si dicho acto será o no anulable. Por ejemplo, los contratos celebrados por el deudor tras la apertura del procedimiento podrían regularse en el contexto de los procedimientos de anulación o equiparándolas a operaciones no autorizadas. También podría determinarse a qué partes habría que imponer las sanciones cuando el deudor fuera una persona jurídica, por ejemplo, a la persona que, a todas luces, controlara al deudor, incluidos los directivos o los miembros del consejo de administración de la empresa.

5. Responsabilidad del deudor

393. Mientras una empresa sea solvente, su personal directivo suele tener que rendir cuentas a los propietarios de la empresa, y sus relaciones con los acreedores se regirán únicamente por sus respectivos acuerdos contractuales. Sin embargo, al pasar una empresa a ser insolvente, la responsabilidad pasará a ser de los acreedores, que se convertirán en los verdaderos titulares financieros de la empresa, ya que son ellos los que habrán de soportar el riesgo de toda pérdida adicional que sufra la empresa deudora que mantenga sus actividades comerciales. Pese a este cambio de situación, la conducta y los actos de los propietarios y directivos de una empresa se regirá primordialmente por normas de derecho o de conducta profesional que están al margen del régimen de la insolvencia. No es aconsejable que el régimen de la insolvencia sea utilizado para paliar las deficiencias de la reglamentación legal de la responsabilidad comercial o para vigilar la observancia de las normas de buena gestión empresarial, pese a que en algunos regímenes de la insolvencia se prevea la obligación de abrir un procedimiento cuando una empresa ya empiece a experimentar dificultades financieras (véase el capítulo I.B). Si los actos o la conducta anterior de ciertas personas profesionalmente vinculadas al deudor insolvente han causado pérdidas o daños a los acreedores del deudor (por ejemplo, mediante fraude o negligencia), tal vez proceda, según el régimen interno de la responsabilidad aplicable en materia de fraude o de negligencia, que el régimen de la insolvencia prevea el derecho a reclamar a dichas personas una indemnización por daños y perjuicios.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones referentes al deudor tienen por objeto:

- a) establecer los derechos y las obligaciones del deudor durante el procedimiento de insolvencia;
- b) prever vías de recurso contra el incumplimiento por el deudor de sus obligaciones;
- c) regular toda cuestión relativa a la gestión de la empresa deudora en el marco de un procedimiento de insolvencia.

Contenido de las disposiciones legales

Derechos

- *Derecho del deudor a ser oído (véase la recomendación 121))*
- *Derecho a participar y a ser informado*

93) El régimen de la insolvencia debería especificar que el deudor tendrá derecho a participar en el procedimiento de insolvencia, y a recabar información sobre el mismo tanto del representante de la insolvencia como del tribunal.

- *Derecho del deudor a conservar bienes para preservar sus derechos personales*

94) De ser el deudor una persona física, el régimen de la insolvencia debería especificar que tendrá derecho a conservar los bienes que el régimen excluya de la masa⁷⁹.

Obligaciones

95) El régimen de la insolvencia debería especificar claramente cuáles serán las obligaciones del deudor en un procedimiento de insolvencia, que nacerán con la apertura del procedimiento y que serán exigibles hasta su clausura. Entre estas obligaciones deberían figurar las de:

a) cooperar con el representante de la insolvencia y ayudarlo a desempeñar sus funciones;

b) facilitar toda información exacta, fidedigna y completa sobre su situación financiera y el estado de su negocio que pueda [razonablemente] solicitarle el tribunal, el representante de la insolvencia, los acreedores y/o el comité de acreedores, concretamente las listas de⁸⁰:

i) las operaciones celebradas, antes de la apertura del procedimiento, en las que haya participado el deudor o de las que hayan sido objeto sus bienes;

ii) los procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos que se estén siguiendo, incluidos los procedimientos de ejecución en curso;

iii) los bienes, obligaciones, ingresos y desembolsos;

iv) los deudores y sus obligaciones;

v) los acreedores y de sus respectivos créditos, en colaboración con el representante de la insolvencia, debiéndose actualizar o enmendar la lista a medida que se vayan verificando dichos créditos y que se vaya decidiendo si son o no admisibles;

c) [si se nombra un representante de la insolvencia] proporcionar a éste todos los medios para que pueda asumir eficazmente el control de la masa y dar facilidades al representante de la insolvencia y cooperar con él cuando trate de recuperar los bienes de la masa, dondequiera que se encuentren⁸¹, o el control sobre ellos, así como los libros de contabilidad de la empresa;

d) de ser el deudor una persona física, notificar al tribunal si tiene intención de abandonar su lugar de residencia o si se ve forzado a ello, y, de ser el deudor una persona jurídica, obtener el consentimiento del tribunal o del representante de la insolvencia para el traslado de su sede.

⁷⁹ Véase el capítulo II.A.

⁸⁰ Siempre que se conceda al deudor el tiempo necesario para reunir la información pertinente.

⁸¹ Véase el capítulo VII – la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza y el nombramiento de un representante extranjero.

Confidencialidad

96) El régimen de la insolvencia debería especificar salvaguardias para la protección de la información facilitada por el deudor⁸², que sea información comercial delicada o de carácter confidencial.

Función del deudor en el mantenimiento de la empresa

97) El régimen de la insolvencia debería especificar la función que desempeñará el deudor cuando se mantenga en marcha la empresa durante un procedimiento de insolvencia. Cabe prever, entre otras posibilidades, que:

a) el deudor mantenga el pleno control de la empresa (deudor en posesión), previéndose diversas salvaguardias adecuadas, como el mantenimiento de diversos grados de control sobre el deudor, y la posibilidad de relevarlo de sus funciones en determinados supuestos⁸³;

b) se prive parcialmente al deudor de sus funciones, pero permitiéndole seguir llevando los negocios ordinarios bajo la supervisión de un representante de la insolvencia, en cuyo caso la ley deberá delimitar claramente las funciones respectivas del deudor y del representante de la insolvencia; o

c) se desposea totalmente al deudor de sus funciones de gestión de la empresa y se nombre un representante de la insolvencia.

Sanciones para supuestos de incumplimiento

98) El régimen de la insolvencia debería permitir la imposición de sanciones a todo deudor que incumpla las obligaciones prescritas por la ley.

B. El representante de la insolvencia

1. Introducción

394. En el régimen de la insolvencia se designa a la persona encargada de administrar el procedimiento y la masa de la insolvencia por diversos nombres, incluido el de administrador, síndico, liquidador, supervisor, contador público, administrador oficial o judicial y comisario. En la presente Guía, por “representante de la insolvencia” se entiende la persona que administra en sentido lato un procedimiento, sin distinguir entre las diversas funciones que cabe asignarle en diversos tipos de procedimiento. El representante de la insolvencia puede ser una sola persona o, en algunos ordenamientos jurídicos una sociedad u otra entidad jurídica independiente. Independientemente del modo en que sea nombrado, el representante de la insolvencia desempeña una función preponderante, pues debe aplicar eficaz y eficientemente el régimen de la insolvencia, ejerciendo ciertas facultades sobre los actos y bienes del deudor, y tiene la obligación de proteger esos

⁸² Entre la información facilitada por el deudor puede figurar información que esté bajo su control, propiedad del deudor o de un tercero.

⁸³ Cabe señalar que la eficacia de esta opción depende de la existencia de una sólida estructura judicial del país y de que se prevean y apliquen salvaguardias para deponer al deudor en determinados supuestos. Véase a este respecto un análisis más detallado en el capítulo III.A.2 b) ii).

bienes y su respectivo valor, así como los intereses de los acreedores y los empleados, y de velar por una aplicación eficaz e imparcial de la ley. Por consiguiente, es indispensable que el representante de la insolvencia esté debidamente cualificado y posea los conocimientos, la experiencia y las calidades personales necesarias para garantizar la sustanciación eficaz y eficiente del procedimiento y para fomentar la confianza en el régimen de la insolvencia.

2. Cualificaciones

395. Las cualificaciones que deberá poseer una persona para poder ser designada representante de la insolvencia varían en función de las atribuciones que el régimen de la insolvencia confiera al representante (y, concretamente, de si el procedimiento es de liquidación o de reorganización) así como del grado de supervisión que ejerza el tribunal sobre el representante de la insolvencia (y sobre el procedimiento en general). Esas cualificaciones también pueden depender del procedimiento previsto para su nombramiento (véase más adelante). Si el régimen de la insolvencia prevé el nombramiento como representante de la insolvencia de un funcionario público, las cualificaciones que se analizan a continuación no serán de interés para su nombramiento (aunque tal vez sí lo sean para el empleo de esa persona en el organismo pertinente de la administración pública).

396. Al definir el grado de competencia que deberá tener un representante de la insolvencia, conviene, por una parte, no exigir requisitos demasiado estrictos porque podrían dar lugar al nombramiento de personas altamente cualificadas, descartando así un gran número de personas aptas para ser nombradas e incrementando las costas del procedimiento y, por otra parte, no imponer requisitos tan poco estrictos que permitan nombrar un representante con competencia insuficiente para estar a la altura del cargo. Cuando no se encuentren profesionales debidamente cualificados, la función que desempeñe el tribunal en el nombramiento y la supervisión del representante de la insolvencia será un factor importante para hallar ese término medio.

a) Representante provisional de la insolvencia

397. De nombrar el tribunal un representante de la insolvencia para el período previo a la apertura del procedimiento, el tribunal deberá normalmente definir sus facultades y funciones. Cuando esas facultades y funciones coincidan con las de un representante nombrado una vez abierto el procedimiento, ese representante interino debería tener el mismo grado de responsabilidad y de competencia profesional que se exige del representante nombrado después de la apertura del procedimiento, y debería percibir idéntica remuneración.

b) Conocimientos y experiencia

398. La complejidad de muchos procedimientos de insolvencia hace sumamente deseable que el representante esté debidamente cualificado y cuente con conocimientos jurídicos (no sólo en materia de insolvencia, sino también sobre toda cuestión de derecho comercial o mercantil, financiero y de sociedades que pueda repercutir en el régimen de la insolvencia), y que posea experiencia adecuada en asuntos comerciales y financieros, así como de contabilidad. El representante de la insolvencia deberá demostrar su competencia para desempeñar las funciones asignadas en diversos casos y circunstancias que posiblemente serán contenciosos,

tanto en procedimientos de reorganización como de liquidación, en los que los plazos podrán estar fijados por el régimen de la insolvencia, en que deberán sopesarse los requisitos comerciales teniendo en cuenta consideraciones jurídicas, y en que habrá que velar por los intereses de otras personas, como los de los acreedores, y tal vez por un interés público. Si en algún caso se requiere algún conocimiento más especializado, será siempre posible contratar al personal pericial adecuado. Algunos regímenes de la insolvencia exigen que la persona designada como representante de la insolvencia posea los conocimientos y la pericia que se requieran para un determinado caso, como el conocimiento de los negocios del deudor, de sus bienes y del tipo de mercado en el que realiza sus operaciones.

c) Vías para garantizar la idoneidad profesional

399. Existen diversas vías para determinar la idoneidad profesional de un representante de la insolvencia, como exigir ciertas pruebas o diplomas de competencia profesional; exigir una licencia otorgada por algún órgano público o colegio profesional; organizar cursos especializados y exámenes con obtención de certificado; exigir cierto grado de experiencia (generalmente expresada en años) en determinados campos, por ejemplo, finanzas, comercio, contabilidad y derecho, así como experiencia en la sustanciación de procedimientos de insolvencia. También cabría exigir la asistencia a cursos de capacitación profesional para cerciorarse de que los candidatos tengan conocimientos actualizados en las ramas pertinentes del derecho y sobre las nuevas prácticas. Los sistemas que prevén la obtención de una licencia o de un diploma profesional, o la pertenencia a algún colegio o asociación profesional, suelen prever asimismo algún régimen disciplinario y cierta supervisión, y cabe que el representante de la insolvencia esté sujeto a un régimen impuesto por el tribunal, por alguna autoridad de regulación de la actividad empresarial o un colegio profesional o por algún otro órgano, reglamentados por leyes distintas del régimen de la insolvencia. Algunos de esos sistemas son relativamente complejos, por lo que no procede examinarlos en detalle en la presente Guía.

d) Cualidades personales

400. Además de poseer los conocimientos y la experiencia requerida, tal vez sea también conveniente exigir que el representante de la insolvencia posea ciertas cualidades personales, como integridad, imparcialidad y una óptima capacidad de gestión. La integridad puede requerir que el representante de la insolvencia goce de buena reputación y carezca de antecedentes penales ni haya cometido actos ilícitos de carácter financiero; en algunos ordenamientos también se exige que no haya sido objeto de insolvencia o que no haya sido destituido de algún cargo en la administración pública. Generalmente, si se da alguno de estos supuestos, el candidato propuesto quedará descalificado.

e) Conflictos de intereses

401. Un elemento esencial de estas cualidades es que el representante de la insolvencia pueda demostrar su independencia de todo interés personal en el asunto, ya sea de carácter económico, familiar o de otra índole. A tales efectos, es conveniente que el régimen de la insolvencia imponga la obligación de dar a conocer todo conflicto de intereses real o potencial que tenga la persona propuesta como representante de la insolvencia en el momento de la apertura del

procedimiento y que tenga el representante ya designado y que pueda influir en todo el procedimiento. El régimen de la insolvencia debería especificar a quién deberán revelarse tales conflictos de intereses, lo cual dependerá de lo que disponga el procedimiento de selección y nombramiento del representante de la insolvencia. Las circunstancias que podrán constituir un conflicto de intereses y las consecuencias de que se revele tal conflicto en el momento de la apertura del procedimiento o de que sea descubierto posteriormente, varían de un régimen a otro.

402. Puede darse un conflicto de intereses, por ejemplo, a raíz de toda relación que se haya mantenido o que siga manteniéndose con el deudor. Para determinar la existencia de tal conflicto de interés, bastará que el candidato haya tenido una relación de propiedad sobre el deudor o que haya mantenido o siga manteniendo una relación comercial con la empresa deudora (que incluye el hecho de ser parte en una operación con el deudor que pueda ser objeto de investigación en el procedimiento de insolvencia o el hecho de ser acreedor o deudor del deudor); a tal efecto, bastará también que el candidato haya mantenido alguna relación con un acreedor del deudor o con alguna empresa competidora del deudor, o que haya sido contratado anteriormente como representante o empleado del deudor. En otros países, tal conflicto de intereses constituirá un impedimento para que el candidato propuesto pueda ser nombrado representante de la insolvencia, o será un motivo de descalificación de la persona designada, que ya no podrá seguir en funciones. En otros países, la persona podrá, aun así, ser nombrada, siempre y cuando la revelación del conflicto de intereses haya corroborado su integridad y siempre que los datos revelados permitan comprobar la imparcialidad o la independencia de dicha persona. A efectos de fomentar la transparencia, previsibilidad e integridad del procedimiento, es conveniente que el régimen de la insolvencia indique el grado de relación o asociación que pudiera dar lugar a tal conflicto de intereses. Suele dejarse en manos del tribunal la determinación de si, en el caso examinado, existe o no un conflicto de intereses o de si hay o no indicios de que la persona propuesta como representante de la insolvencia no cumple el requisito de total independencia.

3. Selección y nombramiento del representante de la insolvencia

403. Los regímenes de la insolvencia prevén diversos métodos para la selección y el nombramiento de un representante de la insolvencia. El representante de la insolvencia podrá ser elegido entre los miembros de diversas actividades profesionales, tales como los miembros de la comunidad empresarial, los empleados de algún organismo público especializado o los componentes de grupos privados cualificados (abogados, personal contable o de otra índole). Conforme a algunos regímenes, será nombrado automáticamente un cargo público (conocido por diversos nombres: síndico, contador oficial, administrador concursal) para administrar todos los casos de insolvencia o sólo determinados tipos de casos. En muchos países, el representante de la insolvencia ha de ser una persona física, pero en otros cabe designar una persona jurídica, a reserva de que el personal de esa entidad que haya de asumir las funciones de representante cumpla ciertos requisitos de competencia profesional y que la persona jurídica nombrada esté sujeta a algún tipo de reglamentación.

a) Selección y nombramiento del representante de la insolvencia por parte del tribunal

404. Son muchos los países en donde el tribunal se encarga de seleccionar, nombrar y supervisar al representante de la insolvencia. El tribunal podrá seleccionar discrecionalmente a una persona que figure en una lista de profesionales debidamente cualificados. El tribunal podrá efectuar la selección mediante una lista o sistema rotativo o por algún otro medio, incluso por recomendación de los acreedores o del propio deudor. Pese a que el sistema de lista rotativa constituye un método equitativo e imparcial para el nombramiento del representante, tiene el inconveniente de que no asegura el nombramiento de la persona más cualificada para administrar un caso concreto. Naturalmente, esto puede depender del modo en que se elabore la lista y de los requisitos que deban cumplir los profesionales de la insolvencia para figurar en ella. Ese inconveniente tal vez pierda relevancia cuando los que los bienes de la masa de la insolvencia no sean suficientes para cubrir los gastos de administración.

b) Autoridad independiente encargada del nombramiento

405. En algunos países, cierta institución u órgano se encarga de reglamentar la función del representante de la insolvencia y de elegir, a instancia del foro competente, a un representante para cada caso de insolvencia. Este método puede tener la ventaja de encomendar el nombramiento a una autoridad independiente que deba seleccionar a personas con la pericia y los conocimientos requeridos para las circunstancias del caso, por ejemplo, en función del tipo de negocios o de actividades del deudor, del tipo de bienes que formen la masa, de las condiciones del mercado en que la empresa deudora realice o haya realizado sus operaciones, de toda pericia profesional que se requiera para entender los negocios del deudor, o de toda otra circunstancia especial. La conveniencia de recurrir a una autoridad independiente para efectuar el nombramiento dependerá de la existencia de un órgano o de una institución que cuente con los recursos y la infraestructura que se requiera para esta función; de no existir tal órgano, habrá que establecer una entidad apropiada.

c) Función de los acreedores

406. Otra posibilidad consiste en permitir que los acreedores intervengan en el nombramiento, recomendando e incluso eligiendo a la persona que se nombrará representante de las insolvencias, siempre y cuando esa persona esté cualificada para ejercer esa función en un caso concreto. El método de recurrir, para el nombramiento, a una autoridad independiente y al comité de acreedores puede evitar dudas sobre la imparcialidad de la persona designada y para aligerar la tarea de supervisión encomendada al tribunal. Conforme a otro criterio, se permite, en procedimientos de reorganización abiertos a instancia del deudor, que el propio deudor nombre al representante de la insolvencia. Este método permite organizar, antes de la apertura del procedimiento, conversaciones entre el deudor y ciertos interesados, como los acreedores garantizados, a fin de que el futuro representante se familiarice con el negocio, y ofrece al deudor la posibilidad de elegir el representante que juzgue más apto para llevar a cabo la reorganización. No obstante, pueden surgir dudas sobre la independencia del representante de la insolvencia. En

tal caso, se permite, en determinadas circunstancias, que los acreedores sustituyan a un representante de la insolvencia designado por el deudor.

4. Supervisión del representante de la insolvencia

407. Además de las cualificaciones y cualidades personales que se exigen a toda persona para ser nombrada representante de la insolvencia, el régimen de la insolvencia puede prever, según sus características y según las funciones que asigne a cada parte, que se supervise el modo en que el representante desempeña sus funciones (y que éste demuestre que posee las cualidades previamente exigidas). Los regímenes de la insolvencia siguen diversos criterios para definir, por ejemplo, la relación entre el representante de la insolvencia y el tribunal y, en particular, para delimitar sus respectivas facultades, así como para determinar la función que los acreedores podrían desempeñar en la supervisión de ciertas decisiones del representante de la insolvencia y respecto de otras cuestiones, como la remuneración del representante e incluso su destitución. Dado que normalmente la persona que dispone de más información sobre la situación del deudor es el representante, también suele estar en mejores condiciones para adoptar decisiones con conocimiento de causa sobre el curso que debe seguir el procedimiento de insolvencia. Sin embargo, esto no significa que el representante de la insolvencia pueda hacer las veces del tribunal, sino todo lo contrario. Por ejemplo, el representante de la insolvencia puede tener que notificar previamente sus decisiones al tribunal o a los acreedores; el representante puede tener que informar periódicamente o sobre ciertas actividades al tribunal o a los acreedores; y en general el tribunal deberá dirimir las controversias que surjan durante el procedimiento y muchas veces se requerirá su aprobación en diversas etapas del procedimiento. Incluso en los países en que el tribunal tiene menor protagonismo en los casos de insolvencia, se limitan las atribuciones que normalmente se confieren al representante de la insolvencia.

5. Deberes y funciones del representante de la insolvencia

408. El régimen de la insolvencia especifica a menudo cuáles son las obligaciones y las funciones que ha de desempeñar el representante de la insolvencia durante el procedimiento y es importante que le otorgue asimismo las facultades requeridas para cumplir sus deberes y funciones de manera eficaz y eficiente. Si bien algunas de esas obligaciones y funciones del representante de la insolvencia que se enumeran a continuación tal vez sean más pertinentes para los procedimientos de liquidación que para los de reorganización, los deberes y funciones del representante de la insolvencia con respecto a la administración del procedimiento y a la preservación y protección de la masa serán en general los que figuran al final de este párrafo. La siguiente enumeración no pretende ser exhaustiva y en algunos casos las diversas funciones se solaparán o podrán no ser pertinentes a causa de la estructura del régimen de la insolvencia.

- i) asumir el control inmediato de los bienes que formen parte de la masa de la insolvencia y de la documentación comercial del deudor;
- ii) actuar como representante de la masa de la insolvencia;
- iii) obtener financiación tras la apertura del procedimiento de insolvencia;

- iv) ejercitar derechos en beneficio de la masa de la insolvencia en todo procedimiento judicial, arbitral o administrativo que se esté siguiendo;
- v) adoptar las medidas necesarias para proteger y preservar los bienes de la masa y la empresa del deudor, impidiendo en particular toda enajenación no autorizada de esos bienes y ejercer los poderes de impugnación que le hayan sido atribuidos para la recuperación de todo bien indebidamente enajenado en fraude de los acreedores;
- vi) inscribir todo derecho de la masa de la insolvencia (siempre que esa inscripción registral sea necesaria para confirmar esos derechos frente a todo adquirente que actúe de buena fe);
- vii) nombrar y remunerar a contables, abogados y a los peritos que pueda necesitar para el cumplimiento de su cometido;
- viii) informarse acerca del deudor, de sus bienes, de sus deudas y obligaciones y de toda operación anterior (especialmente de las que se hayan efectuado durante el período de sospecha), interrogando eventualmente al deudor y a todo tercero que haya tenido tratos con el deudor;
- ix) examinar los contratos que no se hayan cumplido en su totalidad a fin de decidir si conviene proseguir su ejecución o rechazarlos;
- x) ocuparse de los empleados y de sus derechos salariales o de otra índole, particularmente en materia de jubilación;
- xi) en caso de liquidación, vender los bienes de la masa de la insolvencia;
- xii) verificar la admisibilidad de los créditos presentados, admitirlos y mantener una lista actualizada de los créditos verificados y admitidos;
- xiii) informar con regularidad al tribunal y a los acreedores de los pormenores del procedimiento. Concretamente, deberá comunicarles una descripción detallada de los bienes vendidos durante el período pertinente, el precio obtenido, los gastos de venta y todo pormenor que el tribunal solicite o que el comité de acreedores pueda razonablemente pedir; presentar recibos y justificantes de los desembolsos; indicar los bienes que sigan bajo administración;
- xiv) asistir a las reuniones de los acreedores;
- xv) encargarse de la gestión de la empresa, tanto si es objeto de reorganización como si, en caso de liquidación, vaya a procederse a su venta como negocio en marcha;
- xvi) en una reorganización, preparar o ayudar a preparar un plan de reorganización o un informe en el que exponga los motivos por los que no sea posible reorganizar la empresa (siempre y cuando esta función corresponda al representante de la insolvencia);
- xvii) supervisar la aprobación del plan de reorganización y, cuando proceda, la aplicación de dicho plan;
- xviii) distribuir el producto de la venta de la masa de la insolvencia en una liquidación y liquidar la masa sin demora, con eficiencia y favoreciendo del mejor modo posible los intereses de las diversas partes afectadas por el caso;

xix) presentar al tribunal o, en su caso, a los acreedores un informe final en el que rinda cuentas de su administración de la masa de la insolvencia;

xx) informar sobre todo otro asunto sobre el cual el representante de la insolvencia haya tenido que actuar a petición de los acreedores o por requerimiento del tribunal.

409. Además de los mencionados deberes y funciones, el régimen de la insolvencia suele imponer ciertas obligaciones generales al representante de la insolvencia, como la de maximizar el valor de la masa de la insolvencia y de proteger los bienes que forman parte de ella, y la de vender esos bienes al mejor precio que pueda razonablemente obtenerse.

410. Cuando se entable un procedimiento de reorganización en que se mantenga al deudor en posesión del negocio y no se nombre ningún representante de la insolvencia, el propio deudor asumirá muchas de esas funciones, aunque estará sujeto a diversos grados de supervisión por parte del tribunal o de los acreedores.

6. Confidencialidad

411. Ya se ha señalado anteriormente la necesidad de imponer al deudor un deber de confidencialidad. Tal vez convenga que el régimen de la insolvencia imponga el mismo deber al representante de la insolvencia, dado que una gran parte de la información que obtendrá sobre el negocio del deudor puede ser información comercial delicada, de carácter confidencial o que esté sujeta a obligaciones respecto de terceros (secretos comerciales, datos de investigación o de futuro desarrollo de la empresa, información sobre su clientela), por lo que no debe darse a conocer a terceros que puedan sacar provecho indebido de ella. Cuando la información deba ser revelada a los acreedores, éstos deberán respetar su carácter confidencial, al igual que el representante de la insolvencia. Este deber de confidencialidad puede ser particularmente grave en los casos en que el representante de la insolvencia esté facultado para exigir la revelación de datos o de documentos en el curso de un interrogatorio del deudor. Parte de esa información puede provenir de terceros y ser objeto de disposiciones que amparen su carácter secreto o confidencial, como las aplicables a ciertas operaciones de los bancos. Es conveniente que el representante de la insolvencia sólo pueda utilizar esa información para los fines del procedimiento que permitió el interrogatorio, salvo que el tribunal decida otra cosa. Todo lo aquí dicho puede ser igualmente aplicable a la información que se facilite o se obtenga en el curso de toda actuación penal contra el deudor. Ese deber de respetar el carácter confidencial habría de imponerse análogamente a los mandatarios y empleados del representante de la insolvencia (véase más adelante la sección 8) y a toda otra parte, según decida el tribunal.

7. Remuneración del representante de la insolvencia

a) Determinación de su cuantía

412. El representante de la insolvencia, además de ser reembolsado de todo gasto justificado que efectúe en el curso de su administración de la masa, tendrá derecho a una remuneración por sus servicios. Esa remuneración deberá estar en función de la competencia profesional exigida y de las tareas que se le encomienden, y deberá recompensar los posibles riesgos a fin de atraer a candidatos debidamente cualificados. Se podrá fijar su cuantía en función de alguna tarifa o escala de

remuneración establecida por algún organismo público o asociación profesional; se podrá encomendar su cálculo, según el caso, a la junta general de acreedores, al tribunal competente o a algún otro órgano o tribunal administrativo; se podrá calcular en función del tiempo que haya dedicado a la administración de la masa el representante de la insolvencia (y las diversas categorías de personas que intervengan en la administración, desde el personal de oficina hasta el propio titular del cargo); o se podrá calcular en función de una tasa porcentual del valor de los bienes de la masa que se vendan y/o se distribuyan (conforme a un cálculo efectuado al final del procedimiento, cuando los bienes estén ya vendidos y se conozca su valor de venta). Cabría prever, al respecto, una tasa porcentual fija con cierto margen para su incremento o reducción, según las circunstancias del caso. Para cada uno de estos casos, el régimen de la insolvencia dispone en general que se profundice la investigación, ya sea a petición de una de las partes, de un tercero o del propio representante de la insolvencia, según el método de cálculo. Este enfoque será importante para garantizar la transparencia. Sin embargo, al mismo tiempo, será importante evitar que la parte facultada para tomar una decisión definitiva al respecto pueda, de esa manera, influenciar el curso del procedimiento.

i) Cálculo de la remuneración en función del tiempo

413. Una ventaja de un método de cálculo basado en el tiempo dedicado a la tarea encomendada es que al comienzo de un procedimiento habrá una gran incertidumbre sobre la complejidad de la administración del caso y sobre el volumen de recursos que requerirá. Una desventaja del cálculo efectuado en función del tiempo es que si bien incitará al representante a efectuar una administración exhaustiva, en algunos casos este método puede constituir también un incentivo para prolongar al máximo la administración sin que ello redunde necesariamente en una recuperación proporcional del valor patrimonial de la masa.

ii) Cálculo basado en el cobro de una comisión o tasa porcentual

414. Una ventaja del sistema basado en el cobro de una comisión consiste, desde la perspectiva de los acreedores, en que se distribuirá entre ellos al menos una parte, tal vez importante, del valor que se recupere de los bienes de la masa. Ahora bien, desde la perspectiva del representante de la insolvencia, este método de cálculo resultará incierto, ya que la intensidad de la labor de administración no es necesariamente proporcional al valor de los bienes disponibles en la masa para su distribución. Además, este método puede incitar a buscar el “máximo beneficio al mínimo costo”, desincentivando toda tarea que no reporte un beneficio directo a los acreedores, como la obligación de informar tanto al tribunal como a los acreedores, y la obligación de ayudar a las autoridades a investigar el negocio del deudor para determinar si en su gestión ha habido algún comportamiento indebido. Con este método de cálculo también podrían fijarse, en casos muy importantes, remuneraciones muy altas, con cargo a la masa de la insolvencia, con lo cual tanto el deudor como el acreedor podrían renunciar a solicitar la apertura de procedimientos.

iii) Intervención de los acreedores

415. En algunos países, es posible que los acreedores (o el comité de acreedores) hayan de intervenir en la determinación o aprobación de la remuneración del

representante, que habrá de hacerse en función de ciertos factores, como la complejidad del caso, la naturaleza y el grado de responsabilidad, y la eficacia con que el representante cumpla su cometido, y en función también del valor y del tipo de bienes que formen parte de la masa. Con esa intervención de los acreedores se obviarían algunas de las dificultades anteriormente examinadas, ya que los acreedores conocerían mejor los problemas planteados y podrían participar directamente en la determinación y aprobación de la remuneración del representante. Cabría revisar periódicamente esa remuneración durante el curso del procedimiento, resolviéndose todo problema que surja por arbitraje o por alguna otra vía prevista para la solución de las controversias entre el representante de la insolvencia y los acreedores.

416. Es muy conveniente que el régimen de la insolvencia prevea un mecanismo para determinar la remuneración del representante que sea claro y transparente, a fin de evitar controversias y de que las costas del procedimiento puedan ser hasta cierto punto previsibles. Cualquiera que sea el método utilizado para dicho cálculo, es también conveniente que en el régimen de la insolvencia se reconozca la importancia de dar prelación al pago de la remuneración del representante.

b) Medios para efectuar el pago

417. El pago de la remuneración del representante de la insolvencia suele suscitar quejas de los acreedores ordinarios o no garantizados, ya que se acostumbra a recurrir a los bienes no gravados para financiar esa remuneración, a resultas de lo cual pueden agotarse los fondos para distribuir entre los acreedores de esa categoría. Si bien sería injusto llegar a la conclusión de que los gastos de administración son excesivos por el mero hecho de que superen el valor de los bienes no gravados disponible para sufragarlos, el hecho de que se destine la mayor parte, si no la totalidad, de los bienes disponibles al pago de los gastos de administración y de que los acreedores no garantizados consideren desproporcionado e injusto el total de esos gastos, en comparación con el valor de los bienes recuperados, hace patente la necesidad de estudiar detenidamente esta cuestión. Cabe adoptar diversos enfoques para el pago del representante de la insolvencia. Por ejemplo, si la masa contiene bienes no gravados, se le podrá remunerar con cargo a dichos bienes; cabe también imponer una cierta tasa sobre el valor de los bienes para sufragar su venta o administración, siempre que esa administración o venta reporte algún provecho a los acreedores; cabe asimismo imponer una tasa a los acreedores que presenten una solicitud de apertura de un procedimiento, que permita cubrir las costas iniciales del procedimiento y ciertas funciones básicas del representante; o se podrían utilizar los bienes gravados para sufragar una cuota proporcional o predeterminada de la remuneración (véase el capítulo VI. Prelación). Otra solución consistiría en pagar al representante de la insolvencia utilizando los recursos de un fondo que el Estado haya creado a tales efectos. Este método podría ser especialmente adecuado para los casos en que los bienes del deudor fueran insuficientes para sufragar los gastos de la administración de la masa de la insolvencia (véase el capítulo I.B.6)⁸⁴.

⁸⁴ Ese fondo podrá financiarse por varios medios, por ejemplo, mediante pagos de los directivos de la empresa deudora que se vaya a liquidar, un incremento de la tasa pagadera por toda solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, la obligación de depositar el producto de la liquidación en una cuenta común, destinando a tal fondo los intereses que devengue dicha

c) Cálculo revisado de la remuneración

418. Según cuál sea el método por el que se determine la remuneración del representante de la insolvencia, tal vez convenga prever alguna vía de recurso, por si los acreedores o el propio representante se muestran disconformes. De fijarse la remuneración en una reunión de los acreedores, el tribunal estará normalmente facultado para reconsiderar su cuantía a instancia del representante de la insolvencia o de un determinado porcentaje o número de acreedores, por ejemplo, a instancia de un grupo de acreedores cuyos créditos representen un 10% del capital social emitido o al menos un 10%, o quizás un 25%, de la suma total adeudada. Cuando la remuneración sea fijada por el propio tribunal, se adoptan diversos métodos; algunos regímenes permiten que el representante de la insolvencia pueda recurrir contra esa decisión, mientras que otros no lo autorizan a hacerlo. Algunos regímenes de la insolvencia también disponen que el deudor no podrá solicitar que se reconsidere la cuantía determinada. Cuando el representante haya de ser miembro de un colegio o asociación profesional o haya de disponer de una licencia, es posible que el colegio profesional o la autoridad licenciadora estén también facultados para reconsiderar los honorarios cobrados por sus miembros y que hayan previsto una vía oficiosa para solucionar controversias al respecto.

8. Responsabilidad del representante de la insolvencia

419. La norma de diligencia a que debe atenerse todo representante de la insolvencia y su responsabilidad personal son factores importantes para la buena marcha del procedimiento. Si se determina el grado de diligencia, cuidado y pericia con que deberá obrar todo representante de la insolvencia en el cumplimiento de su cometido y en el ejercicio de sus funciones, deberán tenerse en cuenta las difíciles circunstancias en las que el representante deba cumplir con su cometido, y deberán compensarse esas dificultades con un nivel apropiado de remuneración que, además, dé un incentivo a personas calificadas como candidatos potenciales al cargo de representante de la insolvencia. También se ha de procurar que esa norma garantice un ejercicio eficiente de su cometido por el representante de la insolvencia, pero sin exponerle a demandas abusivas contra su gestión que encarecerían sus servicios. El régimen de la insolvencia también deberá tomar en consideración el hecho de que la responsabilidad del representante de la insolvencia se regirá a menudo por normas ajenas al régimen de la insolvencia o, cuando el representante de la insolvencia sea miembro de algún colegio o asociación profesional, por las normas pertinentes de diligencia profesional de esa asociación.

420. Según varios ordenamientos, el representante de la insolvencia será civilmente responsable por los daños causados por actos ilícitos o abuso de derecho, aunque se podrá seguir diversos criterios al determinar la norma de diligencia requerida. En cierta medida, la norma adoptada dependerá de la vía seguida para el nombramiento del representante y del tipo de nombramiento (por ejemplo, según si se trata de un miembro de una profesión liberal o de un funcionario público). Un criterio puede consistir en que se exija al representante de la insolvencia que se atenga a una norma de diligencia no más severa que la exigible del deudor en el curso ordinario de su gestión de un negocio solvente, es decir, que obre con la diligencia propia de

cuenta, la imposición de algún tipo de derecho en la presentación de la declaración anual de ganancias de la empresa.

un comerciante prudente. En algunos países tal vez se exija una norma de diligencia más severa por razón de que el representante de la insolvencia está administrando los bienes de un tercero y no sus propios bienes. Otra formulación posible sería disponer que el representante deberá obrar de buena fe y con fines lícitos. Cabe exigir también que el representante cumpla la norma de diligencia requerida para determinar si ha habido negligencia.

421. Una manera de regular la cuestión de la responsabilidad por daños puede consistir en requerir al representante de la insolvencia que deposite una caución o contrate un seguro para cubrir toda pérdida de la masa que le sea imputable o todo daño imputable al incumplimiento de su deber profesional. En algunos regímenes se le exige a la vez que deposite una caución y que contrate un seguro, cuando la caución cubra un tipo de daños distintos de los que cubre el seguro, mientras que en otros se requiere únicamente un seguro. En algunos casos, la cuantía de la caución se determina en función del valor contable de los bienes de la masa de la insolvencia, mientras que en otros el importe de la caución y del seguro se fijan conforme a lo previsto en el reglamento de la asociación profesional o de la entidad normativa de la que dependa el representante, o incluso según lo dispuesto en el régimen de la insolvencia. Otra distinción entre esos dos métodos puede referirse al procedimiento previsto para entablar una acción de daños y a si dicha acción se tramitará por vías diferentes según si se impugna una caución o un seguro. Sin embargo, no en todos los países será posible depositar una caución o contratar un seguro personal, por lo que deberán hallarse otras soluciones. Al tratar de regular esta cuestión, deberá procurarse mantener bajo control el costo del servicio prestado por el representante de la insolvencia y distribuir los riesgos del procedimiento de insolvencia entre los participantes, sin hacerlos recaer exclusivamente sobre el representante de la insolvencia por el hecho de que está cubierto por algún seguro personal al respecto.

422. Otra cuestión podría ser la responsabilidad personal del representante de la insolvencia por las obligaciones que haya contraído en el curso ordinario del procedimiento de insolvencia, especialmente en una reorganización (por ejemplo, las obligaciones relacionadas con el mantenimiento en marcha de la empresa). La ventaja del criterio de responsabilidad personal del representante de la insolvencia es que ofrece seguridad a los proveedores del deudor y que puede frenar el endeudamiento. Sin embargo, ese mismo enfoque podría constituir un factor disuasorio si el riesgo de la responsabilidad personal supera ampliamente la remuneración que el representante pueda percibir. Para paliar el problema, cabría prever que los efectos de esa responsabilidad se limitarán a los bienes de la masa de la insolvencia, sin que los bienes personales del representante de la insolvencia resulten afectados.

423. Otra cuestión relativa a la responsabilidad es la de la responsabilidad imputable al representante de la insolvencia por todo acto indebido del deudor, que dependerá del grado de control del representante sobre las actividades del deudor. Conforme a algunos regímenes, el representante de la insolvencia puede ser responsable de todo acto indebido del deudor mientras éste haya actuado bajo el control de aquél, pero no es conveniente que el representante de la insolvencia sea responsable por actos del deudor, como actos que hayan causado daños ecológicos, si se han producido antes de ser nombrado representante de la insolvencia.

424. De iniciarse una acción contra el representante de la insolvencia como tal, convendrá prever el tribunal que será competente para juzgar el caso. Para evitar confusión e incertidumbre, puede ser conveniente atribuir esa competencia al mismo tribunal que nombró al representante de la insolvencia (si en el régimen de la insolvencia pertinente el tribunal desempeña alguna función en tal nombramiento).

9. Agentes y empleados del representante de la insolvencia

425. En algunos regímenes de la insolvencia se requiere autorización judicial para que el representante pueda contratar a personal contable, abogados, tasadores y otros peritos que necesite para llevar a cabo su cometido. En otros, esa autorización no es necesaria. Es conveniente que el régimen de la insolvencia defina ciertos criterios para la contratación de personal pericial o profesional, como su experiencia, sus conocimientos y su reputación, y que disponga la necesidad de que sus servicios redunden en beneficio de la masa. Las obligaciones del representante de la insolvencia de revelar todo eventual conflicto de intereses o toda circunstancia que pueda suscitar dudas sobre su independencia, así como el deber de mantener la confidencialidad de la información son también aplicables a los profesionales empleados o a los que proponga el representante de la insolvencia.

a) Responsabilidad por actos u omisiones

426. Cuando la masa sufra pérdidas imputables a agentes o empleados del representante de la insolvencia, tal vez sea necesario regular la responsabilidad del representante de la insolvencia por esos actos. En algunos regímenes de la insolvencia, el representante no incurre en responsabilidad personal por tales actos, a menos que no haya supervisado debidamente el cumplimiento de sus obligaciones.

b) Remuneración

427. Cabe regular de diversos modos la remuneración del personal profesional empleado por el representante de la insolvencia. En algunos ordenamientos se exige que se presente al tribunal una propuesta con el importe de la remuneración y que el tribunal lo apruebe, mientras que en otros corresponde a la junta de acreedores aprobar la remuneración. Cabe también que ese personal sea remunerado periódicamente a lo largo del procedimiento, o que haya de esperar hasta que concluya el procedimiento. En lo que respecta a la forma de pago de la remuneración, algunos regímenes de la insolvencia prevén que el representante de la insolvencia remunerará a ese personal y que será reembolsado con cargo a la masa, mientras que conforme a otros regímenes ese personal gozará de un crédito administrativo directo frente a la masa.

10. Revisión de la administración del representante de la insolvencia

428. En todo régimen de la insolvencia deben enunciarse expresamente los motivos por los que un acreedor podrá impugnar las decisiones del representante de la insolvencia o la forma en que se administra el procedimiento de insolvencia, así como las decisiones susceptibles de impugnación. Los motivos previstos en los regímenes vigentes para que un acreedor entable una acción pueden dividirse en dos categorías principales.

429. En la primera categoría figuran los regímenes en que se otorgan ciertos derechos a los acreedores cuando se demuestra que el representante de la

insolvencia ha cometido algún acto ilícito. Ese acto puede consistir en un delito, como la malversación de fondos o de bienes o la obtención de la aprobación de los acreedores por medios indebidos; en errores de procedimiento, como el hecho de no haber solicitado la aprobación requerida de los acreedores o de un comité de acreedores o de no haber realizado algún otro acto exigido por la ley; o en negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones. En algunos regímenes se limita a algunas de esas circunstancias, si no a todas, el derecho de los acreedores a impugnar la actuación del representante de la insolvencia.

430. En la segunda categoría figuran los regímenes que prevén los motivos enumerados en caso de comisión de actos ilícitos y que, además, disponen que los acreedores podrán impugnar, habitualmente ante los tribunales, toda decisión, acto u omisión del representante de la insolvencia que un determinado acreedor o los acreedores colectivamente cuestionen o desapruében. Para que una acción prospere, deberá basarse por lo general en motivos análogos a los enumerados en el párrafo anterior, aunque podrá fundarse también en una prueba de que la decisión, el acto o la omisión del representante de la insolvencia menoscaba los intereses de los acreedores. Para no perturbar injustificadamente la administración de la masa de la insolvencia, el régimen de la insolvencia podrá imponer limitaciones adecuadas consistentes, por ejemplo, en ajustar los requisitos probatorios para que el tribunal dé curso a la apelación de los acreedores o en declarar inapelables ciertos aspectos del procedimiento de administración de la masa de la insolvencia, excluyendo, por ejemplo, las acciones a que pueda dar lugar la apertura de un procedimiento de insolvencia.

431. La mayor parte de los regímenes de la insolvencia otorgan a los tribunales varias facultades para revisar una decisión administrativa que afecte a la masa de la insolvencia y para dar efecto a los derechos básicos de los acreedores. Por de pronto, un tribunal puede ordenar al representante de la insolvencia que adopte o que se abstenga de adoptar una determinada medida que sea objeto de la impugnación hecha por el acreedor. El tribunal también puede estar facultado para confirmar, revocar o modificar las decisiones del representante de la insolvencia o para destituir a éste, ya sea a instancia directa del acreedor disconforme o por iniciativa propia (véase el capítulo IV.B.9). Muchos regímenes disponen que el representante de la insolvencia es personalmente responsable de los daños y perjuicios que haya causado intencionalmente o por negligencia a los acreedores en el desempeño de sus funciones. Algunos regímenes disponen también que, en tales circunstancias, el tribunal podrá imponer una sanción pecuniaria al representante de la insolvencia.

11. Destitución del representante de la insolvencia

432. En algunos regímenes de la insolvencia se permite destituir al representante en determinados casos como, por ejemplo, cuando haya incumplido algún deber impuesto por el régimen de la insolvencia; cuando haya demostrado grave incompetencia o negligencia; cuando no haya revelado algún conflicto de intereses; cuando haya obrado ilícitamente, o, por razones menos graves, cuando no posea la competencia o especialidad requerida para ejercer las funciones de representante en el procedimiento en curso. Esta última circunstancia puede darse, por ejemplo, cuando un procedimiento de liquidación pase a ser de reorganización, en cuyo caso es posible que se requieran otras competencias que el representante de la insolvencia no tenga, o, cuando se trate de un procedimiento de reorganización en

que el deudor continúe en posesión del negocio, en el que no es necesario nombrar a un representante de la insolvencia. El tribunal puede destituir al representante, según diversos criterios, por iniciativa propia o a instancia de alguna parte interesada. También pueden destituirlo los acreedores no garantizados mediante una decisión adoptada por mayoría cualificada. Con independencia del criterio que se adopte, la destitución constituye una sanción contra el representante de la insolvencia, y por lo tanto, es procedente que el representante de la insolvencia tenga el derecho a ser oído y a exponer sus argumentos. Cuando el representante esté sujeto a supervisión reglamentaria o de un órgano profesional, se le podrá destituir tras un interrogatorio o una investigación sobre el caso, con lo cual podrá retirarse además toda licencia o autorización que se le haya otorgado.

12. Sustitución del representante de la insolvencia

433. En todo supuesto de dimisión o destitución de un representante de la insolvencia o en toda otra situación en que el representante ya no pueda ejercer sus funciones, como en caso de fallecimiento o de enfermedad grave, y si no se ha previsto sucesor, podrá atenuarse la consiguiente perturbación o demora del procedimiento previendo que el tribunal o los acreedores nombrarán un sucesor. Algunos regímenes de la insolvencia exigen que el tribunal también dé su aprobación a la renuncia del representante de la insolvencia, mientras que en otros no se prevé tal requisito. Si el régimen de la insolvencia ha previsto alguna vía para la sustitución del representante, tal vez deba prever además normas por las que el sucesor pase a sustituir o a suceder a su antecesor en la titularidad o en el control (según el caso) de la masa de la insolvencia (véase el capítulo II.A), así como normas para la entrega al sucesor de los libros y de la documentación de la empresa y de toda otra información de que se disponga respecto del deudor. Tal vez deba regularse asimismo la posibilidad de que el sucesor pueda impugnar los actos o decisiones de su predecesor en el cargo.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas al representante de la insolvencia tienen por objeto:

- a) especificar las cualificaciones requeridas;
- b) establecer un mecanismo de selección y nombramiento;
- c) especificar sus poderes y funciones;
- d) regular su remuneración, responsabilidad, destitución y sustitución.

Contenido de las disposiciones legales

Cualificaciones

99) El régimen de la insolvencia debería especificar las cualificaciones y cualidades requeridas para ser nombrado representante de la insolvencia, entre las que figurarán su integridad, independencia, imparcialidad, así como conocimientos adecuados del derecho mercantil pertinente y experiencia en asuntos comerciales y empresariales. La ley también debería especificar los motivos por los que un candidato propuesto para tal cargo podrá quedar descalificado.

Conflictos de intereses

100) El régimen debería exigir la revelación de todo conflicto de intereses o falta de independencia o de toda circunstancia que pueda entrañar un conflicto de intereses o una falta de independencia de las siguientes personas:

- (a) la persona propuesta para ser nombrada representante de la insolvencia;
- (b) las personas que el representante de la insolvencia o, a través de él, la masa de la insolvencia proponga para ser contratadas, inclusive los profesionales.

101) El régimen de la insolvencia debería especificar que el cumplimiento de la obligación de revelar todo conflicto de intereses, prevista en la recomendación 100), será exigible durante todo el procedimiento de insolvencia. El régimen de la insolvencia debería enunciar las consecuencias de todo conflicto de intereses o de toda falta de independencia.

Nombramiento

102) El régimen debe prever una vía a seguir para la selección y el nombramiento de un representante de la insolvencia. Cabe prever que sea nombrado por el tribunal; por una autoridad independiente designada a tal efecto; a raíz de una recomendación de los acreedores o del comité de acreedores; por el propio deudor; o en virtud de la ley, cuando ésta prevea que el representante de la insolvencia deberá ser un funcionario público o de algún órgano oficial o administrativo.

Remuneración

103) El régimen de la insolvencia debería establecer un método para fijar la remuneración del representante de la insolvencia, y prever el grado de prelación de que gozará el pago de dicha remuneración.

Deberes y funciones de un representante de la insolvencia

104) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia tendrá la obligación de salvaguardar y preservar los bienes de la masa de la insolvencia. El régimen de la insolvencia debería especificar las obligaciones y funciones que tendrá el representante de la insolvencia en la administración del procedimiento y en la preservación y protección de la masa de la insolvencia.

*Derecho de las partes interesadas a ser oídas (véase la recomendación 121)**Responsabilidad*

105) El régimen de la insolvencia debería especificar las consecuencias que tendrá el hecho de que el representante de la insolvencia incumpla o no cumpla de la debida forma las obligaciones y funciones que le imponga la ley, así como la eventual responsabilidad en que incurrirá en cada caso.

Destitución y sustitución

106) El régimen de la insolvencia debería establecer los motivos por los que se podrá destituir al representante de la insolvencia y el procedimiento que habrá de seguirse para dicho fin. Estos motivos de destitución pueden ser:

- a) la incompetencia, el incumplimiento o el hecho de no haber obrado con la diligencia debida en el ejercicio de sus poderes y funciones;
- b) la incapacidad para cumplir su cometido;
- c) la falta de cualificación o de la especialización requerida para un caso concreto;
- d) el hecho de haber actuado ilegalmente o de haber cometido actos ilícitos;
- e) la existencia de algún conflicto de intereses o una falta de independencia que justifiquen la destitución; o
- f) la modificación de las funciones del representante de la insolvencia⁸⁵.

107) El régimen de la insolvencia debería establecer un mecanismo para la destitución del representante de la insolvencia que refleje el modo en que se haya procedido a su nombramiento y que le confiera el derecho a ser oído.

108) En todo supuesto de fallecimiento, de renuncia, o de destitución del representante de la insolvencia, el régimen de la insolvencia debería establecer un mecanismo para nombrar a un sustituto y especificar si este nombramiento requerirá o no la aprobación del tribunal.

Insuficiencia de los bienes de la masa para cubrir los gastos de un procedimiento de insolvencia

109) En caso de que la ley prevea el nombramiento de un representante de la insolvencia para administrar una masa cuyos bienes no sean suficientes para cubrir los costos de administración del procedimiento de insolvencia, el régimen de la insolvencia debería establecer también un mecanismo para el nombramiento y la remuneración del representante en tales casos.

C. Acreedores-participación en el procedimiento de insolvencia

1. Introducción

434. Una vez iniciado el procedimiento de insolvencia, los acreedores tienen considerables derechos sobre la empresa del deudor. Por lo general, esos derechos se salvaguardan mediante el nombramiento del representante de la insolvencia, pero por diferentes razones, muchas veces se dispone que los acreedores participen directamente en el procedimiento. Habida cuenta de que son los más interesados desde el punto de vista económico en los resultados del procedimiento, los acreedores pueden perder la confianza en un proceso en que las principales decisiones sean adoptadas, sin consultarlos, por personas que, en su opinión, carecen de experiencia, de conocimientos técnicos sobre el tipo de empresa del deudor o de independencia, según cuál sea la forma de nombramiento del representante de la insolvencia. Con frecuencia, los acreedores están en condiciones de prestar asesoramiento y asistencia con respecto al negocio del deudor y de vigilar la actuación del representante de la insolvencia, lo que pondrá freno a posibles abusos en el procedimiento de insolvencia y a los gastos excesivos de

⁸⁵ Por ejemplo, cuando un procedimiento de liquidación pasa a ser de reorganización.

administración, y también constituirá un medio de procesamiento y divulgación de la información. Deberá sopesarse la conveniencia de facilitar la participación de los acreedores teniendo en cuenta la necesidad de garantizar que el mecanismo de representación de los acreedores siga siendo eficaz y económico y evite que los acreedores se ocupen de cuestiones que no afectarán a sus intereses (aunque puede ser difícil determinar qué cuestiones los afectarán y cuáles no).

435. Los regímenes que prevén la participación de los acreedores en el procedimiento adoptan diversos enfoques. Algunos regímenes sólo les conceden el derecho a ser oído y a asistir al procedimiento, mientras que otros disponen que tendrán derecho a votar sobre determinadas cuestiones y que podrán asesorar al representante de la insolvencia según lo requerido o sobre cuestiones específicas, y que deberán también desempeñar las funciones y deberes que les asigne el régimen de la insolvencia, el tribunal o el representante de la insolvencia.

2) Grado de participación de los acreedores en el proceso decisorio

a) Niveles de participación

436. El grado de participación de los acreedores en el proceso decisorio del procedimiento puede variar, y los regímenes de la insolvencia adoptan una amplia gama de criterios y mecanismos para regular la participación de los acreedores. Es posible que sólo se permita un bajo nivel de participación, como en los regímenes que prevén que el representante de la insolvencia adopte todas las decisiones cruciales sobre cuestiones generales de administración en las que no haya habido controversias, dejando a los acreedores sólo atribuciones marginales con escasa influencia. La falta de participación de los acreedores en este modelo puede compensarse con la atribución al representante de la insolvencia de obligaciones cruciales, como la de proteger el valor del patrimonio de la insolvencia en beneficio final de todos los acreedores. Este criterio puede resultar eficaz si se nombra, para un procedimiento, un representante de la insolvencia experimentado, ya que ello permite evitar retrasos, así como los gastos que ocasiona la gestión de la participación de los acreedores; también puede resultar eficaz cuando el régimen de la insolvencia reglamenta de forma muy completa el proceso y sus participantes.

437. En otras legislaciones se prevé una mayor participación de los acreedores en el procedimiento. Esta participación puede variar desde la intervención en una reunión inicial en la que se estudian ciertas cuestiones, hasta desempeñar funciones de forma continua, en virtud de las cuales puede exigirse de los acreedores únicamente el ejercicio de funciones consultivas o que aprueben ciertos actos y decisiones del representante de la insolvencia. Generalmente, esos actos y decisiones están relacionados con la administración del procedimiento y con cuestiones que afectan a los intereses de los acreedores, tales como la venta de bienes importantes, la verificación de créditos, la aprobación de gastos administrativos y la remuneración del representante de la insolvencia, así como la aprobación del informe final del representante de la insolvencia y de la contabilidad de la masa de la insolvencia; e incluso puede atribuírseles una responsabilidad primordial en el ejercicio de algunas funciones administrativas. Los acreedores también podrán desempeñar funciones en la selección y el nombramiento del representante de la insolvencia, y estar facultados para proponer al tribunal la destitución y sustitución del representante de la insolvencia por incumplimiento de sus funciones y deberes o por negligencia. Los acreedores también pueden tener la posibilidad de intervenir solicitando o

recomendando medidas judiciales, concretamente recomendando al tribunal que un procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación, o que la masa de la insolvencia, o los acreedores en su nombre, entablen una acción de impugnación. Sin embargo, conviene señalar que sean cuales sean las facultades que se otorguen a los acreedores para impugnar actos o decisiones del representante de la insolvencia, es casi imposible evitar que se produzcan discrepancias, en particular por el hecho de que se requerirá al representante de la insolvencia que obre en beneficio de todos los acreedores, pero siempre habrá casos en que deberá adoptar decisiones que un determinado acreedor rechace o desapruébe. Sin embargo, en circunstancias normales, ese tipo de insatisfacción no será motivo para que el tribunal acceda a sustituir al representante de la insolvencia o autorice al acreedor a entablar una acción contra aquél. En cierta medida, los diferentes enfoques reflejan los diversos usos y costumbres en materia de procedimientos de insolvencia y, en especial, las diferentes expectativas de los acreedores respecto de su participación en el procedimiento de insolvencia. No obstante, la participación de los acreedores es elemento de creciente relevancia para todo régimen de la insolvencia, especialmente, porque contribuye a mantener un equilibrio entre las funciones conferidas por los regímenes a los participantes, y porque constituye un medio importante para salvaguardar los derechos de los acreedores.

b) Participación en la liquidación y la reorganización

438. Algunos regímenes de la insolvencia distinguen entre liquidación y reorganización al determinar el nivel de participación de los acreedores. En la liquidación, si bien en general tal vez no sea importante que los acreedores intervengan en el proceso ni en la adopción de decisiones, pueden, no obstante, constituir una fuente valiosa de conocimientos especializados y de información sobre la empresa del deudor, particularmente cuando ésta haya de venderse como negocio en marcha. Puede ser conveniente que los acreedores reciban informes sobre la evolución del procedimiento a efectos de promover su confianza en el proceso y su transparencia. En cambio, en la reorganización la contribución de los acreedores es útil y necesaria, ya que en general estará en sus manos el respaldo del plan de reorganización propuesto y éxito de la ejecución del plan.

c) Mecanismos destinados a facilitar la participación

439. En lo que respecta a los mecanismos de participación, algunos regímenes de la insolvencia prevén la convocatoria de una junta general de acreedores en momentos clave del procedimiento, en tanto que otros disponen la creación de un comité (en el que los acreedores pueden estar representados junto con los accionistas y a veces también con otras partes interesadas). Esos comités deberán estar integrados por un número limitado de acreedores (fijado a veces por el régimen de la insolvencia) con objeto de facilitar la participación en la administración de la masa de la insolvencia. El criterio de la junta de acreedores podrá ser de mayor utilidad cuando los acreedores no sean muy numerosos o cuando éstos se encuentren en la misma región geográfica. El criterio del comité de acreedores podrá ser más conveniente cuando exista un gran número de acreedores o cuando éstos se encuentren en diferentes regiones o incluso en diferentes países. Si se designa un comité, éste deberá estar facultado para actuar sin el beneplácito del representante de la insolvencia, lo cual asegurará una representación justa e imparcial de los intereses de los acreedores.

440. Otro criterio consiste en que los acreedores, o el tribunal a instancia de éstos, nombren a una sola persona (a quien en algunos regímenes se denomina interventor o inspector) para que represente a determinados acreedores o grupos de acreedores (por ejemplo, a aquéllos cuyos créditos representen al menos un 10% de la deuda). Con la adopción de este criterio en un país se ha pretendido lograr una participación más ordenada y pronta de los acreedores y evitar las demoras y controversias que se habían producido en anteriores casos. El representante desempeña una función análoga a la del comité de acreedores, actuando en nombre de los acreedores, por ejemplo, para supervisar la manera en que el representante de la insolvencia o el deudor administran la masa de la insolvencia, solicitar audiencias, entablar acciones contra el deudor, solicitar información sobre cuestiones que afecten a los intereses de los acreedores, o convocar juntas generales de acreedores. Algunas legislaciones obligan a los acreedores a pagar los honorarios del representante a fin de no imponer cargas excesivas a la masa de la insolvencia, mientras que otras legislaciones prevén que el representante sea remunerado con cargo a la masa de la insolvencia.

441. Para optar por uno u otro de estos enfoques deberán ponderarse diversos factores, como el tiempo, el costo, la eficiencia, la transparencia y criterios democráticos. El enfoque que prevé el nombramiento de un representante, por ejemplo, tal vez sea más eficiente y económico y promueva un procedimiento más ordenado con menos controversias que la creación de un comité de acreedores. Sin embargo, este último enfoque tal vez sea más transparente y constituya a la vez un medio más democrático de representación de los intereses de los acreedores. Otro factor que cabrá tener en cuenta es la existencia de profesionales de la insolvencia debidamente capacitados y de una infraestructura institucional eficaz para secundar el procedimiento de insolvencia. Cuando haya dificultades para encontrar profesionales competentes y cuando la capacidad institucional sea deficiente, puede darse a los acreedores un papel más importante.

d) Fomento de la participación del acreedor

442. Una cuestión importante que tal vez haya que estudiar si se establece un régimen que permite a los acreedores intervenir activamente en el proceso es cómo superar la apatía de éstos e incitarlos a participar. Incluso cuando el régimen de la insolvencia facilita la participación activa de los acreedores, no es infrecuente que éstos consideren que tal participación no les beneficiará, especialmente porque no les parece probable que vayan a obtener un rendimiento notable y porque temen que su participación entrañará aún más gastos y más tiempo. Este problema frecuente puede paliarse, en cierta medida, si el régimen, por una parte, tiene en cuenta los intereses de todas las partes interesadas (véase, por ejemplo el capítulo III.A.2) y si, por otra, adopta medidas concretas, por ejemplo, en relación con la selección de los miembros del comité de acreedores y con las funciones atribuidas al comité (o a los acreedores en general, cuando no haya comité) (véase más adelante), o con la utilización de medios electrónicos para facilitar la comunicación y las votaciones, de ser necesarias. Otro factor que preocupa a los acreedores es la responsabilidad en que podrían incurrir por el hecho de participar en el procedimiento, especialmente como miembros del comité de acreedores. Este problema podría obviarse eximiendo a los acreedores de responsabilidad, excepto en casos claramente definidos, como los de conducta fraudulenta o dolosa (véase más adelante).

e) Obligación de informar y notificar

443. Será de extrema importancia, para que los acreedores puedan desempeñar funciones específicas, que se les facilite, ya sea directamente o por conducto de un comité de acreedores, información pertinente, actual y precisa sobre la empresa del deudor y su situación financiera, y que se les notifique toda otra cuestión que pueda afectar a sus intereses o sobre la que deban adoptar una decisión o dar una opinión. Las obligaciones de respetar la confidencialidad, ya señaladas en relación con el deudor y con el representante de la insolvencia, serán también aplicables a los acreedores o al comité de acreedores si llega a sus manos información confidencial o delicada.

f) Acreedores garantizados

444. Es conveniente que el régimen de la insolvencia establezca cómo pueden o deben participar los acreedores garantizados en las reuniones o juntas de acreedores o en un comité de acreedores. Por regla general, los acreedores garantizados no están representados en el comité de acreedores si sus créditos están plenamente garantizados o si están respaldados por bienes de valor superior. En esos supuestos, sus intereses podrán diferir notablemente de los de los acreedores no garantizados, y el hecho de que los acreedores garantizados puedan participar y, eventualmente, alterar el resultado de las decisiones que adopten los acreedores puede resultar perjudicial para los intereses generales de los acreedores. Ante tal disparidad de intereses, algunos regímenes exigen que los acreedores garantizados entreguen su garantía para poder participar en el procedimiento y votar como miembros del cuerpo de acreedores. Sin embargo, si el valor de la garantía obtenida es inferior al del crédito garantizado, será más probable que sus intereses coincidan con los de los acreedores no garantizados, por lo que puede ser adecuado permitir que este tipo de acreedores participe en el comité o que tenga derecho a votar en el órgano general de los acreedores, al menos en la medida en que sus créditos no estén suficientemente amparados por una garantía. En los procedimientos de reorganización, los acreedores garantizados tendrán interés en negociar con el deudor y con otras partes, especialmente si sus derechos pueden verse modificados por un plan de reorganización, o si sus respectivos bienes gravados pueden ser cruciales para el éxito de la ejecución del plan.

3. Funciones que deben desempeñar los acreedores

445. Como ya se ha indicado, las funciones que deben desempeñar los acreedores varían sustancialmente entre los regímenes de la insolvencia. En general, para definir las funciones de los acreedores debe tenerse en cuenta la concepción general del régimen de la insolvencia pertinente, así como el equilibrio que se desee establecer entre las funciones del tribunal, del representante de la insolvencia, del deudor y de los acreedores, especialmente en materia de control y supervisión.

446. En algunos casos, los acreedores desempeñan una función consultiva general y el representante de la insolvencia puede remitirles cuestiones, sin quedar por ello vinculado a las decisiones de aquéllos. En otros regímenes, los acreedores pueden desempeñar funciones específicas respecto de la sustanciación del procedimiento, que pueden comprender la cooperación y coordinación con el representante de la insolvencia. Es posible que este último tenga que consultar esas cuestiones con los acreedores antes de tomar una decisión, o que los acreedores tengan el poder

decisorio. Otra función que pueden desempeñar los acreedores es la de supervisar los actos y decisiones del representante de la insolvencia. Las cuestiones de interés para los acreedores pueden ser todas o algunas de las siguientes: el mantenimiento de la empresa en liquidación; la financiación posterior a la apertura del procedimiento; la verificación de los créditos; la remuneración de los profesionales, incluido el representante de la insolvencia; el ejercicio del poder de impugnación; el régimen aplicable a un procedimiento judicial en el que el deudor sea parte en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia; el examen y la aprobación de un plan de reorganización; el nombramiento de un comité o de representantes de los acreedores; la supervisión de los actos del representante de la insolvencia; la distribución de los bienes y el estudio (y aprobación) del informe final y de la contabilidad del representante de la insolvencia.

447. Cuando las decisiones de los acreedores no son vinculantes para el representante de la insolvencia, los regímenes de la insolvencia disponen con frecuencia que el representante de la insolvencia deba solicitar la aprobación previa del tribunal para llevar a cabo determinados actos, o que los acreedores puedan solicitar al tribunal que emita instrucciones preceptivas para el representante de la insolvencia (o solicitar la sustitución del representante de la insolvencia cuando éste incumpla sus obligaciones o actúe en detrimento de los intereses de los acreedores). En caso de desacuerdo entre los acreedores y el representante de la insolvencia, muchos regímenes otorgan precedencia a la decisión adoptada en una reunión de acreedores. La intención es similar cuando se exige consultar a los acreedores sobre cualquier decisión que requiera la aprobación del tribunal.

448. Cuando en el régimen de la insolvencia se faculte a los acreedores para impugnar los actos o decisiones del representante de la insolvencia y cuando éste desaprobe o rechace la impugnación, las vías de recurso de que dispondrán los acreedores y los requisitos procesales y probatorios aplicables dependerán generalmente en gran medida del papel que en el régimen se asigne a los acreedores en el procedimiento de insolvencia.

449. Cuando el régimen prevé que la junta general de acreedores o el comité de acreedores deban supervisar o aprobar los actos o las decisiones del representante de la insolvencia, los acreedores pueden gozar de un alto grado de protección. Sin embargo, cuando el ejercicio de esa función de supervisión o aprobación añade etapas al procedimiento de administración de la masa de la insolvencia, puede suceder que el procedimiento resulte más oneroso y que se socave su eficacia. Por esas razones, será necesario que en un régimen de la insolvencia se trate de compaginar el grado requerido de supervisión o aprobación de los acreedores (lo que entraña definir los actos y las decisiones sujetos a aprobación el procedimiento para obtener esa aprobación) con el grado de independencia del representante de la insolvencia y con la necesidad de que el procedimiento de insolvencia se sustancie de forma rápida y económica. El peso relativo de esos dos factores a veces concurrentes varía de un régimen a otro. Otros factores pertinentes que podrán tenerse en cuenta al elaborar un régimen de la insolvencia son el grado de supervisión judicial del procedimiento de insolvencia y de la actuación del representante de la insolvencia y la forma de equilibrar esa función con la participación de los acreedores.

450. Con independencia de las funciones que deban desempeñar los acreedores, es conveniente que el régimen de la insolvencia establezca con claridad si los

acreedores tienen la obligación de cumplir cada una de las funciones que se determinen, o si algunas de ellas son discrecionales, y que especifique la interacción que habrá entre las funciones respectivas de los acreedores y del representante de la insolvencia.

4. Reuniones de acreedores

451. Muchos regímenes de la insolvencia disponen que los acreedores desempeñen sus funciones en el marco de reuniones generales de acreedores. Como ya se ha indicado anteriormente (véase el capítulo I.B), todo régimen de la insolvencia debe exigir que se notifique a los acreedores la apertura de un procedimiento de insolvencia (ya sea mediante una comunicación personal, un anuncio en la prensa o cualquier otro medio) y que en esa notificación se incluya información sobre diversas cuestiones, como detalles sobre toda reunión inicial de acreedores que deba convocar el tribunal o el representante de la insolvencia en un plazo preestablecido, tras la apertura del procedimiento (los plazos que prevén los regímenes de la insolvencia oscilan entre cinco días y un mes a contar desde la fecha de apertura del procedimiento). Según varios regímenes de la insolvencia, esa reunión inicial será la única reunión de todos los acreedores que se llevará a cabo. Sin embargo, no todos los regímenes exigen que se convoque tal reunión.

452. Los regímenes que prevén reuniones posteriores de los acreedores regulan de diversos modos su convocatoria. Algunos regímenes facultan al tribunal o al representante de la insolvencia para convocar otras reuniones con objetivos concretos; otros disponen, en cambio, que tanto los acreedores como el representante de la insolvencia, y en algunos casos excepcionales el deudor, podrán convocar reuniones especiales, según sea necesario. Cuando un régimen de la insolvencia permite a los acreedores convocar una reunión, impone a veces restricciones, determinando el momento en que los acreedores podrán convocar una reunión o fijando los requisitos que habrán de cumplirse para poder convocar la reunión. Puede requerirse, por ejemplo, que haya transcurrido un determinado período de tiempo tras la adopción de una determinada medida en el procedimiento, o que el representante de la insolvencia haya realizado algún acto o adoptado una decisión concreta, o que el representante de la insolvencia se haya abstenido de actuar. Algunos regímenes también prevén que sólo podrán convocar una reunión los acreedores cuyos créditos representen un determinado porcentaje del valor o del número total de los créditos por cobrar (por ejemplo, un 10% del valor de los créditos, un 25% o más del número de créditos, o al menos el 25% de los créditos no garantizados). Otro criterio consiste en otorgar a cualquier parte interesada el derecho a solicitar al tribunal que convoque una reunión de acreedores.

453. Es conveniente que todos los acreedores tengan derecho a expresar su punto de vista sobre las cuestiones que se examinen en una reunión de acreedores. Cuando se requiera una votación, es conveniente que el régimen de la insolvencia establezca las condiciones para poder votar y los mecanismos para ejercer tal derecho, especificando, en especial, si los acreedores deben asistir personalmente a la reunión para poder votar o si lo pueden hacer a través de mandatarios o por otros medios, como el correo electrónico o Internet. Si entre los acreedores de un deudor figuran ciertas categorías de acreedores, como los titulares de obligaciones bursátiles públicas, tal vez convenga prever normas especiales para facilitar su participación en el procedimiento, en especial, cuando los acreedores de esa

categoría sean numerosos. Sería conveniente, por ejemplo, permitir que los votos de los representantes debidamente autorizados se contabilizaran a efectos del cumplimiento de los requisitos de un número o porcentaje mínimo de acreedores en las reuniones generales de acreedores. Cabría seguir los mismos criterios para establecer los requisitos para el voto; la imposición de requisitos para poder participar, como el de votación en persona, podría complicar sobremanera el procedimiento de la insolvencia si en el pasivo del deudor figuran bonos cotizados en bolsa.

454. También puede ser conveniente que un régimen permita a los acreedores establecer las normas que rijan la celebración de las reuniones de acreedores para facilitar su participación en ellas y cuando sea conveniente habida cuenta de las funciones que deban desempeñar los acreedores en el procedimiento. Esas normas podrían regir las cuestiones como los requisitos para poder asistir a tales reuniones y participar en ellas, el quórum, la elección del presidente y el modo en que se llevarán a cabo tales reuniones.

5. Comité de acreedores

455. En algunos regímenes de la insolvencia el establecimiento de un comité de acreedores o la elección o el nombramiento de un representante de los acreedores tienen por objeto fomentar una participación activa de los acreedores en el procedimiento de la insolvencia, ya sea de liquidación o de reorganización. Es posible que no se precise un comité de acreedores u otra forma de representación de los acreedores en todos los casos de insolvencia, pero tal representación puede ser conveniente, por ejemplo, cuando haya un gran número de acreedores, cuando éstos tengan intereses muy dispares o cuando lo aconsejen o requieran otras características del caso (por ejemplo, para restringir gastos monetarios y ganar tiempo). Algunos regímenes de la insolvencia prevén que los acreedores decidan sobre la oportunidad de nombrar un comité o un representante, mientras que otros regímenes disponen que el tribunal nombre un comité o representante con la función de ayudar a supervisar los actos del representante de la insolvencia. Sea cual sea el método de nombramiento, el comité de acreedores, debería poder actuar con independencia respecto del representante de la insolvencia a fin de representar justa e imparcialmente los intereses de los acreedores.

456. Si se establece un comité de acreedores, será necesario estudiar en qué medida el patrimonio de la insolvencia cubrirá los costos del comité. Algunos regímenes de la insolvencia permiten que los acreedores establezcan comités officiosos no reconocidos formalmente por el tribunal ni por el representante de la insolvencia, y cuyos costos no sean sufragados con cargo a la masa, sino por los propios acreedores; otros regímenes prevén, en cambio, que los costos del comité de acreedores se cubran con fondos de la masa. La cuestión de quién deberá sufragar esos gastos está estrechamente vinculada a las funciones del comité, a la posibilidad de que las funciones que, conforme al régimen de la insolvencia, deban desempeñar los acreedores puedan ser ejercidas por un comité y a los factores que determinen si deberá formarse un comité en un procedimiento. Cuando los costos corran a cargo de la masa de la insolvencia, es conveniente que el tribunal tenga la potestad de limitar los gastos excesivos.

a) Acreedores que podrán formar parte del comité

457. Todo régimen de la insolvencia que prevea el establecimiento de un comité de acreedores deberá determinar qué acreedores tendrán derecho a formar parte de él. Esta cuestión se regula de diferentes maneras. Algunos regímenes de la insolvencia disponen, por ejemplo, que sólo podrán ser nombrados miembros del comité los acreedores cuyos créditos hayan sido admitidos (por el tribunal o por el representante de la insolvencia, según lo que establezca el procedimiento de admisión), mientras que otros regímenes prevén que se constituya un comité provisional, del que todos los acreedores puedan formar parte, hasta que se verifiquen y admitan todos los créditos. Otros regímenes de la insolvencia limitan la participación de los acreedores en el comité en función del lugar en que se encuentren. Sin embargo, a fin de garantizar la igualdad de trato de los acreedores, es conveniente que puedan formar parte del comité los acreedores cuyos créditos sólo se hayan admitido provisionalmente y los acreedores extranjeros.

458. El segundo criterio es el de los tipos de acreedores que pueden estar representados en el comité. Si bien por lo general en el comité sólo están representados los acreedores con créditos no garantizados, en algunos regímenes se reconoce que puede haber casos en que se justifique crear, además, un comité de acreedores garantizados. Ese criterio se basa en el hecho de que los intereses de los dos tipos de acreedores no siempre coinciden y en la posibilidad de que, al poder participar en el comité e influir en sus decisiones, los acreedores garantizados no siempre favorezcan o satisfagan los intereses de otros acreedores. Sin embargo, también se reconoce que, en determinadas circunstancias, como ya se ha señalado (véase b) vi)), la participación de los acreedores garantizados puede ser conveniente.

459. En otros casos se dispone que las dos clases de acreedores estén representadas en el mismo comité. En esos regímenes se considera que, como el comité de acreedores participa en el proceso decisorio y adopta decisiones importantes, no se debe excluir a los acreedores garantizados de la adopción de decisiones importantes que pueden afectar a sus intereses (especialmente, cuando el valor de los bienes constituidos en garantía para este tipo de acreedores sea inferior al valor de sus respectivos créditos). Otro enfoque puede consistir en no especificar en el régimen qué acreedores deben estar representados en determinado caso, y permitir a los acreedores que elijan colectivamente a sus propios representantes entre los acreedores que estén dispuestos a actuar (para tener en cuenta el frecuente problema de la apatía de los acreedores), previendo a la vez la posibilidad de aumentar o reducir el número de miembros del comité, según sea necesario. Cuando los tipos de acreedores que debieran estar representados fueran demasiado distintos para conjugar todos sus intereses en un único comité, por ejemplo, grupos que representen intereses especiales, como los acreedores extracontractuales y los accionistas, el régimen de la insolvencia podría prever que se constituyeran distintos comités en los que estuvieran representados diferentes intereses. No obstante, es conveniente que sólo se recurra a ese mecanismo en casos especiales para evitar gastos innecesarios y la posibilidad de que el mecanismo de representación de los acreedores se vuelva incontrolable.

460. La participación en el comité de los titulares de valores y obligaciones y de los acreedores vinculados al deudor puede ser una cuestión controvertida, especialmente cuando el comité pueda afectar, con sus decisiones, a los derechos de los acreedores garantizados o cuando los titulares de valores u obligaciones tengan

vínculos con la dirección de la empresa del deudor. No obstante, habrá casos en que esas partes no conozcan a los directivos de la empresa ni tengan vínculos directos con ellos, si son inversionistas sin relación ni acceso directos a la dirección de la empresa. En esos casos, puede haber razones imperiosas para permitirles que participen en el procedimiento por conducto de su propio comité. Tal vez sea necesario excluir también de un comité a otros acreedores que puedan tener conflictos de intereses (como los competidores del deudor, cuyo interés personal puede afectar a su imparcialidad al ejercer sus funciones en el comité), a fin de garantizar que el comité pueda desempeñar sus funciones con imparcialidad e independencia en nombre del cuerpo de acreedores.

461. Puede surgir un problema análogo con las partes que adquieran los créditos de los acreedores. Esos compradores pueden estar relacionados con el deudor o pueden ser terceros que no tengan derechos especiales sobre la empresa del deudor. Esas compras hechas por terceros pueden dar lugar a problemas si esos terceros tienen acceso a información delicada o de carácter confidencial que puede tener valor en el mercado secundario de deudas; al mismo tiempo, las compras hechas por personas allegadas plantean la cuestión de si la persona allegada debe tener derecho a reclamar el valor nominal original del crédito o sólo la cuantía que pagó efectivamente por él (cuando esas sumas no coincidan), lo cual puede afectar al derecho de voto, si este último está en función del valor de los créditos.

462. Para obviar estos posibles problemas, el régimen de la insolvencia podría especificar las partes que no tendrán derecho a participar en un comité de acreedores ni a votar sobre determinadas cuestiones, como la designación de un representante de la insolvencia o la aprobación de un plan de reorganización.

b) Formación del comité de acreedores

463. Cuando la ley prevé el establecimiento de un comité de acreedores, suele regular también la forma en que deberá constituirse, el alcance y la amplitud de sus obligaciones, sus reglamentaciones y su funcionamiento, concretamente los criterios para poder votar y los poderes correspondientes, el quórum y la dirección de los debates, así como el relevo y la sustitución de sus miembros. Puede ser conveniente incluir en el régimen de la insolvencia disposiciones sobre algunas de estas cuestiones, especialmente respecto de los criterios para poder votar, los deberes, el relevo y la sustitución de sus miembros, no sólo para evitar controversias y garantizar la confidencialidad, sino también para establecer procedimientos transparentes y previsibles. El comité puede adoptar reglas de procedimiento que regulen otras cuestiones, como los procedimientos de votación y las mayorías; el procedimiento a seguir en las reuniones; la elección del presidente del comité; y la solución de controversias.

464. Los miembros del comité pueden nombrarse de diversos modos, que dependen en gran medida de las funciones que se atribuyan a un determinado comité de acreedores. En muchos casos, los acreedores deben nombrar los miembros del comité, por lo general en la primera reunión de acreedores, o una vez que el representante de la insolvencia haya facilitado información preliminar sobre el deudor. La designación del comité por los propios acreedores puede promover la confianza y la participación de éstos en el proceso de la insolvencia. Algunos ordenamientos jurídicos permiten que el tribunal designe los miembros del comité de acreedores, ya sea por iniciativa propia o a instancia de los acreedores o del

representante de la insolvencia. Este criterio puede presentar varios inconvenientes como la posible falta subjetiva de imparcialidad, así como la falta de equidad y de transparencia; los acreedores tal vez no tengan confianza en un régimen que no promueva su participación ni les permita elegir a sus propios representantes; además, es posible que no contribuya a resolver el problema generalizado de la apatía de los acreedores. Por otra parte, ese criterio puede contribuir a simplificar el procedimiento de constitución de comités de acreedores y puede reducir las posibles controversias entre ellos, que pueden ocasionar demoras y gastos. La elección de uno de estos diferentes criterios puede depender del grado de supervisión del procedimiento que ejerza el tribunal y de su grado de intervención en los asuntos cotidianos, y también de si los acreedores deben asumir un papel activo en el ejercicio de funciones que no se limiten al asesoramiento del representante de la insolvencia.

465. Con objeto de facilitar la administración del comité, algunas legislaciones sobre la insolvencia regulan el número de miembros que deberá tener, que generalmente será impar a fin de evitar empates y de garantizar una mayoría en las votaciones, y que, en algunos casos, sólo será de tres o cinco personas. Cuando el comité consta únicamente de acreedores no garantizados, algunos regímenes sólo permiten que puedan formar parte de él los acreedores no garantizados con los créditos de mayor cuantía. Este tipo de acreedores puede determinarse de diversos modos, por ejemplo, exigiendo al deudor que enumere en una lista sus acreedores más importantes o remitiéndose a la lista de acreedores que deberá preparar el deudor. Puede ser necesario supervisar la labor del comité para cerciorarse de que cumple su función de representar equitativamente a los acreedores cuando el régimen de la insolvencia atribuya al comité funciones importantes; esa tarea de supervisión puede encomendarse al representante de la insolvencia o al tribunal.

c) Funciones del comité de acreedores

466. Por lo general, el comité de acreedores desempeñará sus funciones en nombre de los acreedores y, por lo tanto, esas funciones estarán directamente vinculadas a las funciones generales otorgadas a los acreedores, como ya se ha indicado. Sin embargo, las facultades y funciones atribuidas al comité de acreedores no deberían menoscabar los derechos de los acreedores en su conjunto a seguir participando en el procedimiento de insolvencia o a intervenir en él de alguna otra forma. En lo que respecta al proceso decisorio, el comité de acreedores desempeñará generalmente una función de asesoramiento, formulando recomendaciones a los acreedores sobre las decisiones que habrán de adoptarse respecto de cuestiones clave, pero normalmente no estará facultado para adoptar importantes decisiones en nombre de los acreedores. Si bien el comité de acreedores deberá actuar respecto del representante de la insolvencia, cuando se nombre uno, o respecto del deudor en posesión del negocio, cuando el régimen de la insolvencia adopte ese enfoque en procedimientos de reorganización, el comité debería poder actuar con toda independencia respecto de esas partes al representar los intereses de los acreedores.

467. Los regímenes de la insolvencia prevén que el comité de acreedores desempeñe una serie de funciones como las de informar al representante de la insolvencia de las aspiraciones de los acreedores respecto de cuestiones como la venta de bienes importantes y la formulación del plan de reorganización, mantener consultas con el representante de la insolvencia y otros participantes en el proceso,

como los directivos de la empresa del deudor, participar en la elaboración de un plan de reorganización e, incluso, supervisar la labor del representante de la insolvencia. Estas funciones podrán ser establecidas por el régimen de la insolvencia, ordenadas por el tribunal o definidas en cooperación con el representante de la insolvencia.

468. Como se ha señalado ya respecto de los acreedores en general, el comité deberá tener acceso a la información actualizada sobre el deudor y su situación financiera de que disponga el representante de la insolvencia, y también deberá poder expresar su opinión y las de los propios acreedores sobre las cuestiones que entren en el ámbito de sus funciones o que afecten a los intereses de los acreedores. Para desempeñar sus funciones, el comité también puede requerir asistencia administrativa y pericial, pero la necesidad de tal asistencia debería estar claramente relacionada con las funciones asignadas al comité. El régimen podría exigir al comité que pidiera autorización al representante de la insolvencia o al tribunal para contratar un secretario y, si las circunstancias lo justifican, consultores y profesionales. Algunos regímenes de la insolvencia prevén que los costos ocasionados por la contratación de asistentes, incluida su remuneración, sean sufragados con cargo al patrimonio de la insolvencia, mientras que otras legislaciones disponen que los acreedores deberán sufragar sus propios gastos de participación en el procedimiento de insolvencia. Si un régimen prevé que tales costos deban ser sufragados con cargo a la masa de la insolvencia, es conveniente que el tribunal ejerza cierto control no sólo sobre la decisión de contratar a tales profesionales, sino también sobre los demás costos y cargas que entrañe la contratación.

d) Responsabilidad del comité de acreedores

469. El comité debe responder ante los acreedores en general. No debe tener ninguna responsabilidad ni obligación fiduciaria frente a los propietarios de la empresa insolvente. Es conveniente que el régimen de la insolvencia exija que el comité actúe de buena fe y que exima a sus miembros de responsabilidad respecto de los actos que realicen y de las decisiones que adopten como tales, a menos que se demuestre que han actuado de manera fraudulenta o dolosa o que han incumplido una de sus obligaciones fiduciarias frente a los acreedores que representan, por ejemplo, obteniendo beneficios de la administración de la masa de la insolvencia o adquiriendo bienes del patrimonio de la insolvencia sin la aprobación previa del tribunal. El criterio de responsabilidad adoptado respecto del comité puede distinguirse del que se aplica al representante de la insolvencia, puesto que los miembros del comité no deben cumplir ningún requisito de conocimientos especializados y desempeñan sus funciones de forma voluntaria y sin remuneración. Al reglamentar la cuestión de la responsabilidad del comité, tal vez haya que establecer un término medio entre, por una parte, un grado excesivo de responsabilidad que promueva la apatía de los acreedores y les reste incentivos para participar y, por otra, un grado insuficiente de responsabilidad que pueda dar lugar a abusos e impedir que el comité funcione con eficiencia como órgano representativo.

e) Destitución y sustitución de los miembros del comité

470. En la elaboración de un régimen de la insolvencia tal vez convenga examinar los motivos que podrían justificar la destitución de un miembro del comité de

acreedores y establecer un mecanismo para su sustitución. Entre esos motivos podrían figurar la negligencia grave, la carencia de las aptitudes necesarias, la incompetencia, la ineficiencia, la falta de independencia o los conflictos de intereses. El procedimiento de destitución y sustitución dependerá generalmente del procedimiento adoptado para el nombramiento de los miembros del comité de acreedores, que pueden ser designados por el tribunal o elegidos por los propios acreedores. También será conveniente prever disposiciones para sustituir a los miembros del comité que renuncien a su condición de miembros o que ya no puedan seguir desempeñando sus funciones, como en el caso de enfermedad grave o de fallecimiento.

6. Cuestiones que requieren una votación

471. El régimen de la insolvencia deberá que indicar las cuestiones que requieran una votación de los acreedores, así como establecer los requisitos aplicables a las votaciones en cada caso.

472. Cuando las medidas que se hayan de adoptar durante el procedimiento puedan tener una gran trascendencia para el conjunto de los acreedores, es conveniente que todos ellos (y no sólo los miembros del comité) tengan derecho a que se les notifiquen esas medidas y a votar sobre ellas. Las medidas pueden comprender la elección del representante de la insolvencia en los casos en que la ley atribuya a los acreedores esa función; la aprobación del plan de reorganización; la aprobación de la financiación posterior a la apertura del procedimiento; y otros actos importantes como la venta de bienes valiosos.

473. El procedimiento de votación puede regularse de diversos modos, según la naturaleza de la cuestión que deba decidirse. En algunas legislaciones se dispone que el voto deberá emitirse en persona en una asamblea de acreedores, en tanto que en otras se dispone que cuando haya un gran número de acreedores o cuando éstos no sean residentes locales, se pueda votar por correo o por poder. Cuando exista un gran número de acreedores se pondrá en duda la idoneidad del requisito de votar en persona, en especial cuando haya muchos acreedores que sean, por ejemplo, titulares de obligaciones bursátiles públicas. Será cada vez más aconsejable permitir que la votación se realice a través de medios electrónicos de comunicación, incluidos los correos electrónicos e Internet, que pueden imponer estrictas salvaguardias.

474. En las legislaciones se regulan de diversos modos los tipos de votaciones cuyos resultados serán vinculantes para los acreedores. Algunos regímenes hacen una distinción entre los tipos de decisiones que cabe adoptar. Para la adopción de decisiones de mayor importancia, como la aprobación de un plan de reorganización, puede requerirse el voto favorable de acreedores cuyos créditos representen un determinado porcentaje del valor total de los créditos, o de un determinado número de acreedores (véase el capítulo IV de la segunda parte). Algunas veces se exige contar con una mayoría basada en un porcentaje de valor de los créditos para casi todas las decisiones, y una mayoría basada no sólo en dicho valor sino también en un porcentaje de acreedores para decisiones como la elección o destitución del representante de la insolvencia o la contratación de determinados profesionales por parte de éste. En otros países se considera suficiente una mayoría simple para cuestiones como la elección o destitución del representante de la insolvencia. En algunos regímenes también se determinan las cuestiones que requieren a la vez el

apoyo de los acreedores garantizados y el de los no garantizados; en esos países, los acreedores garantizados sólo podrán votar cuando se trate de cuestiones concretas, como la elección del representante de la insolvencia, y de cuestiones que afecten a su garantía.

7. Confidencialidad

475. Como ya se ha señalado (capítulo III.A y B, recomendaciones (93)...), es conveniente que el régimen de la insolvencia imponga la obligación de confidencialidad tanto al deudor como al representante de la insolvencia. Por razones similares, puede ser oportuno prever también las circunstancias en que los acreedores deban cumplir ese deber de confidencialidad. En el transcurso de un procedimiento de la insolvencia, los acreedores estarán generalmente en una situación que les permitirá obtener abundante información sobre el deudor y su empresa, gran parte de la cual puede ser delicada desde el punto de vista comercial. Si bien en una liquidación, habida cuenta de sus consecuencias, es posible que los acreedores no tengan muchas oportunidades de beneficiarse injustamente de esa información (o de perjudicar al deudor), la situación puede variar si se trata de una reorganización. En tal caso, pueden darse circunstancias en que los acreedores utilicen esa información para hacer fracasar un plan ya convenido. Por estas razones, puede ser conveniente imponer a los acreedores y al comité de acreedores (y a cualquier profesional contratado por éste) un deber de confidencialidad en virtud del cual sólo puedan utilizar la información obtenida en el transcurso del procedimiento a efectos de la administración del mismo, salvo que el tribunal decida otra cosa. En los casos en que se nombre un comité de acreedores (y éste contrate asesores profesionales), se podrá formalizar ese deber exigiendo a los miembros del comité (y a los asesores profesionales) que firmen acuerdos de confidencialidad.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre la participación de los acreedores en el procedimiento de insolvencia tienen por objeto:

- a) facilitar la participación de los acreedores en el procedimiento de insolvencia;
- b) prever un mecanismo para el nombramiento de los miembros de un comité de acreedores o de otro representante de los acreedores si con ello se facilita la participación de los acreedores en el procedimiento de la insolvencia;
- c) garantizar a los acreedores el derecho de acceso a información sobre el procedimiento de insolvencia;
- d) especificar las funciones y responsabilidades del comité de acreedores.

Contenido de las disposiciones legales

Derecho de las partes interesadas a ser oídas (véase la recomendación 121)

Participación de los acreedores

110) El régimen de la insolvencia debería especificar que los acreedores, estén o no amparados por una garantía, tendrán derecho a participar en el procedimiento de insolvencia, e indicar las funciones que, en el ejercicio de ese derecho, podrán tener que desempeñar.

Votaciones de los acreedores

111) El régimen de la insolvencia debería concretar las cuestiones sobre las que los acreedores deberán votar, y determinar los requisitos que deberán cumplir los acreedores para poder votar y otros requisitos para las votaciones. En particular, el régimen de la insolvencia debería exigir que los acreedores se pronuncien sobre todo plan de reorganización propuesto, aprobándolo o rechazándolo.

Convocatoria de reuniones de acreedores

112) La ley podrá requerir que se convoque una primera reunión de acreedores en un determinado período, una vez abierto el procedimiento, para debatir ciertas cuestiones. La ley también podrá permitir que el tribunal, el representante de la insolvencia o los acreedores titulares de créditos no garantizados cuyo valor represente un (especificar porcentaje) del valor total de los créditos puedan solicitar la convocatoria de una reunión de acreedores en general. El régimen de la insolvencia debería especificar a qué parte corresponderá la obligación de notificar tal reunión a los acreedores. La ley podrá determinar las circunstancias en las que se podrá convocar dicha reunión de acreedores.

Representación de los acreedores

113) El régimen de la insolvencia debería facilitar la participación activa de los acreedores en el procedimiento de la insolvencia mediante un comité de acreedores u otro mecanismo de representación⁸⁶. El régimen de la insolvencia debería especificar si es preciso establecer un comité o prever otra forma de representación de los acreedores en todos los procedimientos de insolvencia. Si en un procedimiento hay acreedores de diversas categorías y con intereses muy distintos y si su participación no se verá facilitada por el nombramiento de un único comité o representante, la ley podrá prever el nombramiento de diferentes comités de acreedores o representantes

114) Cuando la ley permita el nombramiento de un comité de acreedores o de un representante, debería describirse claramente la relación entre los acreedores y el

⁸⁶ Véase la recomendación 97) y la permanencia en funciones del deudor en caso de reorganización. Si el deudor continúa en posesión de la empresa, el comité de acreedores desempeñará una importante función de supervisión de las actividades del deudor y, de ser necesario, presentará informes al respecto.

comité de acreedores o el representante⁸⁷. El régimen de la insolvencia debería especificar el modo en que habrán de pagarse los gastos del comité de acreedores.

- Acreedores que podrán formar parte de un comité

115) El régimen de la insolvencia debería determinar los requisitos que deberán cumplir los acreedores para formar parte del comité. Entre los acreedores que no podrían ser nombrados miembros del comité de acreedores figurarían las personas allegadas y las que, por alguna razón, no serían imparciales. El régimen de la insolvencia debería especificar si, para que un acreedor tenga derecho a ser nombrado miembro del comité, es preciso que su crédito ya haya sido admitido [provisionalmente o de otra forma].

- Mecanismo de nombramiento de los miembros del comité de acreedores

116) El régimen de la insolvencia debería establecer un mecanismo para el nombramiento de los miembros de comités de acreedores. Algunas de las posibilidades consisten en que sean seleccionados por los propios acreedores o en que los designe el tribunal u otro órgano administrativo.

- Derechos y funciones del comité de acreedores

117) El régimen de la insolvencia debería definir los derechos y funciones del comité de acreedores en el procedimiento de insolvencia, que pueden consistir en:

- a) prestar asesoramiento y asistencia al representante de la insolvencia o al deudor en posesión del negocio;
- b) participar en la elaboración del plan de reorganización, en la venta de bienes importantes y en otras cuestiones en las que las categorías de acreedores que represente tengan intereses, según lo ordene el tribunal o según se determine en cooperación con el representante de la insolvencia;
- c) interrogar al representante de la insolvencia en cualquier momento.

- Empleo y remuneración de profesionales por parte del comité de acreedores

118) El régimen de la insolvencia debería permitir al comité de acreedores, con la aprobación del tribunal, seleccionar, contratar y remunerar a los profesionales que pudieran necesitarse para ayudar al comité de acreedores a desempeñar sus funciones. El régimen de la insolvencia debería especificar cómo se sufragarán los gastos y la remuneración de esos profesionales.

⁸⁷ En particular, El régimen de la insolvencia debería especificar la distribución de las funciones y poderes entre los acreedores y el comité de acreedores, así como el mecanismo para resolver las controversias que surjan entre los acreedores y el comité de acreedores.

- Responsabilidad de los miembros del comité de acreedores

119) El régimen de la insolvencia debería especificar que los miembros de un comité de acreedores estarán exentos de responsabilidad por los actos que realicen como miembros del comité, a menos que se demuestre que han actuado fraudulentamente o que han incurrido en una conducta dolosa.

- Destitución y sustitución de los miembros del comité de acreedores

120) El régimen de la insolvencia debería especificar los motivos por los que podrá destituirse un miembro del comité de acreedores y prever las disposiciones necesarias para proceder a su sustitución⁸⁸.

D. Derecho de la parte interesada a ser oída y a apelar

1. Derecho a ser oído

476. En la mayoría de los regímenes, los acreedores, como principales beneficiarios de la masa de la insolvencia, y otras partes interesadas gozan de cierto poder para controlar tanto la forma en que se administra masa de la insolvencia como el modo en que el representante de la insolvencia cumple sus funciones. El representante de la insolvencia, el deudor, el acreedor, el comité de acreedores u otra parte interesada podrán solicitar una medida judicial de compensación, exoneración o de otra índole, conforme al régimen de la insolvencia, o podrá oponerse a las solicitudes análogas que presenten otras partes. Cada una de esas partes deberá gozar del derecho a ser oída cuando vea afectados sus derechos, sus títulos sobre bienes o sus deberes dimanantes del régimen de la insolvencia. Cuando un tribunal dicta una decisión relacionada con la administración de la masa, la parte cuyos intereses se vean afectados puede normalmente presentar un recurso contra esa decisión ante un tribunal superior, aunque en algunos regímenes ciertos tipos de decisiones no son apelables (por ejemplo, las decisiones por las que se designa al juez supervisor o por las que se abre el procedimiento de insolvencia).

2. Procedimientos de revisión

477. La forma de regular el procedimiento de administración de la masa de la insolvencia dependerá en gran parte de las normas que rijan las actuaciones del representante de la insolvencia, los derechos y obligaciones del deudor en virtud del régimen de la insolvencia, y la participación activa de los acreedores en el procedimiento de administración, ya sea por separado o a través de un comité de acreedores. Por ejemplo, en los regímenes en que se disponga que el representante de la insolvencia deberá obtener la aprobación de los acreedores, o de sus representantes, antes de poder realizar determinados actos, el hecho de que los acreedores intervengan directamente en el proceso decisorio hará generalmente innecesario que esos actos estén sujetos a un procedimiento de revisión por parte de los acreedores, salvo cuando el representante de la insolvencia haya inducido a error a los acreedores.

⁸⁸ El ejercicio del poder de destitución dependerá del método utilizado para el nombramiento del comité.

478. Cuando no se disponga que los actos del representante de la insolvencia deben ser aprobados previamente por los acreedores, tal vez sea necesario instituir un procedimiento de revisión por parte de los acreedores. Puede ser conveniente establecer también un procedimiento de revisión formal de los actos del representante de la insolvencia que afecten a otras partes interesadas.

479. La mayor parte de los regímenes de la insolvencia prevén que las partes interesadas presenten sus solicitudes de compensación o exoneración o sus impugnaciones ante los tribunales. En algunos regímenes se permite que un acreedor entable una acción a título individual, en tanto que en otros se establece que, para tener derecho a entablar una acción, el acreedor o los acreedores disconformes deben representar un determinado porcentaje del número total de acreedores o un porcentaje del valor total de la deuda, o se exige incluso que la acción sea interpuesta por el comité de acreedores o por los acreedores en general. La aplicación de uno u otro requisito suele depender de los motivos que dan lugar a la impugnación. Otras partes interesadas tendrán derecho a presentar una impugnación o una solicitud de compensación o exoneración cuando vean afectados sus derechos, sus títulos sobre bienes u sus obligaciones dimanantes del régimen de la insolvencia. Tal como ya se ha señalado, es necesario hallar un término medio entre el derecho de las partes a ser oídas y la necesidad de dar eficiencia a la administración del procedimiento de la insolvencia.

3. Derecho de apelación

480. La parte interesada cuya solicitud de compensación o exoneración haya sido rechazada, o que se haya opuesto sin éxito a una solicitud o acto de otra parte, deberá tener derecho a apelar ante un tribunal superior si considera que la decisión del primer tribunal ha sido errónea. La mayoría de los sistemas judiciales prevén una jerarquía de tribunales de apelación, así como procedimientos de apelación. Convendría prever una estructura similar para el tribunal competente que administre el régimen de la insolvencia y para las resoluciones que dicte.

Recomendaciones

Derecho de las partes interesadas a ser oídas

121) El régimen de la insolvencia debería especificar que toda parte interesada tendrá derecho a ser oída respecto de cualquier cuestión del procedimiento de insolvencia que afecte a sus derechos, obligaciones o intereses. Por ejemplo, la parte interesada está legitimada para:

- (a) impugnar cualquier acto que requiera aprobación judicial;
- (b) solicitar que el tribunal revise cualquier acto que no requiera aprobación judicial o cuya aprobación no haya sido solicitada al tribunal;
- (c) solicitar cualquier medida de compensación o exoneración que pueda reclamar en virtud del procedimiento de la insolvencia.

*Derecho de apelación*⁸⁹

122) El régimen de la insolvencia debería especificar que toda parte interesada podrá apelar cualquier resolución del tribunal que afecta sus derechos, obligaciones o intereses.

IV. Reorganización

A. El plan de reorganización

1. Introducción

481. Los regímenes de la insolvencia regulan por lo general diversos detalles relacionados con el plan de reorganización, como su naturaleza o forma, el momento en que debe prepararse, quién está capacitado para prepararlo, qué debe figurar en él, cómo deberán aprobarlo los acreedores (y confirmarlo los tribunales, cuando lo requiera el régimen); los efectos del plan y la forma en que deberá ejecutarse.

482. Los planes de reorganización desempeñan diversas funciones según los distintos tipos de procedimiento. En algunos, el plan puede ser la etapa final del procedimiento de reorganización, en que se dispone el pago de un dividendo íntegro y la liquidación final de todas las deudas (lo que se denomina también transacción o plan de avenencia) y la estructura definitiva de la empresa una vez concluida la reorganización. En otros, el plan puede proponerse al abrirse el procedimiento y en él pueden determinarse la forma en que deberá tratarse al deudor y a la empresa durante el período de reorganización, casi como si se tratara de un plan de negocios, así como los dividendos previstos y las fechas de pago. También pueden darse circunstancias en que se prepare una especie de plan de reorganización durante un procedimiento de liquidación en que la empresa haya de venderse como negocio en marcha. Este plan puede prever cuestiones como el calendario y el método para efectuar las distribuciones provisionales. En el siguiente análisis se examinan las cuestiones que se plantearían en un plan propuesto después de la apertura del procedimiento, así como la gestión de la empresa durante la reorganización y la propuesta de modificar los derechos de las partes para atender a la situación financiera del deudor. Estas consideraciones, aunque tal vez no todas ellas, serán también pertinentes para otros tipos de plan.

2. Naturaleza o forma del plan

483. El objetivo de la reorganización es lograr que los acreedores perciban la máxima cantidad en concepto de sus créditos, que los resultados sean mejores que en caso de la liquidación de la empresa deudora y a conseguir que las empresas

⁸⁹ De conformidad con sus objetivos fundamentales, el régimen de la insolvencia debería disponer que las apelaciones en los procedimientos de insolvencia no dejarán en suspenso las decisiones recurridas, a menos que así lo determine el tribunal. Ello permitiría que los casos de insolvencia puedan abordarse y resolverse de forma ordenada, rápida y eficiente y sin perturbaciones indebidas. Los plazos para presentar apelaciones deberían ajustarse a los plazos previstos en el derecho general aplicable, aunque en la insolvencia convendría que esos plazos fueran más breves para evitar interrupciones de los procedimientos.

sigan siendo viables para así preservar los puestos de los empleados y los negocios de los proveedores. Al intervenir diversas partes en el procedimiento de reorganización, cada una puede tener opiniones distintas sobre la mejor manera de lograr los diversos objetivos. Algunos acreedores, como los clientes o proveedores importantes, pueden preferir mantener las relaciones comerciales con el deudor, en vez de que se les reembolse rápidamente su deuda. Algunos acreedores pueden preferir una participación en el capital social de la empresa y otros no. Lo característico es que en un caso dado pueda escogerse entre una amplia gama de opciones; en consecuencia, tal vez no convenga adoptar un criterio prescriptivo respecto de las posibles opciones o de la solución que deberá elegirse en un caso particular, porque probablemente resultará demasiado restrictivo. Conviene, por ejemplo, que el régimen no permita un plan cuyo único objetivo sea rehabilitar por completo al deudor, ni estipule que no podrán cancelarse las deudas, ni disponga que se deba pagar finalmente una cuantía mínima a los acreedores; ni prohíba que se intercambien los créditos por participación en el capital. Un régimen que no regulara todos los detalles y que no impusiera estas limitaciones tendría la flexibilidad suficiente para permitir que un determinado deudor eligiera la opción más adecuada de un abanico de posibilidades.

484. En algunos regímenes de la insolvencia se adopta un enfoque ilustrativo, en que se enumeran algunas de las posibilidades, pero sin limitarlas ni descartar otras. Las posibilidades pueden abarcar un mero concordato (es decir, un acuerdo para pagar a los acreedores un porcentaje de sus créditos, generalmente a plazos); el mantenimiento de la actividad comercial de la empresa y la posibilidad de venderla como negocio en marcha (y la liquidación ulterior del deudor); la transferencia de una parte o de la totalidad de los bienes de la masa a una o más empresas ya existentes o de futura creación; una fusión o concentración de la empresa con una o más entidades comerciales; una forma compleja de reestructuración de la deuda y del capital social; o alguna otra solución. Es aconsejable dejar que las fuerzas del mercado determinen cuál es la solución comercial más apropiada, si hay realmente alguna o, por lo menos, dejar que lo decidan, en sus negociaciones, el deudor, el representante de la insolvencia, los acreedores y otras personas con intereses económicos.

485. Incluso si no adopta un enfoque prescriptivo para regular la forma o la naturaleza del plan, un régimen de la insolvencia puede establecer ciertos límites, por ejemplo, que la prelación que se conceda a los acreedores en un procedimiento de liquidación se mantenga en el de reorganización; que el plan no mantenga al deudor en situación de insolvencia, obligándolo a volver al mercado en esas condiciones; y que el plan de reorganización respete las limitaciones fijadas en otras leyes (si el régimen de la insolvencia no las modifica), por ejemplo, los controles de cambio de divisas.

3. Propuesta de un plan de reorganización

486. Dos aspectos importantes que conviene regular en relación con las propuestas de planes de reorganización son la etapa del procedimiento en que deberán formularse las propuestas y la parte o las partes que estarán capacitadas o facultadas para hacerlas. Cada uno de esos aspectos puede enfocarse de distintas maneras.

a) Momento de la propuesta

487. En lo que respecta al momento en que deba presentarse la propuesta, el criterio adoptado puede depender de la finalidad o del objetivo de una reorganización concreta o del modo en que se abrió el procedimiento. En algunas legislaciones, por ejemplo, se adopta el criterio de que el plan de reorganización debe adjuntarse a la solicitud del procedimiento de reorganización (en cuyo caso la solicitud puede denominarse “propuesta” de reorganización), cuando el procedimiento sea entablado a instancia del deudor⁹⁰. Este método puede tener, entre otros, los siguientes inconvenientes: puede retrasar la capacidad del deudor para iniciar un procedimiento y conseguir que se dicte a tiempo una medida favorable mediante la paralización de las acciones entabladas; puede ser difícil determinar tan pronto los objetivos del plan; y si el plan se ha elaborado sin consultar a los acreedores ni a otras partes interesadas con la intención de que este plan sea el definitivo, puede que no sea viable su ejecución, por lo que tal vez se anticipe al procedimiento y, además, lo demore. Muchos otros regímenes disponen que el plan se negocie y proponga después de la apertura del procedimiento de reorganización. Esta puede ser una opción más flexible, que permita celebrar consultas y negociar un plan de reorganización aceptable mientras el deudor goza de la protección de la paralización. Si se adopta este enfoque, es conveniente prever disposiciones para evitar que abuse del régimen de la insolvencia algún deudor cuya intención no sea proponer un plan (ni esté en condiciones de hacerlo) sino únicamente sacar provecho de la paralización. La cuestión del momento en que deba proponerse el plan también podrá plantear problemas cuando un procedimiento de liquidación pase a ser de reorganización.

b) Partes facultadas para proponer un plan

488. En cuanto a este segundo aspecto, es posible que las distintas partes que intervienen en el procedimiento de reorganización tengan diferentes capacidades y responsabilidades en lo relativo a la negociación y a la propuesta de un plan de reorganización, según cómo se haya concebido el régimen de la insolvencia y, en particular, según las funciones que éste atribuya al representante de la insolvencia, al deudor y a los acreedores. Por ejemplo, en algunos regímenes, estas partes tienen la obligación de cooperar en la negociación y propuesta de un plan. Al determinar a qué parte se permitirá proponerlo o qué partes estarán capacitadas para hacerlo, es conveniente que se establezca un término medio entre, por una parte, la libertad que tenga cada una de ellas para proponer un plan (por ejemplo, si todas las partes pueden proponer un plan, ¿deberán poder hacerlo al mismo tiempo o deberán poder presentar las propuestas siguiendo un orden o en función de la aceptabilidad del plan propuesto?) y, por otra parte, las restricciones que deben necesariamente imponerse al proceso, concretamente los requisitos de aprobación (y de votación), (por ejemplo, ¿deberán intervenir en la formulación de un plan todos los acreedores que deban aprobarlo?), los plazos para la negociación y la propuesta, y la posibilidad de que el régimen de la insolvencia autorice enmendar el plan y prevea otras cuestiones de procedimiento. Es más probable que se logre ese término medio si se adopta un criterio flexible, y no prescriptivo, si bien es conveniente que, en aras de la eficacia, la certeza, la previsibilidad y la agilización del procedimiento, el

⁹⁰ Este tipo de enfoque no debe confundirse con la solicitud de procedimiento agilizado, que debe ir acompañada por el plan propuesto por los acreedores (véase el capítulo IV.B).

régimen de la insolvencia dé orientación suficiente para lograr que el plan propuesto sea viable.

i) Propuesta a cargo del deudor

489. Cuando hubiera que proponer el plan antes de la apertura del procedimiento, sería propuesto generalmente por el deudor, pero podría ser necesaria la negociación con una o más categorías de acreedores (no necesariamente con todas), que podrían negociar y acordar un plan, que debiera ser aceptado por otros acreedores o que se impusiera a las demás categorías de acreedores. En caso de que se debiera proponer el plan después de la apertura del procedimiento, algunos regímenes de la insolvencia prevén que lo proponga el deudor, precisando a veces que deberá hacerlo en cooperación con otras partes, como el representante de la insolvencia, los acreedores, un abogado, un contable u otros asesores financieros. Si el régimen prevé la intervención del deudor, puede tener la ventaja de alentar a los deudores a recurrir pronto al procedimiento de reorganización y, cuando el plan prevea que se mantenga la empresa del deudor en marcha, podrá aprovecharse al máximo el conocimiento de la empresa por parte del deudor, que puede saber qué medidas son necesarias para que la empresa insolvente vuelva a ser viable (aunque tal vez haya que conciliar la libertad otorgada al deudor con la necesidad de que los acreedores confíen en él y en su propuesta). Las ventajas de este enfoque pueden resultar también evidentes cuando sea necesario contar con la colaboración del personal clave de gestión de la empresa del deudor (entre otras cosas por su complejidad) para que ésta pueda salir adelante, o cuando sea difícil reemplazar a este personal a corto plazo.

490. Algunos regímenes de insolvencia otorgan esa facultad exclusivamente al deudor. Otros regímenes adoptan un enfoque gradual, dando inicialmente al deudor la oportunidad de proponer un plan en exclusiva, pero sólo durante un determinado plazo. El tribunal puede tener la facultad de prorrogar este plazo si el deudor demuestra que la demora está justificada y que la reorganización tiene verdaderas posibilidades de prosperar, y si otra parte puede proponer un plan para el caso en que, al expirar su período de exclusividad, el deudor aún haya propuesto ningún plan.

ii) Propuesta a cargo de los acreedores

491. Cuando se requiere que los acreedores aprueben el plan, existe siempre el riesgo de que la reorganización fracase si el plan presentado por el deudor no es aceptable. Por ejemplo, es posible que los acreedores sólo estén dispuestos a aprobar un plan que impida que los accionistas del deudor tengan una participación mayoritaria en el capital social y que, por tanto, controlen la empresa del deudor y que también permita relevar de sus cargos de gestión a los directivos de la empresa. Si el deudor tiene la oportunidad exclusiva de proponer el plan y se niega a aceptar condiciones de esta índole, se corre el riesgo de que fracase la reorganización y que con ello se perjudique a los acreedores, a los empleados y al propio deudor. Para evitar esta situación, algunos regímenes de la insolvencia disponen que, al preparar su plan, el deudor deberá cooperar y negociar con los acreedores y si, al vencer su período de exclusividad, no ha propuesto un plan aceptable, los acreedores podrán proponer otro (cuya preparación podría estar a cargo de un comité de acreedores (véase el capítulo III.C)). Esta opción puede crear condiciones propicias para que las partes acepten una solución de transacción.

iii) *Propuesta a cargo del representante de la insolvencia*

492. Otra modalidad adoptada por muchos regímenes consiste en dar al representante de la insolvencia la posibilidad de proponer un plan, en vez de encomendárselo al deudor o a los acreedores o para complementar el plan que preparen éstos. Dado que el representante de la insolvencia habrá tenido la ocasión de llegar a conocer bien la empresa del deudor tras la apertura del procedimiento, estará posiblemente en condiciones de determinar las medidas necesarias para lograr que sea viable. También estará probablemente en condiciones de facilitar negociaciones sobre el plan entre el deudor y los acreedores. La importancia de prever la participación del representante de la insolvencia dependerá de los principios rectores del régimen y, en particular, de los requisitos para la aprobación del plan por los acreedores o el tribunal. Cuando se requiera la aprobación de los acreedores, un plan que prevea propuestas aceptables para los acreedores tendrá mayores posibilidades de ser aprobado que otro que no cumpla esa condición. Esta consideración podrá carecer de relevancia cuando no sea necesaria la aprobación de los acreedores o cuando el tribunal esté facultado para negarse a confirmar un plan aprobado por razones que no sean de equidad procesal, por ejemplo, cuando considere que el plan no es económicamente viable. Cuando el plan sólo deba ser aprobado por el tribunal, podrá ser necesario formularlo evitando que adolezca de lagunas jurídicas sustanciales para lograr su aprobación. Cuando no se dé al representante de la insolvencia la oportunidad de negociar y proponer un plan ni de participar en el proceso, puede ser conveniente prever la posibilidad de que el representante de la insolvencia examine el plan propuesto antes de que se someta a aprobación.

iv) *Propuesta a cargo de varias partes*

493. Algunos regímenes de la insolvencia confieren a varias partes la posibilidad de proponer un plan. Estas partes pueden ser el deudor, el representante de la insolvencia y los acreedores o el comité de acreedores. Cuando se prevea tal posibilidad, puede ser conveniente adoptar algún procedimiento para evitar que se propongan simultáneamente varios planes divergentes. Si bien en algunos casos esta eventualidad puede propiciar que se proponga un plan de transacción que resulte aceptable para unos y otros, puede asimismo entrañar el riesgo de que se complique el proceso y de provocar confusión, ineficiencia y demoras.

494. Algunas legislaciones prevén que el tribunal tome en consideración las opiniones de terceros sobre el plan, por ejemplo, de organismos públicos y sindicatos. Si bien la intervención de esas partes en la negociación del plan puede contribuir, en determinados casos, a que se proponga un plan aceptable, si este requisito se adopta como principio general, puede también complicar y prolongar el procedimiento. Tal vez sólo resulte conveniente cuando, en un caso concreto, beneficie a las partes cuyos intereses sean determinantes para el éxito del plan de reorganización, y cuando el proceso de negociación esté sujeto a una cuidadosa supervisión y a plazos concretos.

c) **Plazos para la propuesta de un plan**

495. Algunos regímenes de la insolvencia fijan un período posterior a la apertura del procedimiento durante el cual habrá de proponerse un plan. Este período puede

ser específicamente aplicable a los planes propuestos por el deudor o por todas las partes. Un régimen concreto, por ejemplo, concede al deudor un plazo de 120 días para que proponga un plan; una vez expire dicho plazo, cualquier otra parte podrá proponer un plan sin límites de tiempo. Los plazos generalmente previstos para la negociación y la propuesta de un plan oscilan entre 35 y 120 días tras la apertura, y algunos regímenes permiten que el tribunal prorrogue o acorte el plazo en determinadas circunstancias. Aunque la imposición de plazos pueda ser útil para lograr que la reorganización siga adelante sin demora, conviene tener en cuenta también el riesgo de que los plazos sean demasiado rígidos e impongan una restricción arbitraria, particularmente en casos de envergadura en que la negociación y la propuesta de un plan puedan requerir mucho más tiempo, por ejemplo, más de 12 meses; el riesgo de que no se cumplan los plazos, especialmente si no se prevén sanciones apropiadas; o el riesgo de que la infraestructura de la insolvencia sea deficiente y no permita cumplir los plazos (por ejemplo, por falta de recursos). Una solución para obviar el problema de la rigidez de los plazos consiste en prever que el tribunal pueda prorrogar el plazo, siempre y cuando la prórroga siga siendo limitada y se restrinja el número posible de prórrogas. Una ventaja de este enfoque es que exige que la parte que solicita la prórroga demuestre al tribunal que su petición está justificada y que la demora no obedece a ninguna razón indebida (sino a la necesidad de celebrar nuevas consultas con los acreedores, o a que se han recibido tardíamente los peritajes o informes de los asesores profesionales); que la demora no perjudicará los intereses de las otras partes; y que, si se concede la prórroga, hay verdaderas posibilidades de que se proponga un plan que sea aprobado por los acreedores.

496. Cuando el régimen de la insolvencia prevea plazos para la negociación y propuesta de un plan, convendrá regular el caso de los procedimientos de liquidación que pasen a ser de reorganización. Los plazos normales que empiezan a correr en el momento de la apertura de un procedimiento tal vez no resulten fáciles de aplicar en los casos cuyos plazos se cuenten a partir de la fecha de la solicitud inicial de apertura y en que se considere que la conversión del procedimiento de liquidación en reorganización no es más que una continuación del primer procedimiento y en que, por tanto, se descuenta el plazo transcurrido antes de dicha conversión.

4. El plan

497. El resultado del plan depende de su viabilidad, es decir, de si es posible que, a partir de circunstancias y hechos conocidos y de hipótesis razonables, el plan y el deudor tengan más posibilidades de prosperar. Al determinar si un plan tiene posibilidades de prosperar, se plantean dos cuestiones conexas. La primera es el contenido mismo del plan o, en otras palabras, lo que se propone en él. La segunda es la forma de presentar y explicar las propuestas a los acreedores a fin de que éstos las aprueben.

a) Contenido de un plan

498. La cuestión del contenido del plan guarda una estrecha relación con el procedimiento para su aprobación (por ejemplo, qué acreedores deben aprobarlo, la mayoría requerida para su aprobación y, en su caso, el procedimiento de confirmación por el tribunal), así como con los efectos del plan una vez aprobado (y

confirmado por el tribunal, cuando tal confirmación sea un requisito) (por ejemplo, si será vinculante para los acreedores disconformes y para los acreedores garantizados, quién se encargará de la ejecución del plan y quién será responsable de la gestión que siga a cargo del deudor), y también con el hecho de que se exija o no la confirmación judicial del plan. En muchos regímenes de la insolvencia se regula el contenido del plan de reorganización. En algunos se siguen criterios generales, exigiéndose que en el plan se informe suficientemente y con claridad a todas las partes sobre la situación financiera del deudor y sobre la transformación de los derechos jurídicos que se proponga en el plan; en cambio, en otros regímenes se imponen requisitos mínimos, como la obligación de prever el pago de ciertos créditos preferidos. Conviene señalar que el plan no tiene por qué alterar ni afectar de modo alguno los derechos de las distintas categorías de acreedores.

499. Otras leyes enumeran requisitos más concretos sobre la información relativa a la situación financiera del deudor que deba contener el plan sobre las propuestas en él formuladas. La información sobre la situación financiera del deudor puede comprender estados financieros sobre el activo y el pasivo y la corriente de efectivo del deudor e información relativa a las causas o motivos de la situación financiera del deudor. La información relativa a las propuestas del plan puede abarcar, en función del objetivo del plan y de las circunstancias de un determinado deudor: detalles sobre las categorías de créditos; los créditos que no se vean favorecidos por el plan y el texto que prevé darse, conforme al plan, a cada categoría de créditos; el mantenimiento en vigor o el rechazo de contratos aún no cumplidos en su totalidad; el régimen aplicable a los arrendamientos no vencidos; las medidas y disposiciones aplicables a los bienes del deudor (por ejemplo, transferencia, liquidación o retención); la venta u otra forma de disponer de los bienes gravados; el procedimiento de divulgación y aceptación; el derecho de los acreedores titulares de créditos impugnados a participar en el proceso de votación y las disposiciones para dirimir las controversias sobre créditos impugnados; los arreglos previstos para el personal del deudor; la remuneración por concepto de la gestión de la empresa del deudor; la financiación de la ejecución del plan; la prórroga del plazo de vencimiento o la modificación del tipo de interés o de otras condiciones de las garantías reales pendientes; la función que deberá desempeñar el deudor en la ejecución del plan y la determinación de quiénes responderán de la futura gestión de la empresa del deudor; la satisfacción de los créditos y explicaciones sobre el motivo por el cual los acreedores cobrarán una suma mayor que la que habrían percibido en caso de liquidación; el pago de intereses sobre los créditos; la distribución de una parte o de la totalidad de los bienes de la masa entre las partes que tengan derechos sobre ellos; los posibles cambios en el instrumento fundacional o en el documento constitutivo de la empresa del deudor (cambios en los reglamentos, disposiciones sobre asociación, etc.) o en la estructura del capital del deudor, o la fusión o consolidación del deudor con una o más personas; la base sobre la cual la empresa podrá proseguir sus negocios y el modo en que podrá reorganizarse con éxito; la supervisión de la ejecución del plan; y el período de ejecución, especificando, en algunos casos, que la ley prescribe un plazo máximo.

500. En vez de especificar toda la información detallada que deba figurar en el plan, tal vez sea conveniente que en el régimen de la insolvencia se defina el contenido mínimo de un plan, centrándose en sus objetivos fundamentales y en los procedimientos para su ejecución. Por ejemplo, el régimen de la insolvencia puede exigir que en el plan se enumeren las categorías de acreedores y cómo se tratará a

cada una de ellas conforme al plan; las condiciones del plan (como el régimen aplicable a los contratos y la función que deba seguir desempeñando el deudor); y los requisitos para la ejecución del plan (como la venta de bienes o de partes de la empresa, la prórroga de las fechas de vencimiento, los cambios en la estructura del capital de la empresa y la supervisión de la ejecución).

501. El contenido del plan también puede ser fuente de conflictos con otras leyes. Por ejemplo, si el derecho de un país no permite la transformación de la deuda en capital social, no podrá aprobarse ningún plan que prevea tal medida. Dado que la conversión de la deuda en capital social puede ser una característica importante del proceso de reorganización, convendría eliminar tal prohibición, al menos en el contexto de la insolvencia, a fin de poder incluir esa medida en el plan y aprobarla. Del mismo modo, si, en virtud de otras leyes, el plan debe limitarse a prever la condonación de la deuda o la prórroga de las fechas de vencimiento, podrá ser difícil que los acreedores lo aprueben. En algunos casos de insolvencia se plantean cuestiones igualmente claras y poco polémicas sobre la relación entre el régimen de la insolvencia y otras leyes. En otros casos pueden surgir problemas más complejos, como la limitación de las inversiones extranjeras y los controles de las operaciones de cambio de divisas (especialmente en los casos en que muchos de los acreedores no sean residentes), o los derechos que tengan los empleados en virtud de la legislación laboral cuando, por ejemplo, la reorganización pueda requerir la modificación de los convenios colectivos o entrar en conflicto con la legislación tributaria.

502. Los enfoques de estas cuestiones son diversos. En algunos países el régimen de la insolvencia está sujeto a este tipo de limitaciones, con lo cual pueden verse restringidas las opciones para la reorganización. Otros regímenes permiten que queden sin efecto ciertas limitaciones previstas en otras leyes, por ejemplo, las relativas a la disposición de los bienes del deudor y la prelación en la distribución, concretamente cuando los acreedores convengan en ello. Al elaborar el régimen de la insolvencia, es preciso tener en cuenta las restricciones previstas en otras leyes que repercutan en el régimen de la insolvencia y que, a fin de asegurar la transparencia y la previsibilidad, el régimen de la insolvencia regule expresamente la cuestión de su relación con otras leyes, especificando, en lo posible, las repercusiones que tengan esas otras leyes para el régimen de la insolvencia.

b) Información que debe adjuntarse al plan

503. Al pronunciarse sobre un plan, es preciso que los acreedores y las otras partes interesadas en el caso, como los participantes en el capital social que puedan participar en la votación tengan la certeza de que el plan es viable y de que no se basa, por ejemplo, en hipótesis erróneas, y que la ejecución del plan no dejará al deudor sobrecargado de deudas. Para facilitar esa evaluación, los acreedores y las otras partes interesadas en el caso deberán recibir información en que se explique lo propuesto en el plan y cómo repercutirá en la situación del deudor, de los acreedores y de las otras partes afectadas. Con tal fin, convendría adjuntar al plan presentado a los acreedores y a otras partes una declaración en la que se revele exhaustivamente la información que permita a todas las partes evaluar el plan correctamente. Esa declaración puede ser preparada por un profesional cualificado que pueda evaluar de forma fidedigna e imparcial las medidas propuestas en el plan, o por la misma parte que proponga el plan, sin que para ello deba recurrir necesariamente a un asesor

profesional. Cuando el representante de la insolvencia no deba intervenir en la formulación de un plan ni en la preparación de la declaración, puede ser conveniente exigirle que dé su opinión sobre ambos instrumentos. Cuando los acreedores y las otras partes interesadas en el caso no estén de acuerdo con la evaluación pericial o no consideren convincente la información revelada, cabría tener en cuenta estos pareceres al votar sobre el plan, con un mecanismo que permita modificarlo; también podría tenerlos en cuenta el tribunal al confirmar el plan (cuando el procedimiento previera tal confirmación judicial).

504. Varios regímenes de la insolvencia contienen disposiciones en que se especifica la información que habrá de proporcionarse a los acreedores y a otras partes interesadas para que puedan evaluar el plan correctamente, que, según los casos, deberá incorporarse al plan o adjuntarse, por separado, en una declaración. El requisito de facilitar esta información, apoyada por mecanismos apropiados para obtener los datos pertinentes, cumple el objetivo clave de la transparencia del procedimiento y puede ser útil para que los acreedores adquieran confianza en el proceso de insolvencia. No obstante, tal vez deba limitarse este requisito para tener en cuenta el carácter confidencial de la información financiera y comercial potencialmente delicada sobre el deudor a la que puedan tener acceso los acreedores, aun cuando esa información pueda acabar siendo del dominio público a raíz de la aprobación del plan o de su confirmación por el tribunal. Este problema puede obviarse imponiendo el deber de respetar la confidencialidad de la información al deudor, a los acreedores, al representante de la insolvencia y a otras partes interesadas. Conviene también no exigir información que no sea de utilidad para evaluar el plan; es preciso requerir ante todo la información necesaria para evaluar las propuestas concretas formuladas en un determinado plan.

505. Es conveniente que en el régimen de la insolvencia se especifique la información mínima que deberá revelarse en una declaración. Esta información puede comprender lo siguiente: datos sobre la situación financiera del deudor, concretamente sobre el activo y el pasivo y la corriente de liquidez de la empresa; una comparación entre lo que se ofrece a los acreedores en el plan propuesto y lo que percibirán en caso de liquidación; la base sobre la cual podrá mantenerse y reorganizarse la empresa del deudor; información sobre los mecanismos de votación por los que se regirá la aprobación del plan; información que demuestre que, habida cuenta de los efectos del plan, se satisfarán adecuadamente todas las obligaciones previstas en él y el deudor dispondrá de la liquidez necesaria para pagar sus deudas conforme al plan.

5. Aprobación del plan

506. Al redactarse las disposiciones de un régimen de la insolvencia sobre la aprobación del plan deben ponderarse diversas consideraciones, concretamente la de si los acreedores deben votar o no por categorías, y el trato que se dará a los acreedores disconformes. Un principio fundamental es que los acreedores sólo pueden quedar obligados por un plan si se les ha dado la posibilidad de votar al respecto. El objetivo principal de clasificar los créditos es cumplir el requisito de dar un trato justo y equitativo a los acreedores, tratando del mismo modo los créditos de similar importancia, y asegurar que el plan de reorganización ofrezca las mismas soluciones a todos los acreedores de una determinada categoría. Es una forma de asegurar que los créditos prioritarios o preferentes se traten de acuerdo con

las reglas de prelación establecidas en el régimen de la insolvencia. Además, así puede resultar más fácil que los titulares de los créditos de mayor cuantía acepten un tratamiento distinto del otorgado a la categoría general de acreedores no garantizados cuando, en aras de la viabilidad del plan, sea necesario ese trato diferenciado. Sin embargo, la clasificación de los créditos puede incrementar la complejidad y los costos de los procedimientos de insolvencia, según el número de categorías establecidas. Otra posible opción para evitar que los acreedores que deban recibir un trato especial se vean perjudicados por las decisiones mayoritarias consiste en dar a esos grupos la oportunidad de impugnar ante el tribunal la decisión de la mayoría de los votantes cuando no hayan recibido un trato justo y equitativo. Esta posibilidad de impugnación puede ser un factor disuasorio para los grupos mayoritarios, que tal vez se abstendrá de formular propuestas desfavorables e injustas para los acreedores preferentes.

507. En cuanto al tratamiento de los acreedores disconformes, será indispensable prever una manera de imponer a una minoría disconforme de una categoría de acreedores un plan acordado por mayoría, a fin de que la reorganización tenga más probabilidades de prosperar. También puede ser necesario, según el mecanismo que se elija para votar sobre el plan y si los acreedores votan por clases, estudiar la posibilidad de que el plan sea vinculante para las categorías de acreedores disconformes y para otras partes afectadas que también estén en minoría.

508. Si un plan puede ser aprobado e impuesto a partes disconformes, tal vez convenga que el plan prevea salvaguardias para proteger a las partes disconformes y, en particular, para asegurar que sus derechos no se vean injustamente perjudicados. Así, por ejemplo, el régimen podría prever que ninguna categoría de acreedores disconformes podrá quedar obligada por el plan, a menos que se le garantice que se le dará un determinado trato. Si se trata de acreedores garantizados, cabe prever que perciban una suma equivalente al valor de su garantía real, mientras que en el caso de los acreedores no garantizados puede ocurrir que los titulares de los créditos de menor cuantía, incluidos los participantes en el capital social, no cobren nada. Cuando el procedimiento de aprobación perjudique notablemente a los créditos de los acreedores y a otras partes interesadas, sin que puedan dar su consentimiento (en particular, cuando se trate de acreedores garantizados), existe el riesgo de que más adelante no estén dispuestos a conceder crédito. Por consiguiente, el mecanismo de aprobación del plan y la previsión de salvaguardias apropiadas es de considerable importancia para la protección de estos intereses.

a) Procedimientos de aprobación

509. Muchos regímenes de la insolvencia prevén la convocatoria de una junta especial de acreedores con el fin de votar sobre el plan de reorganización y exigen que el plan (y la declaración por la que se revele la información requerida, cuando deba presentarse también ese documento) se hagan llegar a los acreedores y a otras partes interesadas que también tengan derecho a votar en un determinado plazo previo a la convocatoria de la reunión. Algunas legislaciones disponen que sólo podrán votar quienes asistan personalmente a la reunión de acreedores, mientras que otras permiten que la votación también pueda efectuarse por correo o mediante un poder. A fin de facilitar la votación y habida cuenta de la creciente utilización de los medios electrónicos de comunicación, puede ser conveniente permitir que se vote en persona, a través de un mandatario o por medios electrónicos.

510. Entre otras cuestiones que deben tenerse en cuenta al regular las condiciones de aprobación del plan conviene mencionar la de si los acreedores y las otras partes interesadas deben votar por categorías, en función de sus respectivos derechos; los tipos de créditos (admitidos provisional o definitivamente) que se tomarán en consideración para determinar si ha votado favorablemente la mayoría exigida de votantes; si deberán votar los acreedores garantizados; si se tendrán en cuenta los votos de los acreedores con créditos con prelación al determinar la mayoría requerida; qué otras partes interesadas, además de los acreedores, tendrán derecho a votar sobre el plan; y el modo en que se tratará a los acreedores que se abstengan o que no participen en la votación. Estas cuestiones se examinan en los párrafos que figuran a continuación. Con respecto a la última cuestión, en algunos regímenes, por ejemplo, se considera que los votantes que se abstienen o que no participan en la votación se han pronunciado en contra de la aprobación del plan. Esta presunción de desaprobación puede ir en detrimento de los acreedores que participaron y que votaron a favor de la aprobación del plan, y en la práctica puede dificultar mucho su aprobación. Otro criterio seguido por muchos países consiste en calcular el porcentaje de apoyo sobre la base del número de partes que participen realmente en la votación, estimando que las partes ausentes y los participantes que se abstienen demuestran escaso interés en el procedimiento. Este criterio puede implicar que el curso de la reorganización quede en manos de un grupo de acreedores posiblemente pequeño y poco representativo, sobre todo si se tiene en cuenta el fenómeno de la apatía de los acreedores. Es preciso adoptar un criterio equilibrado que facilite la aprobación del plan, que garantice un grado suficiente de apoyo de los acreedores para ejecutar y que evite que se produzcan abusos. Todo ello puede lograrse, con cualquiera de los enfoques analizados, previendo la debida notificación de los acreedores y de otras partes interesadas, especialmente si no son residentes, y adoptando mecanismos de votación que no requieran la asistencia personal a las reuniones, como el voto por poder y por medios electrónicos.

511. Algunos regímenes de la insolvencia prevén asimismo presunciones para simplificar los procedimientos de votación. Sí, por ejemplo, un plan cancela el crédito de un acreedor o la participación de un propietario en el capital social (y esa parte no percibe nada conforme al plan), cabe presumir que esa parte votará en contra de dicho plan. Por el contrario, si un plan deja íntegro un crédito y dispone que se pagará en su totalidad, cabe presumir que el acreedor interesado votará a favor del plan. Estas presunciones pueden reducir también la necesidad de notificar e informar a los acreedores pertinentes y a otras partes interesadas.

b) Aprobación por los acreedores garantizados y con prelación

512. En muchos casos de insolvencia, los créditos garantizados representarán un porcentaje importante del valor de la deuda que pesa sobre el deudor y cabrá adoptar diferentes criterios para regular la aprobación del plan por los acreedores garantizados y con prelación. Como principio general, no obstante, el requisito de votación por parte de los acreedores garantizados dependerá del modo en que el régimen de la insolvencia trate a los acreedores garantizados, de si un plan de reorganización puede afectar poco o mucho a la garantía real de un acreedor y del grado en que el crédito de un acreedor garantizado esté cubierto por el valor de los bienes gravados.

513. Conforme a uno de los criterios, cuando el régimen de la insolvencia no afecte a los acreedores garantizados y, en particular, no les impida ejercer sus derechos sobre los bienes gravados, no es necesario dar a esos acreedores el derecho de voto, dado que sus derechos reales de garantía no se verán menoscabados por el plan. Del mismo modo, conforme a este criterio, el plan no puede reducir el valor de los créditos de los acreedores con prelación, que tienen derecho a cobrarlos en su totalidad. La desventaja de este criterio empero, es que puede reducir las probabilidades de que una reorganización prospere, especialmente cuando los bienes gravados sean vitales para el éxito del plan. Además, si el acreedor garantizado no queda vinculado por el plan y decide ejercer sus derechos, por ejemplo, recuperando la posesión del bien gravado y vendiéndolo, puede imposibilitar la reorganización de la empresa. Análogamente, en ciertas circunstancias, la única manera en que el plan podrá prosperar consiste en prever que, al aprobarse el plan, los acreedores con prelación perciban sumas inferiores al valor total de sus créditos. Así pues, las perspectivas de que prospere una reorganización pueden mejorar si los acreedores con prelación aceptan que se les pague a plazos y si los acreedores garantizados acceden a que se modifiquen las condiciones de la deuda garantizada. Si esos acreedores no quedan incluidos en el plan ni se les exige que voten sobre las propuestas que afecten a sus derechos, no será posible modificar estos derechos.

514. Cuando el valor del bien gravado no cubra íntegramente el importe del crédito de un acreedor garantizado, varios regímenes de la insolvencia permiten a estos acreedores votar junto con los acreedores ordinarios no garantizados respecto de la parte no cubierta de su crédito. En algunos ordenamientos jurídicos, esta situación plantea difíciles problemas de valoración a la hora de determinar si un acreedor garantizado está realmente garantizado y en qué medida lo está. Por ejemplo, cuando tres acreedores hayan constituido una garantía sobre un mismo bien, puede ocurrir que el valor de ese bien sólo permita satisfacer el crédito que, conforme al orden de prelación, figure en primer lugar y parte del que figure en segundo lugar. Por lo tanto, el segundo acreedor podrá tener derecho a votar únicamente respecto de la parte no garantizada de su crédito, mientras que el tercer acreedor quedará totalmente sin garantía. Por tanto, la tasación del bien es crucial para determinar hasta qué punto los acreedores garantizados están realmente amparados por una garantía y, por ende, si deben o no votar como acreedores sin garantía respecto de toda parte no garantizada de su crédito.

515. La cuestión de la votación de los acreedores garantizados sobre un plan de reorganización se regula de diferentes modos. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que los acreedores garantizados y los que tengan prelación votarán como categorías separadas de acreedores sobre todo plan que menoscabe las condiciones de sus créditos, o prevén que consientan en quedar vinculados por el plan. El hecho de permitir a los acreedores garantizados votar como clase aparte implica un reconocimiento de que los derechos e intereses de estos acreedores difieren de los de los acreedores no garantizados. Lo mismo cabe decir en el caso de los acreedores con prelación. Sin embargo, en muchos casos los acreedores garantizados no tienen los mismos derechos, y tal vez no resulte viable agruparlos en una única categoría de votantes. En tales casos, algunos regímenes prevén que cada acreedor garantizado constituya individualmente una categoría. Cuando los acreedores garantizados votan, la mayoría requerida de una clase de acreedores garantizados suele ser la misma que se exige a los acreedores no

garantizados para la aprobación, aunque hay ejemplos de regímenes que requieren mayorías diferentes según el modo en que el plan afecte a los derechos de los acreedores garantizados (por ejemplo, se requiere una mayoría de tres cuartas partes para la prórroga de una fecha de vencimiento y de cuatro quintas partes si los derechos se ven perjudicados de alguna otra manera).

516. Cuando los acreedores garantizados votan por clases, algunos regímenes de la insolvencia prevén que, si la mayoría de votantes requerida para esta clase aprueba el plan, los miembros disconformes de esa clase quedarán vinculados por el plan, a reserva de ciertas salvaguardias. Con arreglo a estos regímenes, las salvaguardias previstas en beneficio de los acreedores garantizados disconformes pueden consistir en que tengan derecho a percibir por lo menos la suma que habrían cobrado en caso de liquidación y que sólo quedarán vinculados por el plan si perciben esa suma, o en que puedan quedar vinculados si el plan prevé que, dentro de un determinado plazo, se les paguen totalmente sus créditos, limitando la suma pagadera al valor de sus garantías reales, pero también los intereses correspondientes según los tipos vigentes en el mercado. Algunos regímenes de la insolvencia prevén también que el tribunal esté facultado para ordenar que los acreedores garantizados queden obligados por el plan, siempre que esté convencido de que se cumplen determinadas condiciones, por ejemplo, que la ejecución de la garantía real por el acreedor garantizado tendría consecuencias muy negativas para el logro de los objetivos del plan; que las garantías reales del acreedor garantizado estarán suficientemente amparadas por el plan; y que el plan no agravará ni hará empeorar la situación de los acreedores garantizados (por ejemplo, si se pagan los intereses futuros y si el valor de los bienes gravados constituidos en garantía no se ve afectado). Otros regímenes de la insolvencia disponen que el plan no puede imponerse a los acreedores garantizados a menos que lo consientan.

517. Al determinar qué criterio debe adoptarse sobre esta cuestión, será importante evaluar las repercusiones que el criterio seguido puede tener sobre la oferta y el costo de la financiación de operaciones garantizadas y dar a las disposiciones la máxima certeza y visibilidad, teniendo en cuenta a la vez los objetivos del régimen de la insolvencia y las ventajas que supondrá para la economía el éxito de una reorganización.

c) Aprobación por los acreedores ordinarios no garantizados

518. Puede recurrirse a distintos mecanismos para lograr que los acreedores no garantizados en general dispongan de un medio eficaz para votar sobre un plan. Cualquiera que sea el elegido, es conveniente que sea lo más sencillo posible y que figure claramente enunciado en el régimen de la insolvencia para garantizar previsibilidad y transparencia.

i) Categorías de acreedores no garantizados

519. Varios regímenes de la insolvencia no permiten dividir a los acreedores no garantizados en diferentes categorías y deben votar juntos como grupo único.

520. Los países que han establecido categorías de acreedores garantizados y de acreedores con prelación también prevén a menudo que se divida a los acreedores ordinarios no garantizados en varias categorías, en función de sus diversos intereses económicos. Esta división tiene por objeto mejorar las perspectivas de éxito de la

reorganización al menos de tres modos: estableciendo un medio útil para determinar los diversos intereses económicos de los acreedores no garantizados; creando un marco para estructurar las condiciones del plan; y previendo un medio para que el tribunal pueda invocar el apoyo de la mayoría requerida de acreedores de una categoría para declarar que el plan será vinculante para otras categorías de acreedores que no lo hayan apoyado. Habida cuenta de que la división de los acreedores en distintas categorías puede complicar el procedimiento de votación, tal vez convenga hacer esa clasificación únicamente cuando existan razones imperiosas para otorgar un trato especial a algunos acreedores no garantizados, como el hecho de que esos acreedores sean numerosos y no tengan intereses económicos comunes. Para determinar si hay intereses comunes podrá tomarse en consideración la naturaleza de las deudas que hayan dado lugar a los créditos y los recursos de que puedan disponer los acreedores en caso de no aprobarse un plan de reorganización, incluida la posibilidad de que los acreedores puedan cobrar sus créditos ejerciendo tales recursos. Cuando haya un escaso número de acreedores no garantizados o cuando sus intereses sean similares, tal vez no sea necesario que los acreedores voten sobre la aprobación del plan divididos en categorías, con lo cual se simplificaría el procedimiento de votación.

ii) Determinación de las categorías

521. Algunos regímenes de la insolvencia concretan el modo en que deben determinarse las categorías de acreedores con créditos ordinarios no garantizados a efectos de la aprobación del plan de reorganización. Un criterio consiste en que el plan clasifique los créditos o los derechos en categorías basándose en que los acreedores tengan intereses comunes o sustancialmente similares o en el valor de los créditos. Cuando el criterio es la comunidad o similaridad de intereses, la parte que proponga el plan puede dar muestras de cierta flexibilidad al decidir los créditos que entrarán en un grupo determinado de acreedores. Otros criterios consisten en que el representante de la insolvencia formule recomendaciones al tribunal antes de que los acreedores voten sobre la aprobación, o en que las categorías sean determinadas de entrada por el deudor, que dispondrá de cierta flexibilidad limitada para decidir qué acreedores formarán parte de las distintas categorías, en función de sus créditos; los acreedores no garantizados que estén disconformes con la categoría que se haya asignado a sus créditos podrán solicitar que el tribunal dirima la cuestión.

d) Aprobación por los titulares de capital social del deudor o de derechos frente al deudor

522. Algunos regímenes de la insolvencia prevén que los titulares de capital social del deudor o de derechos frente al él aprueben los planes, al menos cuando puedan afectar a la forma de la empresa, a la estructura de su capital o a la composición del cuerpo de accionistas del deudor. También cabe esperar que los titulares de capital social voten cuando sean beneficiarios de la distribución prevista en el plan. Cuando la dirección del deudor propone un plan, es posible que dichos titulares ya hayan aprobado las condiciones del plan (según sea la estructura de la empresa del deudor, su instrumento constitutivo puede requerir tal aprobación). Este puede ser el caso cuando el plan afecta directamente a los titulares de capital social, disponiendo, por ejemplo, la conversión de la deuda en capital social, ya sea transfiriendo acciones ya existentes o emitiendo nuevas acciones.

523. En circunstancias en que el régimen de la insolvencia permita a los acreedores o al representante de la insolvencia proponer un plan, y cuando ese plan prevea la transformación de la deuda en capital social, algunos países permiten que se apruebe el plan, aunque se opongan a él los titulares de capital social, independientemente de lo que se disponga en la carta fundacional del deudor. Esos planes pueden suponer que, en la nueva empresa, los intereses de dichos titulares se vean totalmente desplazados sin su consentimiento.

e) Personas allegadas

524. Algunos regímenes de la insolvencia prevén que las personas allegadas no puedan votar junto con los demás acreedores sobre la aprobación del plan o que sus votos no cuenten para decidir otras cuestiones, como la de determinar si una categoría perjudicada de acreedores ha aceptado el plan (cuando esto constituya un requisito para su aprobación). Sin embargo, en muchos regímenes de la insolvencia no se regula específicamente la cuestión de las personas allegadas. Cuando el régimen de la insolvencia no prevea ninguna disposición especial al respecto, las personas allegadas deben poder votar del mismo modo que otros acreedores. Sin embargo, esas personas estarán generalmente sujetas a otras leyes en lo relativo a sus tratos personales con el deudor y con su empresa.

f) Requisitos para la aprobación del plan

525. Muchos regímenes de la insolvencia exigen un porcentaje mínimo de apoyo de los acreedores para que el plan quede aprobado. La mayoría necesaria puede calcularse de diversas maneras, según si los acreedores voten o no por categorías, según el peso relativo que se dé a esas diferentes categorías, al determinar la mayoría requerida, y también, como se ha señalado ya (véase el capítulo II.5 a)), según si el régimen de la insolvencia exige la mayoría de los acreedores votantes o la de todos ellos.

i) Votaciones sin diferenciación de categorías

526. Si los acreedores no votan por categorías, puede exigirse una mayoría que represente una proporción o porcentaje del valor de los créditos o del número de acreedores, o una combinación de ambos factores. Algunos regímenes exigen, por ejemplo, que el plan esté respaldado por acreedores cuyos créditos representen dos tercios o tres cuartas partes del valor total de la deuda y por más de la mitad o por dos tercios del número de acreedores. Aunque estos porcentajes se aplican generalmente a los acreedores que realmente voten sobre la aprobación del plan, hay regímenes que fijan porcentajes combinados del valor total de la deuda y del número total de acreedores, prescindiendo de si votan o no. Se prevén también otras combinaciones.

ii) Votaciones por categorías de acreedores

527. Si los acreedores votan por categorías, se adoptan muy diversos criterios para determinar los requisitos para que un plan resultare aprobado. Estos requisitos pueden ser algo complejos, exigiéndose, por ejemplo, el voto mayoritario de una determinada categoría o el de todas ellas, y, en algunos casos, debe apoyar el plan la mayoría de los acreedores votantes y, en otros, la mayoría del número total de acreedores, independientemente de que voten o no (véase la sección 5a) *supra*).

- *Mayoría de una determinada categoría de acreedores*

528. Algunos regímenes de la insolvencia exigen la aprobación por una mayoría de los acreedores de una clase determinada categoría, requiriéndose una mayoría de acreedores que representen un determinado porcentaje o parte del valor de los créditos o una mayoría numérica de acreedores, o una combinación de ambas cosas. Si bien el requisito de una mayoría basada a la vez en el valor de los créditos y en el número de los acreedores dificulta la aprobación del plan puede justificarse por el hecho de que protege el carácter colectivo de los procedimientos. Por ejemplo, si un único acreedor posee créditos con un valor superior al 50% del total de los créditos, esa mayoría combinada impedirá que ese acreedor imponga el plan a todos los demás acreedores en contra de su voluntad. Del mismo modo, ese doble requisito puede impedir que un acreedor mayoritario haga fracasar el plan en detrimento de otros acreedores, aunque hay ejemplos de legislaciones que permiten a los acreedores que tengan más de un cierto porcentaje del valor total de los créditos vetar la aprobación de un plan u obligar a mejorar las condiciones del plan de modo que beneficie a todos los acreedores. El requisito de una mayoría del valor de los créditos y del número de acreedores impedirá también que un gran número de pequeños acreedores imponga su decisión a un escaso número de acreedores con créditos cuantiosos. Algunos regímenes de la insolvencia contienen disposiciones en virtud de las cuales, aun cuando una mayoría de los acreedores apoya un plan, si esos acreedores representan menos de un determinado porcentaje del valor total de los créditos (por ejemplo, alrededor del 25% o del 30%), el tribunal pondrá reparos a la confirmación del plan. Ese requisito puede justificarse también por el hecho de que contribuye a que se apruebe el plan con un apoyo suficiente para pueda ejecutarse con éxito.

- *Mayoría de todas las categorías de acreedores*

529. En otros regímenes se exige que todas las categorías de acreedores apoyen el plan para que se apruebe. Sin embargo, en algunos se permite que un plan apoyado por algunas categorías resulte vinculante para otras que no lo apoyen. Por ejemplo, puede requerirse el apoyo de una mayoría simple de todas las categorías o, cuando no apoyen el plan la mayoría de las categorías, podrá declararse vinculante para una categoría disconforme que no lo apoye, siempre que el tribunal esté convencido de que se cumplen ciertas condiciones. Un régimen, por ejemplo, divide los créditos en tres categorías y dispone que el plan debe ser aprobado por al menos dos de ellas y que, en caso de liquidación, al menos una de las categorías que lo aprueben no cobrará íntegramente el importe de sus créditos. Conforme a otra variante, al menos una de las categorías que aprueben el plan verá sus derechos menoscabados por éste, para que así no sólo apoyen el plan únicamente los acreedores cuyos derechos no se vean menoscabados. Otros regímenes disponen que el apoyo de las categorías de acreedores no garantizados no puede forzar la aprobación del plan si los acreedores garantizados se oponen a él. Esta cuestión se trata también a continuación, en las secciones 7 y 8.

6. Imposibilidad de aprobar un plan propuesto

a) Modificación del plan propuesto

530. Sea cual sea el mecanismo elegido para la votación, es conveniente que el régimen de la insolvencia sea suficientemente flexible para que el plan presentado a los acreedores y a otras partes interesadas para su aprobación sea negociado por todas esas partes durante el procedimiento de votación con miras a que obtenga un amplio apoyo. Cuando esta negociación no sea posible y los acreedores y otras partes interesadas deban limitarse a votar sobre el plan propuesto, sin posibilidad de modificarlo, podrán disminuir las posibilidades de que sea aprobado. Un método para dar más flexibilidad al procedimiento puede consistir en permitir que una mayoría de acreedores vote a favor de que se aplase la reunión en que deba adoptarse una decisión sobre el plan, a fin de que se revele más información, si se considera que, prolongando las negociaciones, puede obtenerse un resultado favorable, pueden resolverse controversias y pueden abordarse cuestiones pendientes. Sin embargo, al igual que con muchas otras disposiciones del régimen de la insolvencia, es conveniente limitar las circunstancias en que pueda aplazarse la reunión o, al menos, el número de veces que podrá aplazarse y, eventualmente, imponer plazos para agilizar la renegociación del plan y para prevenir abusos.

b) Desaprobación del plan

531. Cuando los votantes no aprueben un plan de reorganización y cuando su renegociación y modificación no permitan resolver las dificultades que se experimenten, el régimen de la insolvencia puede prever distintas formas de seguir adelante. Algunos regímenes de la insolvencia consideran que, si los acreedores no aprueban el plan, cabe deducir que son partidarios de que se liquide la empresa, en cuyo caso el procedimiento de reorganización puede pasar a ser convertido de liquidación (véase también el capítulo II.D de la primera parte y el capítulo IV.A.14 de la segunda parte). Este criterio puede inducir a los deudores a proponer un plan aceptable, aunque con las oportunas salvaguardias para evitar abusos cuando la liquidación no beneficie a todos los acreedores. Otros regímenes disponen que el procedimiento de reorganización sea sobreesido. Este criterio presenta la desventaja de dejar al deudor en un estado de precariedad financiera en que puedan acumularse más deudas y en que pueda disminuir el valor de los bienes, y puede además tener el inconveniente de aplazar la apertura de un procedimiento de liquidación que puede ser inevitable.

7. Efecto vinculante del plan para las categorías de acreedores disconformes

532. Como ya se ha señalado, algunos países que permiten votar sobre la aprobación de un plan a los acreedores garantizados y a los acreedores con prelación y que permiten dividir a los acreedores no garantizados en varias categorías prevén también un mecanismo en virtud del cual si un plan recibe el apoyo de una o varias categorías de acreedores, puede declararse vinculante para otras categorías de acreedores que lo desapruében (incluidas, en ciertos regímenes, categorías de acreedores garantizados y de acreedores que gocen de prelación). Es una disposición denominada a veces de “imposición” (*cram-down*). Cuando se incorporan tales disposiciones al régimen de la insolvencia, éste suele contener también salvaguardias para asegurar la protección de los intereses de esas categorías de acreedores disconformes. Dado que por lo general corresponde al tribunal

determinar si se han respetado esas salvaguardias, esa cuestión se examina en la siguiente sección.

8. Confirmación judicial del plan

533. No todos los países exigen la confirmación judicial de un plan aprobado por los acreedores; en algunos, basta con que la mayoría requerida de acreedores lo apruebe para que sea eficaz el plan, al que los acreedores disconformes quedarán vinculados en virtud del régimen de la insolvencia. En esos sistemas, el tribunal podrá, no obstante, intervenir en la revisión del plan si algunos acreedores minoritarios u otras partes interesadas, incluido el deudor, impugnan el plan en sí o los medios por los que se haya formulado. En cambio, otros países sí exigen que, para que el plan surta efecto y sea vinculante, el tribunal confirme su aprobación.

a) Impugnaciones de la aprobación del plan

534. Muchos regímenes de la insolvencia prevén que la aprobación del plan por los acreedores pueda impugnarse ante el tribunal. La manera en que se examinen estas impugnaciones dependerá del mecanismo utilizado para dar eficacia al plan. Si, por ejemplo, no se requiere la confirmación del plan por el tribunal, los acreedores minoritarios u otras partes interesadas, incluido el deudor, podrán impugnarlo ante el tribunal después de la votación de aprobación. Cuando el régimen de la insolvencia requiera la confirmación judicial de un plan aprobado, la impugnación podrá formularse en la sesión del tribunal en que éste deba pronunciarse sobre la confirmación. Además, en el régimen deberán especificarse también las partes que podrán impugnar la aprobación del plan, y el momento en que podrá impugnarse, en particular cuando el motivo de la impugnación sea el fraude y el plazo de impugnación deba contarse a partir del momento en que se haya descubierto el fraude. Además, el régimen deberá regular las consecuencias de que el tribunal falle a favor de la impugnación, previendo, por ejemplo, que pueda volver a examinarse el plan, sometiéndolo de nuevo a aprobación, en función del motivo por el que prosperó la impugnación, o que el procedimiento pase a ser de liquidación.

535. En varios regímenes de la insolvencia se fijan los motivos para toda impugnación de un plan. Entre ellos puede figurar el hecho de que la aprobación se haya conseguido mediante fraude (por ejemplo, proporcionando información falsa o equívoca a los acreedores y a otras partes interesadas, u ocultando información importante sobre el plan de reorganización o la situación financiera del deudor); que haya habido alguna irregularidad en el procedimiento de votación (por ejemplo, que en él hayan participado personas allegadas cuando no lo permita el régimen de la insolvencia, o que la decisión de aprobar el plan sea incompatible con los intereses generales de los acreedores); que haya habido alguna irregularidad en la manera de organizar y celebrar la reunión en que se haya efectuado la votación (por ejemplo, si no se ha notificado debidamente la celebración de la reunión); que las propuestas enunciadas en el plan se hayan presentado de forma incorrecta, o que en el plan figuren disposiciones contrarias a la ley; que el plan no sea viable (por ejemplo, si para que pueda ejecutarse con éxito sea preciso contar con bienes gravados, pero los acreedores garantizados no están vinculados por el plan y no se ha llegado a ningún acuerdo con los acreedores garantizados pertinentes sobre la ejecución de sus derechos reales de garantía); que el plan no cumpla los requisitos de protección de los acreedores disconformes dentro de una determinada categoría (por ejemplo, si,

conforme al plan, cobrarán menos de lo que habrían percibido en caso de liquidación); que las propuestas perjudican injustamente los intereses de quien impugne el plan; o que el tratamiento de los créditos en el plan no se ajusta al orden de prelación de los créditos previsto en el régimen de la insolvencia (a menos que se haya acordado modificar su orden de prelación).

536. Dado que probablemente todos los acreedores se verán de algún modo perjudicados por el procedimiento de reorganización, para que un acreedor pueda impugnar con éxito la aprobación, se requerirá generalmente que dicho acreedor sufra un daño o perjuicio superior al que el plan ocasione a otros acreedores o a otras categorías de acreedores. Si el acreedor que impugna el plan votó a favor de su aprobación, los motivos de impugnación podrán limitarse, por ejemplo, al fraude y a otras irregularidades.

b) Medidas requeridas para la confirmación judicial

537. Cuando el régimen de la insolvencia exija que el tribunal (o, en algunos países, un órgano administrativo) confirme un plan, se supone que confirmará un plan aprobado por la mayoría requerida de acreedores (tanto si han votado por categorías como de otra forma). Muchos países permiten a los tribunales desempeñar un papel activo declarando un plan vinculante para una categoría de acreedores que no lo haya aprobado e imponiéndoles su ejecución. Esto puede hacer necesario que el tribunal asuma una función de carácter jurídico formal; no se trata de que el tribunal haya de examinar las razones comerciales en que se basó la aprobación del plan, sino más bien de que se cerciore de que el plan se aprobó debidamente (es decir, de que no se cometió fraude en el proceso de aprobación) y de que se cumplieron ciertos requisitos. Estos requisitos pueden ser análogos o idénticos a los exigibles para la impugnación de un plan, por ejemplo, que las categorías de acreedores que discrepen participen en sus beneficios económicos; que las categorías de acreedores disconformes cobrarán conforme al plan, lo mismo que habrían percibido en caso de liquidación; que ningún acreedor perciba una suma superior al valor total de su crédito; que en el plan se reconozca el orden normal de prelación de los créditos previsto en el régimen de la insolvencia; y que los acreedores con un grado de prelación similar sean tratados en pie de igualdad. En algunos regímenes de la insolvencia se permite que las categorías de acreedores no garantizados sin derecho a prelación consientan, mediante el voto favorable de la mayoría requerida en su categoría respectiva, en que no se les dé la prioridad que les correspondería, en virtud del régimen de la insolvencia, a efectos de distribución en el marco de una liquidación. Por ejemplo, una categoría de acreedores ordinarios sin garantía que no vayan a cobrar íntegramente sus créditos podría consentir que se pagara antes a una categoría subordinada de titulares de créditos o de capital social de la empresa deudora. En general, los créditos y gastos relativos a la administración de la masa o que gocen de prelación deberán pagarse en su totalidad para que pueda confirmarse el plan de reorganización, salvo que el titular de tales créditos o las personas a las que deban reembolsarse tales gastos acepten un trato diferente. Ciertos regímenes exigen al tribunal que tome en consideración otros factores, por ejemplo, si el plan puede considerarse equitativo para las categorías de acreedores cuyos intereses se vean perjudicados por él, pero que no obstante lo hayan aceptado.

538. Algunos regímenes de la insolvencia autorizan también al tribunal a rechazar un plan si estima que no es viable o que resulta imposible de ejecutar, desde un

punto de vista práctico más que económico. Esta facultad puede estar justificada, por ejemplo, cuando los acreedores garantizados no estén vinculados por el plan, pero éste no prevea el pago íntegro de sus créditos garantizados. En tal situación, el tribunal puede rechazar el plan, ante la posibilidad de que los acreedores garantizados ejerzan sus derechos sobre los bienes gravados, imposibilitando así la ejecución del plan. Ese riesgo debería preverse en las disposiciones que regulen la preparación y aprobación del plan.

539. Cuanto más complejas sean las decisiones que el tribunal deba adoptar respecto de la aprobación o la confirmación del plan, más importantes serán los conocimientos y la pericia que precisarán los jueces y mayores serán las posibilidades de que intervengan y juzguen los motivos eminentemente comerciales por los que los acreedores opten por aceptar o rechazar un plan. Es conveniente, en particular, no requerir del tribunal que juzgue los criterios económicos y comerciales por los que se hayan guiado los acreedores al votar sobre el plan (incluidas las cuestiones de equidad que no guarden relación con el procedimiento de aprobación sino más bien con las cuestiones de fondo que se hayan convenido en el plan), ni pedirle que examine aspectos específicos del plan, como su viabilidad económica, a menos que posea conocimientos y experiencia en la materia. Por estas razones, es conveniente que los requisitos de aprobación del plan por los acreedores y, en su caso, de confirmación por el tribunal estén cuidadosamente formulados para reducir al mínimo la posibilidad de que se planteen problemas como los examinados.

9. Efectos de un plan aprobado y confirmado

540. Una vez que la mayoría necesaria de acreedores haya aprobado el plan y que, cuando proceda, lo haya confirmado el tribunal, los regímenes de la insolvencia disponen en general que el plan será vinculante para todos los acreedores ordinarios no garantizados que se vean afectados por él, incluidos los acreedores que hayan votado a favor del plan, los acreedores disconformes y los que no hayan participado en la votación. Algunos regímenes de la insolvencia prevén también que el plan será vinculante para los directivos, los accionistas y los miembros de la empresa del deudor, así como para otras partes, según lo determine el tribunal. Algunos regímenes de la insolvencia establecen que las partes vinculadas no podrán solicitar al tribunal que se liquide la empresa del deudor (excepto en determinadas circunstancias, por ejemplo, cuando fracase la ejecución del plan o cuando el deudor incumpla las obligaciones que el imponga el plan); tampoco podrán iniciar o continuar actuaciones judiciales contra el deudor ni proseguir la ejecución sin la aprobación del tribunal. Algunos regímenes disponen asimismo que, una vez que los acreedores hayan aprobado el plan y que, cuando proceda, lo haya confirmado el tribunal, se devolverá al deudor el control de los bienes de la masa de la insolvencia, para que ejecute el plan, el cual puede prever que el deudor quede liberado de sus deudas y obligaciones.

10. Impugnaciones del plan después de su confirmación por el tribunal

541. Muchos de los regímenes de la insolvencia que requieren la confirmación judicial del plan prevén que el plan pueda ser impugnado ante el tribunal después de que éste lo haya confirmado (en algunos casos, en determinado plazo). Dado que el tribunal, para confirmar un plan, debe cerciorarse de que se hayan cumplido determinados requisitos, es posible que los motivos de impugnación de un plan

después de su confirmación sean más limitados que los que puedan alegarse al impugnar un plan en el momento de su confirmación y que sólo pueda invocarse, por ejemplo, el motivo de fraude. Cuando el régimen de la insolvencia permita impugnar el plan después de su confirmación, puede ser conveniente fijar el plazo de impugnación a partir de la fecha en que se haya descubierto el fraude y especificar quién podrá ejercer el derecho de impugnación. Si el tribunal falla a favor de la parte que impugne un plan ya confirmado, el régimen de la insolvencia puede prever diversas consecuencias. Por ejemplo, puede anularse el plan y convertir la reorganización en un procedimiento de liquidación, o puede dejarse al deudor en su situación de precariedad financiera, devolviéndole el control sobre los bienes. Este último enfoque no resuelve las dificultades financieras del deudor y puede simplemente retrasar la apertura del procedimiento de liquidación, provocando una mayor disminución del valor de los bienes del deudor antes de que finalmente se abra el procedimiento de liquidación. Al determinar la solución más apropiada para el supuesto en que la impugnación prospere, convendrá tomar en consideración si el plan ya ha empezado a ejecutarse y cómo habrá que proceder si, durante la ejecución, ya se han adoptado medidas y, por ejemplo, se han hecho pagos a los acreedores.

11. Enmienda del plan después de su aprobación por los acreedores

542. El régimen de la insolvencia puede también prever la posibilidad de modificar, hasta cierto punto, un plan ya aprobado por los acreedores (y antes y después de su confirmación judicial, cuando sea un requisito), si fracasa su ejecución o es total o parcialmente inviable, y si con la modificación puede resolverse el problema planteado. Entre los regímenes de la insolvencia que permiten modificar el plan, algunos disponen que sólo podrá modificarse si los cambios propuestos redundan en beneficio de los acreedores. Otros regímenes disponen que el plan podrá modificarse si las circunstancias lo justifican y el plan, una vez modificado, sigue satisfaciendo los requisitos del régimen de la insolvencia relativos, por ejemplo, al contenido, a las categorías de acreedores y a la notificación que debe dárseles. En general, toda parte interesada podrá proponer en todo momento modificaciones del plan. La única limitación temporal puede afectar a la aprobación de una modificación por el tribunal. Para ello, es preciso que el procedimiento continúe en marcha y que el tribunal pueda conocer del asunto. Si el procedimiento concluye tras la aprobación (y confirmación) de un plan, puede ser suficiente que los acreedores afectados aprueben la enmienda propuesta, a menos que se imponga algún otro requisito.

543. Según el tipo de modificación que se solicite, tal vez no sea necesario obtener la aprobación de todas las categorías de acreedores, dado que, en algunos casos, puede resultar difícil de obtener. Otras opciones pueden consistir en permitir que, en el caso de modificaciones leves, puedan aprobarlas el tribunal o los acreedores afectados por ellas; o en disponer que deberá notificarse la modificación propuesta a los acreedores que hayan apoyado la aprobación del plan y que dichos acreedores dispondrán de un determinado plazo para oponerse a la modificación, transcurrido el cual se considerará que la han aceptado. Cabe adoptar el mismo criterio respecto de los acreedores que no hayan aprobado el plan. Cuando la modificación propuesta sea de considerable importancia, puede requerirse la aprobación de todos los acreedores. Los regímenes de la insolvencia que requieran la confirmación judicial

del plan pueden también exigir que las modificaciones cumplan las reglas o requisitos para la confirmación.

544. Sea cual sea el enfoque adoptado, es conveniente que el régimen de la insolvencia no sólo exija notificar la modificación a los acreedores pertinentes (ya sea a todos ellos o únicamente a los afectados por tal modificación), especificado qué parte deberá efectuar la notificación, sino que además obligue a revelar información sobre los motivos del fracaso del plan y de la modificación propuesta. Cuando el tribunal haya confirmado el plan original, es posible que también deba confirmar la modificación. Cuando no se obtenga o no pueda obtenerse la aprobación requerida de las modificaciones propuestas, será conveniente que el régimen de la insolvencia prevea las consecuencias de tal supuesto. Estas consecuencias pueden ser análogas a las ya indicadas respecto de la situación en que los acreedores no aprueben el plan y en que prosperen las impugnaciones del plan, debiéndose tener en cuenta las medidas que ya puedan haberse adoptado al ejecutar el plan y previéndose el modo en que habrá que proceder respecto de los pagos efectuados, los contratos mantenidos en vigor y otras medidas.

12. Ejecución del plan

545. Muchos planes pueden ser ejecutados por el deudor sin necesidad de que intervenga el tribunal o el representante de la insolvencia. Así ocurre particularmente en el caso de una reorganización en que el deudor siga en posesión de sus bienes, y en los regímenes que dan por concluido el procedimiento en cuanto surta efecto el plan. En otros regímenes que prevén que el procedimiento no concluya en ese momento, sino cuando el plan se haya ejecutado íntegramente, a veces puede ser necesario requerir que una persona independiente supervise o controle la ejecución del plan. Varios regímenes de la insolvencia atribuyen al tribunal una función de supervisión continua del deudor, desde la aprobación y confirmación del plan hasta que concluya su ejecución. Esta función puede ser importante cuando se planteen cuestiones de interpretación del cumplimiento de las obligaciones del deudor o de otras partes. En algunos países se prevé que el tribunal autorice a un supervisor o a un representante de la insolvencia ejercer distintos grados de supervisión de los negocios del deudor después de la aprobación del plan. En otros regímenes se permite a los acreedores nombrar un supervisor o representante encargado de supervisar la ejecución del plan.

13. Fracaso de la ejecución del plan

546. Si el deudor incumple las obligaciones que le imponga el plan o si, por alguna otra razón, fracasa su ejecución, los regímenes de la insolvencia regulan de distintos modos las consecuencias de tal incumplimiento o fracaso. Algunos disponen que el tribunal podrá poner fin a la ejecución del plan y convertir la reorganización en un procedimiento de liquidación. Otras leyes disponen que sólo se pondrá fin al plan respecto de la obligación concreta que se haya incumplido (por lo demás, el plan seguirá siendo válido). El acreedor afectado no estará vinculado por el plan y tendrá derecho a cobrar íntegramente su crédito (cuando haya aceptado percibir, conforme al plan, una suma inferior). En algunos casos, esto sólo ocurrirá cuando el deudor se

haya demorado notablemente⁹¹ en el cumplimiento de las obligaciones que le imponga el plan. En algunos países, las consecuencias de tal incumplimiento pueden determinarse en el propio plan.

547. Otro método puede consistir en considerar que el procedimiento de insolvencia ha terminado y permitir que los acreedores se acojan a los demás recursos previstos por la ley. Como ya se ha señalado, este criterio no resuelve las dificultades financieras del deudor y puede provocar una pugna por los bienes, que justamente se pretendía evitar con la apertura de procedimientos colectivos. Una solución de transacción puede consistir en que los acreedores puedan proponer un plan diferente en un plazo determinado, y que sólo se pueda recurrir a la liquidación cuando no se consiga elaborar un plan aceptable durante ese plazo. Debe reconocerse que en algún momento, cuando haya que optar entre la obtención del mejor resultado para todos los acreedores y una solución viable, se tenderá a preferir la opción viable, por lo que es conveniente que el régimen de la insolvencia sea lo suficientemente flexible para dejar abierta esa posibilidad.

14. Conversión de la reorganización en procedimiento de liquidación

548. En el transcurso del procedimiento de reorganización pueden surgir circunstancias en que sea conveniente que el régimen de la insolvencia prevea un mecanismo para que el procedimiento pase a ser de liquidación. Los principales motivos por los que cabría permitir el cambio de procedimiento serían: el hecho de que no se propusiera ni aprobara un plan de reorganización o de que no se aprobaran las propuestas de modificación del plan; la imposibilidad de obtener su confirmación (cuando se requiera la confirmación judicial del plan); el hecho de que prospere toda impugnación de un plan aprobado o confirmado; el hecho de que, en una reunión de acreedores se decida, por voto mayoritario, poner fin a la reorganización; o todo incumplimiento importante o sustancial por el deudor de las obligaciones que le imponga el plan. También puede ser apropiado estudiar la posibilidad de liquidar la empresa cuando no se vislumbre ninguna posibilidad razonable de que la reorganización pueda prosperar; cuando resulte evidente que el deudor está abusando del procedimiento de reorganización, negándose a cooperar con el representante de la insolvencia o con el tribunal (por ejemplo, ocultando información) o actuando de mala fe de algún otro modo (por ejemplo, efectuando transferencias fraudulentas); cuando el negocio siga registrando pérdidas durante el período de reorganización; o cuando no se paguen los gastos de administración de la masa (véase también el capítulo I.B.8). Algunos regímenes imponen, además, al representante de la insolvencia la obligación de renunciar a su mandato de administración del procedimiento de reorganización en cuando resulte evidente que no podrá reorganizarse la empresa, a fin de preservar el valor del patrimonio para los acreedores. Si en el régimen de la insolvencia se prevé la posibilidad de convertir un procedimiento de reorganización en liquidación, los acreedores podrán prever mejor la solución definitiva del procedimiento, si bien esta posibilidad podrá causar más demoras y reducir el valor del patrimonio si se exige que el procedimiento de liquidación se abra como si fuera un nuevo procedimiento, en vez

⁹¹ En un régimen concreto, se requiere para ello que el acreedor haya presentado una reclamación de pago de la obligación vencida y que el deudor no haya efectuado el pago en un plazo mínimo de, por lo menos, dos semanas.

de considerarlo la continuación del que se abrió a raíz de la solicitud inicial de apertura.

549. Si el procedimiento de reorganización se convierte en liquidación, el régimen de la insolvencia deberá tener en cuenta también los efectos de las medidas adoptadas por el representante de la insolvencia antes de la aprobación del plan; el mantenimiento de la paralización de las actuaciones, en particular de las emprendidas por acreedores garantizados cuando el régimen prevea un plazo basado en el momento de la apertura (véase el capítulo II.B.3 c)); el modo de proceder respecto de los pagos efectuados durante la ejecución del plan y antes del cambio de procedimiento; y el tratamiento de los créditos de los acreedores que se hayan visto afectados por la reorganización. Tal vez deban protegerse los pagos efectuados durante la reorganización de todo recurso de anulación. Los créditos que se hayan visto perjudicados por la reorganización podrían ser pagaderos en su totalidad en toda liquidación subsiguiente. Tal vez convenga también prever en el plan de reorganización el supuesto de la imposibilidad de su ejecución, especificándose los derechos que tendrán los acreedores en esa eventualidad. De este modo se simplifica la cuestión de cómo deberán tratarse esos créditos y se evita que se planteen cuestiones de difícil solución sobre el derecho aplicable.

550. Cuando el régimen de la insolvencia permita el cambio de procedimiento, se plantea la cuestión conexas de determinar en qué situaciones podrá efectuarse el cambio, y de si el procedimiento pasará a ser automáticamente de liquidación si se cumplen ciertos requisitos o si se requerirá para ello que el representante de la insolvencia o los acreedores lo soliciten al tribunal. Por ser la parte que, además del deudor o de los directivos de la empresa insolvente, posee el conocimiento más cabal de los negocios del deudor y que con frecuencia puede determinar, ya en la fase inicial, si la empresa es viable o no, el representante de la insolvencia puede desempeñar un papel fundamental en el proceso de transformación del procedimiento. Además, puede ser razonable prever que los acreedores o el comité de acreedores (de haberse nombrado uno) soliciten al tribunal el cambio de procedimiento por razones análogas. También cabría facultar al tribunal para ordenar tal cambio por iniciativa propia, cuando se cumplan ciertas condiciones.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas al plan de reorganización tienen por objeto:

- a) facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras sujetas al régimen, preservando con ello el empleo y, en los casos apropiados, protegiendo la inversión;
- b) determinar las empresas que son susceptibles de reorganización;
- c) incrementar al máximo el valor de la masa;
- d) facilitar la negociación y aprobación de un plan de reorganización y determinar los efectos de su aprobación, previendo también un mecanismo para que un plan sea vinculante para el deudor, para todos los acreedores y para otras partes interesadas;

e) regular las consecuencias del supuesto en que no se proponga un plan de reorganización aceptable o de que los acreedores no aprueben el plan; una de esas consecuencias podría ser que, en determinadas circunstancias, el procedimiento pasara a ser de liquidación;

f) prever la ejecución del plan de reorganización y las consecuencias de que no llegue a ejecutarse.

Contenido de las disposiciones legislativas

Preparación del calendario del plan

123) a) Cuando se requiera un plan, el régimen de la insolvencia debería especificar que el plan se proponga al presentarse o una vez presentada la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia, o en un determinado plazo a partir de la apertura del procedimiento de insolvencia.

i) Ese plazo debería ser fijado por la ley.

ii) El tribunal debería estar facultado para prorrogar ese plazo cuando las circunstancias lo justifiquen.

b) Además, el régimen de la insolvencia debería regular la cuestión temporal cuando un procedimiento de liquidación pase a ser de reorganización.

Propuesta del plan - partes autorizadas

124) El régimen de la insolvencia debería determinar las partes que estarán autorizadas a proponer un plan para someterlo a aprobación.

125) Al prever la propuesta de un plan de reorganización, el régimen de la insolvencia debería adoptar un criterio flexible que permita la participación en su elaboración de todas las partes que tienen una importancia esencial en el procedimiento de insolvencia, es decir, el deudor, los acreedores y el representante de la insolvencia. La ley puede combinar diversos elementos:

a) Cabría otorgar a una de las partes un plazo de exclusividad para proponer un plan. A fin de alentar a los deudores a solicitar la apertura de un procedimiento cuando empezaran a experimentar dificultades financieras, convendría dar ese plazo al deudor. Podría requerirse a esa parte que consultara a otras partes a fin de que el plan propuesto resulte aceptable;

b) De no presentarse ningún plan durante ese plazo de exclusividad, cabría dar la oportunidad de proponer un plan a otras partes, como al representante de la insolvencia, a los acreedores o al comité de acreedores en colaboración con el representante de la insolvencia; el tribunal también podría prorrogar el plazo de exclusividad cuando la parte que goce de este derecho pueda demostrar que la prórroga está justificada.

Preparación de una declaración de revelación de datos

126) El régimen de la insolvencia debería exigir que el plan que se someta al examen de los acreedores y de los titulares de capital social vaya acompañado de una declaración en que se revelen datos que permitan adoptar una decisión sobre el plan con conocimiento de causa. Esta declaración debería ser preparada por la

misma parte que proponga el plan, y debería presentarse a los acreedores y los titulares de capital social conjuntamente con el plan.

Presentación del plan y de la declaración de revelación de datos

127) El régimen de la insolvencia debería prever un mecanismo para la presentación del plan y de la declaración de revelación de datos a los acreedores y a los titulares de capital social que deban aprobar el plan.

Contenido del plan

128) El régimen de la insolvencia debería especificar los elementos mínimos de información que debería contener el plan, concretamente:

- a) detalles sobre las categorías de acreedores y el trato que se dará a cada una de ellas en el plan (por ejemplo, cuánto percibirán y el momento en que cobrarán);
- b) las condiciones y cláusulas del plan, entre ellas:
 - [i] el régimen aplicable a los bienes gravados;]
 - ii) el régimen aplicable a los contratos, incluidos los contratos de trabajo;
 - iii) la función que desempeñará el deudor en la ejecución del plan, incluido el control sobre los bienes;
- c) los medios de ejecución del plan, que tal vez supongan:
 - i) la posibilidad de vender una parte o la totalidad del negocio del deudor;
 - ii) propuestas de modificación de la estructura del capital de la empresa deudora;
 - iii) la modificación del instrumento constitutivo de la empresa del deudor;
 - iv) la fusión o consolidación del deudor con una o más personas;
 - v) [la modificación de las condiciones de los derechos reales, incluida] la prórroga de la fecha de vencimiento o una modificación del tipo de interés u otra condición;
 - [vi] la posibilidad de seguir utilizando los bienes no gravados;]
 - vii) la distribución de una parte o de todos los bienes de la masa entre las partes que tengan derechos sobre esos bienes;
 - viii) la determinación de los encargados de la futura gestión del deudor;
 - ix) la supervisión de la ejecución del plan.

Contenido de la declaración de revelación de datos

129) El régimen de la insolvencia debería especificar que en la declaración de revelación de datos figurara⁹²:

⁹² Cuando el representante de la insolvencia no prepare el plan ni la declaración, o no intervenga en su preparación, debería tener que formular observaciones sobre ambos instrumentos.

- a) información sobre la situación financiera del deudor, con estados del activo y del pasivo y la corriente de liquidez;
- b) una comparación entre el trato que se dará a los acreedores en el plan propuesto con lo que percibirían en caso de liquidación;
- c) las condiciones que permitirían a la empresa proseguir sus actividades comerciales y que asegurarían el éxito de su reorganización;
- d) información que demuestre que, de ejecutarse el plan, el activo de la empresa deudora superará su pasivo y que se han adoptado las disposiciones pertinentes para satisfacer todas las obligaciones previstas en el plan; y
- e) información sobre los mecanismos de votación aplicables a la aprobación del plan.

Mecanismos de votación

130) El régimen de la insolvencia debería establecer un mecanismo de voto para la aprobación del plan. Este mecanismo debería prever los acreedores que tendrán derecho a votar sobre el plan; el modo en que se efectuará la votación, ya sea en una reunión convocada al efecto, por correo o por algún otro medio, como por vía electrónica y mediante el voto de mandatarios o por poder; y la posibilidad de que los acreedores puedan votar o no por categorías en función de sus respectivos derechos. El régimen de la insolvencia debería permitir que el plan que se someta a la aprobación de los acreedores pueda ser objeto de negociaciones durante ese proceso de aprobación.

Aprobación del plan por los acreedores de una determinada categoría

131) El régimen de la insolvencia debería especificar la mayoría requerida para la aprobación del plan por una determinada categoría de acreedores. Si la mayoría requerida de votantes apoya el plan, se considerará que esa categoría de acreedores lo aprueba. En el cálculo de esa mayoría deberían computarse los votos emitidos, ya sea en persona, por mandatario o a través de otros medios.

132) No se recomienda requerir la unanimidad ni la mayoría simple de los votantes. Otra posibilidad consiste en prever una mayoría doble: la del número de votantes y la de los acreedores cuyos créditos representen un determinado porcentaje del valor total de los créditos. En tal caso, puede requerirse una mayoría numérica simple de los votantes combinada con una mayoría simple o superior (por ejemplo, de dos tercios) del valor de los créditos de los acreedores votantes.

Aprobación por categorías de acreedores

133) Si la votación sobre la aprobación del plan se realiza por categorías de acreedores, el régimen de la insolvencia debería especificar qué efectos tendrían los resultados de la votación de cada categoría a efectos de la aprobación del plan. [Se pueden adoptar diversos criterios, por ejemplo, requerir la aprobación de una determinada mayoría del total de categorías o de todas ellas.]

134) Cuando el régimen no requiera la aprobación de todas las categorías de acreedores, debería regularse el trato que habrá que dar a las categorías que no

hayan votado a favor de un plan aprobado por [las categorías requeridas] [la mayoría requerida de categorías] de acreedores.

Desaprobación del plan

135) El régimen de la insolvencia debería especificar las consecuencias del caso en que el plan no sea aprobado por la mayoría requerida de acreedores.

Efectos vinculantes del plan

136) El régimen de la insolvencia debería especificar que el plan será vinculante para el deudor, para los acreedores y para otras partes interesadas:

- a) si resulta aprobado por la mayoría requerida de los acreedores; o
- b) si, tras ser aprobado por dicha mayoría, es confirmado por el tribunal.

Posibilidad de seguir utilizando los bienes gravados

[137) La ley podrá disponer que si los acreedores garantizados no apoyan el plan y si los bienes gravados son necesarios para la reorganización, el tribunal podrá ordenar que dichos bienes sigan utilizándose en el procedimiento de reorganización, a reserva de las salvaguardias necesarias para proteger los intereses de los acreedores garantizados.]

Confirmación de un plan aprobado

138) Cuando la ley exija la confirmación judicial del plan aprobado, debería confirmarlo en los siguientes supuestos:

- a) cuando el proceso de aprobación se haya efectuado en la debida forma;
- [b) cuando el trato dado a los acreedores haya sido justo y equitativo;]
- c) cuando, conforme al plan, los acreedores vayan a percibir una suma equivalente o superior a la que habrían cobrado en caso de liquidación, a menos que hayan convenido expresamente en percibir una suma inferior;
- d) cuando el plan no prevea ninguna disposición contraria al derecho general;
- [e) cuando los créditos y gastos administrativos y los créditos con derecho de prelación vayan a ser pagados íntegramente, a menos que el titular del crédito o la parte que reclame el reembolso del gasto acepte recibir un trato diferente;] y
- [f) cuando el trato que vaya a darse a los créditos⁹³ con arreglo al plan se ajuste al orden de prelación de los créditos previsto en el régimen de la insolvencia, excepto si los acreedores afectados han convenido en modificar ese orden⁹⁴.]

⁹³ Incluidos los créditos y los gastos administrativos.

⁹⁴ El tribunal deberá cerciorarse de que, si uno o más de los acreedores percibirán una suma inferior a la que les correspondería conforme al orden de prelación establecido en el régimen, esos acreedores han accedido a ello.

Impugnaciones de la aprobación del plan (cuando no se requiera su confirmación judicial)

139) Cuando un plan pueda adquirir carácter vinculante una vez aprobado por los acreedores, sin que se requiera su confirmación judicial, el régimen debería prever la posibilidad de que las partes interesadas, incluido el deudor, impugnaran la aprobación del plan. El régimen de la insolvencia debería especificar los criterios para determinar si la impugnación está justificada o no, concretamente:

- a) si se dan los motivos enunciados en la recomendación 138); y
- b) si ha habido fraude, en cuyo caso deberían ser aplicables los párrafos a) a c) de la recomendación 140).

Impugnaciones de un plan confirmado

140) El régimen de la insolvencia debería permitir la impugnación de un plan confirmado, si se descubre que ha habido fraude. En tal caso, el régimen de la insolvencia debería determinar:

- a) el plazo para presentar la impugnación, que debería contarse a partir del momento en que se haya descubierto el fraude;
- b) la parte que podrá presentar la impugnación; y
- c) la obligación de presentar la impugnación ante el tribunal.

141) El régimen de la insolvencia debería prever las consecuencias del éxito de toda impugnación presentada conforme a las recomendaciones 139) y 140).

Modificación del plan

142) El régimen de la insolvencia debería permitir modificar un plan vinculante y especificar las partes que podrán proponer enmiendas y el momento en que podrá modificarse el plan.

Aprobación de las modificaciones

143) El régimen de la insolvencia debería establecer el mecanismo para la aprobación de modificaciones del plan. Conforme a ese mecanismo debería exigirse la notificación de los acreedores y de otras partes interesadas; especificarse la parte que deberá efectuar la notificación; exigirse la aprobación de los acreedores afectados por la modificación y el cumplimiento de las normas para su confirmación (cuando se requiera tal confirmación). Además, el régimen de la insolvencia debería especificar las consecuencias de que no se aprobaran las modificaciones propuestas.

Supervisión de la ejecución del plan

144) La ley podrá establecer un mecanismo para supervisar la ejecución del plan; esta función podrá corresponder al tribunal, a un supervisor designado al efecto por el tribunal, al representante de la insolvencia o a un supervisor nombrado por los acreedores⁹⁵.

⁹⁵ Cuando el procedimiento afecte a un deudor que conserve la posesión de sus bienes, o concluya con la aprobación del plan, tal vez no sea necesario nombrar un supervisor.

Conversión de la reorganización en procedimiento de liquidación

145) El régimen de la insolvencia debería prever que el tribunal podrá convertir la reorganización en procedimiento de liquidación en los siguientes supuestos:

- [a] cuando, al término de un plazo prescrito por la ley, no se haya propuesto ningún plan y cuando el tribunal no haya aprobado ninguna prórroga del plazo;]
- [b] cuando el representante de la insolvencia o los acreedores soliciten este cambio de procedimiento;]
- c) cuando no se apruebe un plan propuesto;
- d) cuando el tribunal no confirme un plan aprobado (si la ley requiere confirmación judicial);
- e) cuando se impugne con éxito un plan aprobado o confirmado;
- f) cuando se haya producido un incumplimiento sustancial de las condiciones del plan.

B. Procedimiento de reorganización agilizado**1. Introducción**

551. Conforme a lo ya tratado en la primera parte de la Guía, la reorganización puede revestir diversas formas, como la reorganización oficial, efectuada bajo la supervisión formal de un tribunal u órgano administrativo (que es el principal tipo de reorganización estudiado en esta Guía), y la reorganización oficiosa (llevada a cabo en un marco extrajudicial), consistente en la negociación y aceptación de un plan (que en el presente análisis se denominan negociaciones y acuerdos de reestructuración voluntaria), que requiere una intervención judicial limitada o nula. Estos tipos de reorganización dependen esencialmente del acuerdo de las partes afectadas. Dado que muchos de los gastos, demoras y requisitos procesales o jurídicos de un procedimiento oficial de reorganización pueden evitarse cuando se recurre a negociaciones de reestructuración voluntaria, este tipo de negociaciones puede resultar a veces el medio más económico de resolver las dificultades financieras de un deudor, aunque puede no resultar eficaz en todos los casos de dificultades financieras, porque depende de algunas condiciones que se examinan más adelante. Sin embargo, estas negociaciones pueden ser instrumentos valiosos entre las diversas soluciones a que pueden recurrir los sectores comerciales y empresariales de cada país. El hecho de que se fomenten estas soluciones negociadas no obedece necesariamente a que el régimen oficial de la insolvencia de un determinado país es deficiente, ineficaz o poco fiable, sino a las ventajas de equidad y claridad que pueden aportar esas soluciones como complemento de un régimen de la insolvencia.

552. El éxito de las negociaciones voluntarias de reestructuración se ve a veces obstaculizado por la posibilidad de cada acreedor de entablar una acción para la ejecución de sus derechos y por la necesidad del consentimiento unánime de los acreedores para modificar las condiciones de reembolso de ciertas clases de deudas. Estos problemas se ven exacerbados en el contexto de las empresas multinacionales de estructura compleja, en el que es especialmente difícil obtener el consentimiento

de todas las partes pertinentes. Para facilitar el éxito de estas negociaciones, la Federación Internacional de Profesionales de la Insolvencia (INSOL) elaboró los *Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts*. Estos principios se han concebido con la finalidad de agilizar las negociaciones y de incrementar las posibilidades de éxito dando orientación a diversos grupos de acreedores sobre cómo proceder sobre la base de algunas normas convenidas.

553. Las negociaciones voluntarias de reestructuración pueden verse también obstaculizadas por una minoría de acreedores afectados que se nieguen a aceptar soluciones que beneficien a la mayoría de los acreedores y que traten de aprovecharse de su posición para conseguir mejores condiciones para ellos a expensas de otras partes (estrategia de “holding out”). Cuando se producen esas resistencias, el acuerdo voluntario sólo podrá prosperar si es posible, por algún medio, modificar los derechos contractuales de los acreedores discrepantes sin su consentimiento. Conforme a la mayoría de los ordenamientos jurídicos existentes, esa modificación de derechos contractuales exige convertir el acuerdo voluntario en todo un procedimiento de reorganización bajo supervisión judicial conforme al régimen de la insolvencia, en el que participen todos los acreedores y que regule el trato dado a las partes, con las debidas salvaguardias para proteger los intereses de los acreedores disconformes. El factor “tiempo” suele tener una importancia decisiva en la reestructuración de empresas y las demoras (generalmente inherentes a todo procedimiento completo de insolvencia con supervisión judicial) pueden resultar costosas o incluso fatales, pudiendo hacer fracasar la reorganización. En consecuencia, es importante que el tribunal pueda aprovechar las negociaciones voluntarias y que acepte un plan de reestructuración convenido antes de la apertura del procedimiento de reorganización regulado por el régimen de la insolvencia y que el régimen permita al tribunal agilizar esos procedimientos de reorganización, que en la presente sección se denominan procedimientos agilizados de reorganización.

2. Acreedores que suelen participar en las negociaciones voluntarias de reestructuración

554. En las negociaciones voluntarias de reestructuración suelen participar el deudor y una o más categorías de acreedores, como prestamistas, obligacionistas y accionistas. A menudo participan también en ellas grandes acreedores no institucionales, que generalmente son, por su considerable importancia, imprescindibles para toda reestructuración eficaz. Estos tipos de acreedores consideran a menudo ventajoso participar en estas negociaciones, porque pueden permitirles reducir las pérdidas que sufrirían en un procedimiento completo de insolvencia bajo supervisión judicial.

555. El hecho de que en las negociaciones voluntarias de reestructuración y, por tanto, en los procedimientos agilizados participe normalmente un número limitado de categorías de acreedores, hace que sea más fácil llegar a un acuerdo que en una reorganización supervisada por el tribunal, que suele afectar a todos los créditos. Es habitual que en las negociaciones voluntarias de reestructuración estos tipos de acreedores no institucionales sigan recibiendo pagos en el curso ordinario de los negocios. Por esta razón, es improbable que esos acreedores se opongan a la reestructuración propuesta. Sin embargo, cuando el acuerdo voluntario de reestructuración prevea la modificación de los derechos de esos acreedores, se requerirá que éstos aprueben la modificación propuesta.

3. Procedimiento para ejecutar un acuerdo voluntario de reestructuración

556. El régimen de la insolvencia puede prever el reconocimiento de un plan negociado y convenido antes de la apertura de un procedimiento de reorganización regulado por dicho régimen, así como la agilización de ese procedimiento. En tal caso, habrá que plantearse a qué deudores podrá aplicarse el procedimiento y qué partes podrán verse afectadas por él.

a) Deudores que podrán ser objeto del procedimiento

557. El procedimiento agilizado de reorganización podrá iniciarse a petición de cualquier deudor que tenga derecho a entablar procedimientos en virtud de las disposiciones generales del régimen de la insolvencia que rijan la reorganización.

558. Cuando el régimen de la insolvencia prevea la obligación de abrir un procedimiento de insolvencia cuando el deudor cumpla determinados criterios relativos a su situación financiera (por ejemplo, el hecho de ser insolvente), tal vez sea necesario disponer expresamente que para la apertura de procedimientos agilizados deban satisfacerse esos criterios. Otra posibilidad consistiría en que el régimen de la insolvencia pueda conceder una moratoria al deudor, mediante la cual no incumpla esos criterios (y evite así que se le impongan sanciones por el incumplimiento de la obligación de solicitar la apertura de un procedimiento).

b) Obligaciones afectadas

559. Como ya se ha señalado, los tipos de obligación de que se suele tratar en las negociaciones voluntarias de reestructuración son las deudas contraídas en forma de préstamos, tanto institucionales como públicas, garantizadas o sin garantía, y obligaciones financieras análogas. Las deudas garantizadas también podrían tratarse en estas negociaciones, con el consentimiento de los acreedores garantizados. En cambio, no suelen entrar en las negociaciones las deudas frente a otros acreedores, como los acreedores comerciales, los acreedores privilegiados, como los organismos tributarios y de seguridad social, ni los sueldos adeudados a los empleados, debido a las dificultades que puede entrañar la obtención de las aprobaciones necesarias para el ajuste de sus créditos⁹⁶, y estos acreedores siguen recibiendo pagos durante el curso ordinario de los negocios de la empresa. No obstante, estos acreedores podrían participar en las negociaciones, en particular si en la reorganización se modificara alguno de sus derechos, siempre y cuando se respetaran todas las salvaguardias previstas en el régimen de la insolvencia. Las obligaciones concretas afectadas en un determinado caso serían las señaladas en el plan que hubiera de confirmarse conforme a este tipo de procedimiento.

c) Aplicación del régimen de la insolvencia

560. Además de determinar qué deudores podrán ser objeto de este tipo de procedimiento y quién podrá solicitar su apertura, todo régimen de la insolvencia que permita procedimientos agilizados deberá especificar cuáles de sus disposiciones aplicables a los procedimientos con supervisión judicial se aplicarán a los procedimientos agilizados, particularmente si debe modificarse la forma en que

⁹⁶ Estos créditos comerciales podrían reestructurarse si pudiera obtenerse la aprobación por la mayoría requerida.

se aplican. Por ejemplo, las disposiciones que generalmente se aplicarían a este tipo de procedimientos del mismo modo que en los procedimientos bajo supervisión judicial (a menos que se modificaran expresamente) podrían ser las relativas a: los procedimientos de solicitud; la apertura; la aplicación de la paralización; los requisitos para la preparación de una lista de todos los acreedores (a fin de informar al tribunal y de especificar sin lugar a dudas quién se verá afectado por el plan y quién no); los requisitos para la aprobación del plan (inclusive la notificación de los acreedores afectados, la determinación de las categorías de acreedores, los comités de acreedores, los criterios y las mayorías requeridas para la aprobación); los efectos y la confirmación del plan; las cuestiones relativas a la ejecución del plan y la satisfacción de los créditos. Para el caso de que fracase la ejecución de un plan confirmado en un procedimiento agilizado, el régimen de la insolvencia deberá prever las consecuencias de tal eventualidad y, en particular, si serán las mismas que tendría el fracaso de un plan aprobado en un procedimiento oficial (cuestión examinada en el capítulo IV.A.13 y 14); deberá determinar también la necesidad de prever disposiciones especiales respecto de los pagos ya efectuados durante la ejecución del plan.

561. Las disposiciones del régimen de la insolvencia no aplicables a los procedimientos agilizados podrían ser los requisitos de suspensión general de pagos o de insolvencia; nombramiento de un representante de la insolvencia, a menos que el plan lo disponga expresamente; presentación de los créditos; notificación y plazos para la aprobación del plan (si el régimen prevé tales disposiciones); y votación sobre el plan. Otra excepción de importancia a la aplicación del régimen de insolvencia sería que, en caso de demostrarse que el plan de reorganización tiene muchas probabilidades de ser confirmado, el tribunal pudiera autorizar que durante el procedimiento se siguiera pagando a los acreedores no afectados por el plan, en el curso ordinario de los negocios.

562. La solicitud de apertura de un procedimiento agilizado tal vez tenga que ser algo diferente de una solicitud de un procedimiento bajo supervisión judicial, a fin de tener en cuenta las consideraciones peculiares de tales procedimientos. Esta solicitud puede contener, por ejemplo, información suplementaria acerca de las negociaciones que ya hayan tenido lugar y de la solicitud y la votación de las categorías de acreedores afectadas antes de la apertura, así como sobre las salvaguardias que se hayan previsto para los acreedores disconformes dentro de las categorías aceptantes. Tal vez convenga también que el régimen de la insolvencia determine si la solicitud provocará automáticamente la apertura de un procedimiento o si el tribunal deberá examinar la solicitud; en este último caso, es conveniente que el plazo para ese examen judicial sea lo más breve posible, en particular porque la solicitud se basa en negociaciones y en un acuerdo, y toda demora perjudica a la empresa del deudor y va también en detrimento de la ejecución del plan.

d) Agilización del procedimiento

563. A fin de aprovechar al máximo el acuerdo negociado y de evitar demoras que puedan imposibilitar su aplicación, tal vez convenga que el régimen de la insolvencia prevea disposiciones que permitan tramitar este tipo de procedimiento con más celeridad que el procedimiento ordinario de reorganización con supervisión judicial. Por ejemplo, si se han negociado un plan y otros documentos que cumplen

los requisitos formales del régimen de la insolvencia y que cuentan con el apoyo de una mayoría sustancial, podría autorizarse al tribunal a convocar una reunión o, en su caso, una audiencia inmediata, con lo que se ahorraría tiempo y gastos. Cabría también prever una exención de ciertos trámites del procedimiento oficial. Por ejemplo, si un plan de reestructuración negociado ha obtenido el apoyo de una mayoría de los acreedores de una determinada categoría, en general de los acreedores institucionales, suficiente para cumplir los requisitos de votación previstos en el régimen de la insolvencia para la aprobación de un plan de reorganización, y si con la ejecución del plan no se perjudicarán los derechos de otros acreedores, el tribunal podría convocar una reunión o una audiencia a la que asistieran únicamente los acreedores de esa categoría que ha aprobado el plan. Del mismo modo, si la votación de las categorías afectadas de acreedores se ha efectuado conforme a las leyes aplicables al respecto (incluidos los requisitos de revelación que prevean las leyes que rigen los valores bursátiles), debiera ser posible que el tribunal dispensara de los trámites posteriores a la apertura.

564. Incluso cuando el régimen de la insolvencia prevea criterios para los casos que puedan ser objeto de procedimientos agilizados, es muy conveniente que no disponga salvaguardias de menor alcance para los acreedores disconformes y otras partes que la que prevea para tales acreedores en los procedimientos ordinarios de reorganización bajo supervisión judicial. Por consiguiente, entre los requisitos procesales para esos procedimientos agilizados de reorganización deben preverse, en lo sustancial, las mismas salvaguardias y garantías que se prescriben para los procedimientos ordinarios de reorganización bajo supervisión judicial.

565. En otros regímenes puede convenir modificar las disposiciones para fomentar o prever tanto las negociaciones voluntarias de reestructuración como este tipo de procedimientos agilizados de reorganización. Por ejemplo, hay regímenes en virtud de los cuales los directivos de empresas pueden incurrir en responsabilidad por las operaciones comerciales realizadas durante las negociaciones oficiosas de reorganización; regímenes que no reconocen las obligaciones por créditos concedidos durante ese período o que prevén que esas obligaciones puedan ser impugnadas y anuladas; y regímenes que restringen la conversión de la deuda en capital social.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas a los procedimientos de insolvencia en los que se combinan las negociaciones voluntarias de reestructuración y la aceptación de un plan con un procedimiento agilizado regulado por la ley con miras a la aprobación judicial del plan tienen por objeto:

a) reconocer que las negociaciones voluntarias de reestructuración, en las que suele tratar la reestructuración de la deuda contraída con prestamistas y con otros acreedores institucionales, y también con importantes acreedores no institucionales cuando su participación es decisiva para la reestructuración, pero en las que no participan todas las categorías de acreedores, constituyen un instrumento económico y eficiente para rehabilitar las empresas en dificultades financieras;

- b) alentar y facilitar el recurso a negociaciones voluntarias de reestructuración;
- c) formular un procedimiento regulado por ley que:
 - i) preserve las ventajas logradas en las negociaciones voluntarias de reestructuración cuando la mayoría de cada una de las categorías de acreedores afectadas acepten un plan;
 - ii) reduzca al mínimo las demoras y los gastos y evite el fracaso del plan convenido en las negociaciones voluntarias de reestructuración;
 - iii) vincule a los miembros minoritarios de cada categoría afectada de acreedores y accionistas que no acepten el plan negociado;
 - iv) prevea los mismos requisitos de fondo, pero con plazos más breves, que para los procedimientos de reorganización regulados por la ley, y que disponga esencialmente las mismas salvaguardias;
- d) suspender, con las debidas salvaguardias, los requisitos de otras leyes que puedan impedir o inhibir el uso de procesos que retrasen la invocación del régimen⁹⁷.

Contenido de las disposiciones legales

Apertura de un procedimiento de reorganización agilizado

146) El régimen de la insolvencia debería especificar que podrá iniciarse un procedimiento agilizado a instancia de todo deudor que:

- [a] probablemente no pueda, en general, pagar las deudas a su vencimiento [o cuyo pasivo supere probablemente a su activo]] [tenga derecho a iniciar un procedimiento de reorganización conforme a lo dispuesto en el régimen de la insolvencia];
- b) haya negociado un plan que haya sido aceptado por [votación, realizada con arreglo a la mayoría requerida por otras leyes aplicables al margen de la insolvencia] cada categoría afectada de acreedores y por cada acreedor afectado que no forme parte de una categoría con derecho a votar; y
- c) cumpla los requisitos de jurisdicción para la apertura de un procedimiento ordinario de reorganización conforme a la ley.

Requisitos para la presentación de solicitud

147) El régimen de la insolvencia debería especificar que la solicitud de apertura de un procedimiento agilizado de reorganización debe ir acompañada de la siguiente documentación suplementaria:

- a) el plan y la declaración de revelación de datos;

⁹⁷ Por ejemplo, requisitos que exijan un consentimiento unánime para ajustar las deudas al margen del procedimiento de la insolvencia, y la responsabilidad de los directivos de la empresa si el deudor prosigue sus actividades comerciales durante el período en que tengan lugar las negociaciones extrajudiciales, o que no reconozcan las obligaciones contraídas a raíz de créditos otorgados durante este período, y que restrinjan la conversión de la deuda en capital social.

b) una descripción de las negociaciones voluntarias de reestructuración que precedieron a la solicitud de apertura, incluida la información proporcionada a los acreedores afectados, para ayudarlos a adoptar, sobre el plan, una decisión con conocimiento de causa [o un resumen de esa información];

c) un documento que certifique que se paga, en el curso ordinario de los negocios, a los acreedores no afectados y que el plan no modifica ni menoscaba los derechos ni los créditos de los acreedores privilegiados, como los organismos tributarios o de seguridad social, ni los de los empleados sin el consentimiento de dichas partes;

d) un informe sobre las votaciones de las categorías afectadas de acreedores que demuestre que esas categorías se han pronunciado a favor del plan con las mayorías especificadas por la ley;

e) un informe sobre los acreedores que hayan aceptado el plan, a pesar de que en él se prevea una modificación de sus derechos;

f) un análisis financiero u otras pruebas que demuestren que el plan cumple todos los requisitos exigibles para una reorganización; y

g) la lista de los miembros de los comités de acreedores que se hayan formado durante las negociaciones oficiosas.

Apertura del procedimiento

148) El régimen de la insolvencia debería especificar que la solicitud de apertura provocará automáticamente la apertura de un procedimiento, o que el tribunal deberá determinar sin demora si procede o no iniciar un procedimiento.

Efectos de la apertura

149) El régimen de la insolvencia debería especificar que:

a) las disposiciones del régimen aplicables a los procedimientos ordinarios de reorganización lo serán también a los procedimientos agilizados, a menos que se indique lo contrario⁹⁸;

b) [a menos que el tribunal decida otra cosa] la apertura sólo debería tener efectos sobre el deudor, sobre los distintos acreedores y las categorías de acreedores y accionistas que se vean ellos mismos afectados, o cuyos derechos se vean modificados por el plan;

⁹⁸ Las disposiciones del régimen que no serían aplicables en general serían las relativas: a la presentación completa de los créditos; a la notificación y a los plazos para la aprobación del plan; a los mecanismos posteriores a la apertura para presentar el plan y la declaración de revelación de datos a los acreedores y a otras partes interesadas y para la solicitud de votaciones sobre el plan y su celebración; al nombramiento de un representante de la insolvencia (en general no se nombra ninguno, a menos que lo exija el plan; y a las disposiciones sobre la modificación del plan después de su confirmación. Una excepción respecto de las disposiciones del régimen aplicable a los procedimientos ordinarios de reorganización sería que los acreedores no afectados por el plan serían pagados, en el curso ordinario de los negocios, durante la ejecución del plan.

c) todo comité de acreedores formado durante las negociaciones voluntarias de reestructuración debería equipararse a un comité de acreedores nombrado conforme al régimen; y

d) el tribunal debería celebrar en el plazo más breve una audiencia sobre la confirmación del plan.

Notificación de la apertura

150) La ley debe prever la obligación de notificar individualmente la apertura del procedimiento agilizado a todos los acreedores y titulares de capital social de la empresa. En la notificación debería especificarse:

a) el importe del crédito de cada acreedor afectado, según el deudor;

b) el plazo para presentar un crédito de distinto importe cuando el acreedor afectado considere incorrecta la suma declarada por el deudor y el lugar en que podrá presentarse el crédito;

c) el plazo y el procedimiento para impugnar créditos presentados por otras partes;

d) el lugar y la fecha en que se celebrará la audiencia sobre la confirmación del plan y el lugar y el plazo para presentar objeciones sobre la confirmación; y

e) las repercusiones del plan para los accionistas.

Confirmación del plan

151) El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal confirmará el plan:

a) si el plan satisface los requisitos de fondo para la confirmación de un plan en un procedimiento ordinario de reorganización, cuando esos requisitos sean aplicables a los acreedores y titulares de capital social afectados;

b) si la notificación dada y la información facilitada a los acreedores y titulares de capital social afectados durante las negociaciones voluntarias de reestructuración son suficientes para que puedan adoptar una decisión sobre el plan con conocimiento de causa [y si toda solicitud de aceptación del plan antes de la apertura cumple con lo dispuesto en el régimen aplicable];

c) si se paga a los acreedores no afectados en el curso ordinario de los negocios y si el plan no modifica ni menoscaba los derechos ni los créditos de los acreedores con prelación, como los organismos tributarios o de seguridad social, ni los de los empleados, sin el consentimiento de dichas partes;

d) si el análisis financiero presentado con la solicitud demuestra que el plan cumple todos los requisitos necesarios para la reorganización.

Efectos de un plan confirmado

152) El régimen de la insolvencia debería especificar que un plan confirmado sólo deberá tener efectos sobre el deudor y sobre los acreedores y titulares de capital social que se vean afectados por el plan.

Fracaso de la ejecución de un plan confirmado

153) El régimen de la insolvencia debería especificar que, en caso de incumplimiento sustancial de las condiciones de un plan confirmado con arreglo a la recomendación 150), el procedimiento podrá [clausurarse y los acreedores podrán ejercer sus derechos legales] [convertirse en procedimiento de liquidación].

V. Administración del procedimiento**A. Régimen aplicable a los créditos de los acreedores****1. Introducción**

566. En los procedimientos de insolvencia, los créditos presentados por los acreedores son doblemente importantes: en primer lugar, para determinar qué acreedores podrán votar en un procedimiento y cómo podrán hacerlo (según la categoría en que entren sus créditos y según el valor que tengan, cuando ese factor sea pertinente) y, en segundo lugar, a efectos de distribución (véase el capítulo V.B). Por lo tanto, el trámite de presentación de los créditos y de su admisión o rechazo es una parte esencial del procedimiento de insolvencia y habría que determinar qué acreedores deberán presentar sus créditos, el procedimiento que regulará su presentación, la verificación y la admisión o el rechazo del crédito, las consecuencias de que no se presente un crédito, y la revisión de las decisiones de admitir o rechazar créditos. El régimen de la insolvencia también tendrá que ocuparse de los efectos de esa presentación y admisión, ya que esta será la clave de la participación de los acreedores. Por ejemplo, la presentación de un crédito puede dar a su titular el derecho a asistir a la primera reunión de acreedores, mientras que la admisión, o al menos la admisión provisional, puede ser esencial para permitirle votar sobre diversas cuestiones del procedimiento.

2. Presentación de los créditos de los acreedores**a) Acreedores que pueden tener que presentar sus créditos**

567. La cuestión más importante a la hora de decidir qué acreedores deberán presentar sus créditos es el régimen de los créditos garantizados, ya que en el caso de los créditos sin garantía (independientemente de que la deuda sea contingente o fija) generalmente su titular debe presentarlos (salvo, desde luego, que en las disposiciones pertinentes se haya previsto otro mecanismo de verificación y admisión de créditos en virtud del cual no todos los acreedores deban presentar sus créditos, esta cuestión se examina más adelante).

568. En los regímenes de la insolvencia que no incluyen en la masa los bienes gravados y que permiten al titular de un crédito garantizado ejecutar libremente su garantía con cargo al bien gravado, los titulares de ese tipo de créditos pueden quedar exentos de la obligación de presentarlos si el valor de los bienes gravados les permite cobrar la totalidad de sus créditos al vender los bienes. Si el valor del bien gravado es inferior al monto del crédito garantizado, el acreedor puede tener que reclamar a la masa el importe del crédito no cubierto por la garantía, como si fuera un acreedor ordinario sin garantía. Ese importe depende pues del valor del bien gravado y del momento en que se determine ese valor, así como del método

empleado para la valoración. A menos que la valoración se rija por normas claras, existe la posibilidad de incertidumbre, especialmente a la hora de determinar el derecho de voto, cuando está en función del valor del crédito⁹⁹.

569. Según otro criterio, el titular de un crédito garantizado debe reclamar el importe total de su garantía real (independientemente de que la garantía no cubra íntegramente el importe del crédito), requisito que en algunos ordenamientos jurídicos se aplica únicamente a los tenedores de determinados tipos de garantías reales, como, por ejemplo, los gravámenes flotantes, las compraventas con garantía o las prendas sobre un bien. En algunos de los ordenamientos que exigen a todos los acreedores presentar sus créditos garantizados se prevén graves consecuencias si no lo hacen (esta cuestión se examina más adelante). En algunos regímenes de la insolvencia también se permite a los acreedores garantizados entregar su garantía real al representante de la insolvencia y reclamar a la masa el importe total de la garantía real.

570. Cuando deben presentarse los créditos garantizados, las normas aplicables a la presentación y verificación suelen ser idénticas a las que se aplican a los créditos ordinarios no garantizados. La lógica de exigir a los acreedores que presenten sus créditos garantizados radica en que de ese modo el representante de la insolvencia dispondrá de información sobre todos los créditos existentes, sobre la magnitud de la deuda garantizada y sobre los bienes que podrían estar gravados con una garantía real, así como sobre el monto total de la deuda exigible. Sea cual sea el criterio que se elija, es conveniente que el régimen de la insolvencia prevea normas claras sobre el régimen aplicable a los acreedores garantizados a efectos de presentación de sus créditos. Es importante también, en particular cuando un régimen de la insolvencia prevea que el procedimiento de presentación de créditos puede afectar a la garantías reales de un acreedor garantizado, que la notificación de apertura del procedimiento contenga información sobre el requisito de presentar los créditos garantizados o sobre las consecuencias de que no se presenten.

b) Limitaciones que afectan a la presentación de los créditos

571. Los regímenes de la insolvencia solían limitar los tipos de créditos que podían presentarse y excluían, por ejemplo, los créditos por importes indeterminados en concepto de daños extracontractuales. No obstante, en los regímenes más recientes se ha tendido a ampliar la definición de los tipos de créditos que pueden presentarse, incluyendo en ella los créditos por importes indeterminados tanto contractuales como extracontractuales, así como los créditos contingentes. Si tales créditos no entran en el procedimiento de insolvencia, sus titulares no podrán participar en él y no dispondrán de recursos jurídicos para cobrar sus créditos al deudor. Por ello es conveniente que en un régimen de la insolvencia se definan con amplitud los tipos de créditos que podrán presentarse. Con todo, cabe observar que, al ampliar la definición, puede complicarse el procedimiento de insolvencia en particular a la hora de valorar los créditos a efectos de su presentación y de su admisión, incluso provisional.

⁹⁹ Véase el tema de la valoración de los bienes gravados en el capítulo II.B.8.

i) *Deudas contraídas tras la apertura del procedimiento*

572. Como principio general, sólo pueden presentarse reclamaciones por deudas que se hayan contraído antes de la apertura del procedimiento. La forma en que se traten las deudas posteriores a la apertura del procedimiento dependerá de la naturaleza de este último y de las disposiciones del régimen de la insolvencia; muchos regímenes prevén que deben pagarse en su totalidad como gastos del procedimiento (véase el capítulo V.B).

ii) *Tipos de créditos que se excluyen*

573. Debido a una serie de consideraciones de orden público, el régimen de la insolvencia puede tratar de excluir de los procedimientos determinados tipos de créditos como, por ejemplo, los créditos fiscales extranjeros, las multas y sanciones, las indemnizaciones por lesiones corporales o por negligencia y las deudas de juego. Algunos regímenes establecen que esos créditos podrán presentarse, pero podrán recibir un trato diferente, quedando, por ejemplo, subordinados a otros créditos no garantizados. Es muy conveniente que en un régimen de la insolvencia se especifiquen los créditos que quedarán excluidos del procedimiento de insolvencia (o que recibirán un trato diferente; véase el capítulo V.B).

- *Créditos fiscales extranjeros*

574. Los créditos fiscales extranjeros se excluyen actualmente en muchos países, y se reconoce por lo general que esta exclusión no viola el objetivo de igualdad de trato de los acreedores nacionales y extranjeros. Pese a esta opinión general, no existen razones imperiosas que impidan admitir esos créditos si un país así lo desea. Cuando se admitan los créditos fiscales extranjeros, podrán tratarse de la misma manera que los créditos fiscales nacionales o los créditos ordinarios no garantizados. En el párrafo 2 del artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza se reconocen estos distintos criterios y se dispone que el requisito de igualdad de trato de los acreedores nacionales y extranjeros no se verá afectado por la exclusión de créditos extranjeros por concepto de impuestos o de seguridad social o por el hecho de que tengan la misma prelación que los créditos ordinarios no preferentes, o menor prelación cuando los créditos equivalentes en el país tengan ese grado inferior de prelación.

- *Créditos derivados de una actividad ilegal*

575. La exclusión de los créditos por concepto de deudas de juego se justifica en general por el hecho de que se derivan de una actividad de por sí ilegal. En lugar de detallar los tipos concretos de créditos que pueden excluirse como ilegales, el régimen de la insolvencia puede excluir, como categoría general, los créditos que se deriven de una actividad ilegal y que sean inejecutables.

- *Multas y sanciones*

576. Con respecto a las multas y sanciones, el régimen de la insolvencia puede distinguir entre las que son de índole estrictamente administrativa o punitiva (como las multas impuestas a raíz de la violación de una norma administrativa o penal) y las que son de índole compensatoria. Puede aducirse que la primera categoría debería excluirse sobre la base de que esas multas y sanciones se derivan de un delito o infracción del deudor y de que los acreedores no garantizados no tienen por

qué soportar la carga de ese delito o infracción y ver reducidos los bienes disponibles para la distribución. En cambio, no parece haber ninguna razón imperiosa para excluir la segunda categoría, particularmente cuando se trate de compensaciones de daños sufridos por otra parte, salvo si la exclusión también pudiera justificarse como medio de aumentar los bienes disponibles para los acreedores no garantizados. Otro posible criterio consistiría en admitir los créditos basados en multas y sanciones dado que, de otro modo, no se cobrarían nunca.

c) Procedimiento para la presentación de los créditos

i) Plazo para la presentación de los créditos

577. A fin de garantizar que las demandas se presenten oportunamente y que el procedimiento no se alargue innecesariamente, puede resultar útil fijar plazos para la presentación de créditos. En algunos regímenes de la insolvencia se especifica que los créditos deberán presentarse en un plazo determinado, a partir de la apertura del procedimiento o de algún otro momento del mismo. En otros se dispone que el tribunal o el representante de la insolvencia fijen el plazo, cuya duración debe establecerse en el propio régimen de la insolvencia; esos plazos oscilan entre diez días y tres meses a partir de un determinado hecho, como la apertura del procedimiento. Otras veces, en el régimen no se establece ningún plazo, dejándose la determinación del plazo para la presentación de los créditos al arbitrio del representante de la insolvencia, o se prevé que podrán presentarse hasta un determinado momento del procedimiento, como el de la presentación del informe final y la rendición de cuentas del representante de la insolvencia. Otros regímenes prevén distintos plazos según el método seguido para la notificación de la apertura; cuando el acreedor sea conocido y haya recibido una notificación personal de la apertura del procedimiento, el plazo puede ser más breve que cuando el acreedor sólo pueda tener conocimiento de ella a través de una notificación pública. Un factor crucial para fijar un plazo de presentación será el procedimiento de verificación y admisión de créditos. Si se dispone que ese procedimiento se lleve a cabo en una audiencia judicial o en una reunión de acreedores convocada con ese fin, es probable que el plazo de presentación de los créditos sea menos flexible y que cuando los créditos no se hayan presentado en la fecha fijada, antes de la celebración de la audiencia o reunión, haya que convocar una audiencia o una reunión especial. Cuando el representante de la insolvencia se encargue del proceso de verificación y admisión, habrá mayor flexibilidad, ya que no será necesario cumplir los requisitos de procedimiento requeridos para convocar una audiencia judicial o una reunión de acreedores.

578. Si bien los plazos pueden evitar que la tramitación de los créditos provoque un retraso indebido en el procedimiento, pueden perjudicar a los acreedores extranjeros, que en muchos casos tal vez no podrían cumplir los mismos plazos que los acreedores nacionales. Para garantizar la igualdad de trato de los acreedores nacionales y extranjeros, y teniendo en cuenta la tendencia internacional a eliminar la discriminación basada en la nacionalidad del acreedor, tal vez sería posible adoptar un criterio que permitiera presentar las demandas en cualquier momento anterior a la distribución a otro hecho especificado o que fijara un plazo que pudiera prorrogarse o del que pudiera eximirse al acreedor cuando éste tuviera una buena razón para no cumplir con el plazo o cuando ese plazo constituyera un impedimento grave para el acreedor.

579. Cuando se establezca un plazo (ya sea en el régimen de la insolvencia, o por determinación del tribunal o del representante de la insolvencia) y el crédito se haya presentado tardíamente y ello ocasione gastos, esos gastos podrían correr por cuenta del acreedor. Cuando los créditos puedan presentarse en una etapa avanzada del procedimiento, habrá que determinar la cuestión de si puede hacerse una distribución provisional antes de que se hayan presentado todos los créditos y, de ser así, si los acreedores que presenten sus créditos después de que se haya hecho la distribución podrán participar, pese a ello, en la distribución. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que tales acreedores sólo podrán participar en los procesos de distribución una vez presentados sus créditos, en tanto que otros exigen que el representante de la insolvencia haga una provisión de fondos para los acreedores que no hayan presentado sus créditos en el momento de la distribución.

ii) *Carga de presentación y demostración de los créditos*

580. Muchas leyes imponen a los acreedores la obligación de presentar y probar sus créditos. Generalmente deberán presentar pruebas, en algunos casos mediante un formulario ordinario de demanda acompañado de documentos justificantes, sobre la cuantía del crédito, la justificación de la deuda y todo privilegio o garantía invocados. Muchos regímenes establecen que el representante de la insolvencia podrá pedir al acreedor que aporte más información o documentación que corrobore su crédito; algunos regímenes prevén también la posibilidad de rechazar los créditos que no se hayan probado debidamente. En algunos ordenamientos, la admisión de los créditos podrá verse facilitada si se establece que éstos deben presentarse en forma de declaración, como una declaración jurada (*affidavit*), que prevea sanciones en caso de fraude; los trámites que suponen tales declaraciones en algunos ordenamientos ha hecho que se desista de esa práctica.

581. Varios regímenes de la insolvencia permiten la admisión de créditos sin imponer a los acreedores la obligación de presentarlos y probarlos, como sucede, por ejemplo, cuando el representante de la insolvencia puede verificar, con los libros y comprobantes del deudor, cuáles son los acreedores con derecho a cobrar su crédito y el importe de la deuda. Si bien es posible que en muchos casos de insolvencia los libros y registros contables del deudor no contengan información totalmente fidedigna, este método de admisión de créditos permite simplificar los trámites que entraña el proceso de admisión y verificación y puede resultar adecuado cuando no haya créditos impugnados (esta cuestión se examina más adelante). Este método puede verse facilitado si se dispone que, como paso inicial del procedimiento, se prepare una lista de acreedores y de las sumas reclamadas. La preparación de tal lista por parte del deudor tiene la ventaja de que se aprovechan los conocimientos que éste tiene de sus acreedores y de sus respectivos créditos y de que el representante de la insolvencia puede conocer el estado de los negocios desde la etapa inicial. Otras opciones consistirían en disponer que el representante de la insolvencia ayudara al deudor a hacer la lista o que la preparara él mismo. Si bien esas últimas opciones permitirían simplificar los requisitos formales del proceso de verificación de los créditos, podrían ocasionar mayores costos y demoras, ya que presuponen la capacidad del representante de la insolvencia para obtener información precisa y pertinente del deudor. Una vez elaborada la lista, podría utilizarse para determinar los créditos que podrán admitirse sin necesidad de pruebas formales y los acreedores a los que habrá que invitar a presentar sus créditos al representante de la insolvencia a efectos de verificación y para

asegurarse de que todos los acreedores pertinentes han presentado sus créditos. Asimismo, la lista podría revisarse y actualizarse periódicamente para conocer con exactitud no sólo el grado de endeudamiento del deudor sino también la evolución del proceso de admisión y verificación de los créditos.

582. Puede ser conveniente que el régimen de la insolvencia regule la cuestión de los créditos falsos y prevea la imposición de las oportunas sanciones a los acreedores y otras partes que presenten reclamaciones de cobro de créditos que resulten falsas.

iii) *Requisitos de forma para la presentación de créditos extranjeros*

583. Una cuestión de particular importancia para los acreedores extranjeros es si el crédito debe presentarse en el idioma del país en que se ha abierto el procedimiento de insolvencia, y si la reclamación debe cumplir determinados requisitos de forma, como los de protocolización de los documentos. Para facilitar el acceso de los acreedores extranjeros, conviene determinar si esos requisitos son esenciales o si puede dárseles un carácter menos riguroso, como en el caso de otros requisitos procesales examinados en relación con el artículo 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase el capítulo VII).

iv) *Conversión de créditos en moneda extranjera*

584. Cuando el deudor lleva a cabo actividades comerciales en distintos países, es posible que contraiga deudas en monedas diferentes de la del país en que se sustancia el procedimiento de insolvencia. Para fines de verificación y distribución, los créditos en divisas suelen convertirse en moneda nacional, aunque pueden darse circunstancias en que no se requiere tal conversión. La fecha de conversión puede haberse acordado en el contrato celebrado entre el deudor y el acreedor o podrá fijarse en el régimen de la insolvencia especificando que deberá efectuarse en un determinado momento, como el de la apertura o en otro momento posterior del procedimiento. Si transcurre cierto tiempo entre la fecha de conversión y la de distribución (la cual podría efectuarse en una fecha bastante posterior), existe la posibilidad de que durante ese período la moneda se desvalore o se revalore y que, lógicamente, fluctúe también el importe del crédito. Si se trata de una moneda relativamente estable, la fluctuación tal vez no sea considerable. Sin embargo, en épocas de gran inestabilidad monetaria, la fluctuación podría redundar en perjuicio de un determinado acreedor, favoreciendo a otros acreedores, o en beneficio de ese acreedor y en detrimento de los demás. En tales circunstancias, el régimen de la insolvencia podría disponer que se realizara una conversión provisional en la fecha de apertura del procedimiento a efectos de la votación y, si la fluctuación del tipo de cambio fuera superior a un determinado porcentaje (que podría enunciarse en el régimen de la insolvencia) durante el período anterior a la distribución, cabría entonces realizar la conversión en el momento de la distribución o ajustar el cálculo anterior.

v) *Parte autorizada a recibir los créditos*

585. Los regímenes de la insolvencia suelen aplicar dos criterios diferentes para determinar la parte autorizada a recibir los créditos. Algunos exigen la presentación de los créditos al tribunal, mientras que otros prevén que se presenten al representante de la insolvencia; la aplicación de uno u otro criterio depende

generalmente del proceso de verificación y de las funciones respectivas que ejerzan en él el tribunal y el representante de la insolvencia. Cuando es este último quien se encarga de la verificación y admisión de los créditos, los acreedores suelen tener derecho a recurrir al tribunal para impugnar el valor o la prelación que el representante de la insolvencia haya asignado al crédito admitido o su decisión de rechazar el crédito (véase más adelante).

d) Créditos no presentados

i) Créditos no presentados en el plazo establecido

586. Los regímenes de la insolvencia regulan de diversos modos la cuestión de los créditos que no se hayan presentado en un determinado plazo. Algunos adoptan un criterio flexible, estableciendo que, en tal caso, los acreedores aún dispondrán de un plazo para presentar sus créditos, por ejemplo, antes del informe definitivo del representante de la insolvencia y de la rendición de cuentas en la liquidación, pero deberán sufragar todo gasto adicional derivado de la demora. Una posible consecuencia de la presentación tardía de un crédito es que el acreedor no pueda participar en la distribución provisional realizada antes de la presentación (o admisión) de su crédito, si bien, como ya se ha señalado, en algunos regímenes se permite que el acreedor reciba los dividendos provisionales anteriores una vez admitido su crédito. Otra consecuencia es la pérdida del derecho de voto en las reuniones de acreedores, cuando la presentación de un crédito sea una condición *sine qua non* para ejercer ese derecho.

587. Otra forma de regular la presentación de los créditos consiste en imponer plazos estrictos, y algunos regímenes prevén que si no se presenta un crédito, puede extinguirse la deuda o perderse el derecho real de garantía, siempre y cuando se haya notificado debidamente al acreedor la apertura del procedimiento y la necesidad de presentar su crédito. Otros regímenes exigen que el acreedor que no haya presentado su crédito en el plazo establecido pida al tribunal su admisión. Una vez admitido el crédito, tal vez su titular sólo podrá percibir los dividendos que se devenguen posteriormente.

588. Si bien deben ofrecerse a los acreedores las más amplias posibilidades de presentar sus créditos en un procedimiento de insolvencia y, por tanto, debe notificárseles adecuada y oportunamente la apertura del procedimiento y la necesidad de presentar sus créditos, el procedimiento no debe demorarse a causa de acreedores que, aun conociendo la necesidad de presentar sus créditos y los plazos correspondientes, no los presentan con puntualidad, ya que de esa forma podría encarecerse el procedimiento y perjudicarse a otros acreedores. Por consiguiente, deben enunciarse claramente las consecuencias que tendría para los acreedores el hecho de no presentar sus créditos y debe informarse a los acreedores de tales consecuencias cuando se les notifique el plazo de presentación establecido.

ii) Créditos no presentados antes de finalizar el procedimiento

589. El hecho de no haber presentado un crédito antes del informe y de la rendición de cuentas finales puede tener distintos resultados según lo que dispongan los regímenes de la insolvencia. Conforme a algunos de los regímenes que prevén que el deudor quedará liberado de su obligación al concluir el procedimiento, se

establece también que se perderán los créditos no presentados en el procedimiento de insolvencia.

3. Verificación y admisión de créditos

a) Lista de créditos presentados

590. Muchos regímenes de la insolvencia establecen que el tribunal o el representante de la insolvencia, según a quién corresponda, preparen una lista de los créditos presentados, ya sea después de la expiración del plazo establecido al respecto o sobre la marcha cuando no se haya previsto un plazo o el plazo expire en una etapa posterior del procedimiento. Cuando el régimen de la insolvencia requiera la preparación de una lista de acreedores, conforme a lo tratado anteriormente (véase también el capítulo III.A), la lista de créditos presentados actualizará esa lista anterior de acreedores y podrá utilizarse como base para la verificación y admisión de los créditos y para notificar la recepción, la admisión o el rechazo de los créditos, según cuál sea el procedimiento de admisión aplicable. Muchos regímenes de la insolvencia disponen que todos los acreedores conocidos e identificables tienen derecho a que se les notifiquen los créditos presentados, requisito que podrá cumplirse efectuando la notificación personalmente, insertando un aviso en una publicación comercial apropiada, o presentando una lista al tribunal. De ese modo los acreedores, el deudor y las partes interesadas podrán saber qué créditos se han presentado y formular objeciones sobre los créditos enumerados (siempre que el régimen de la insolvencia lo permita).

b) Procedimientos de verificación y admisión

591. En la verificación no sólo se determina la legitimidad y la cuantía de un crédito, sino también se clasifican los créditos a efectos de votación y distribución (por ejemplo, dividiéndolos en créditos garantizados o no garantizados; en créditos con o sin prelación).

i) Plazo de verificación y admisión

592. Varios regímenes de la insolvencia imponen plazos para la verificación y la admisión de los créditos, exigiendo que la decisión se comunique a los acreedores en un breve plazo, por ejemplo, de 30 días después de expirar el plazo de presentación. Otros regímenes no prevén plazos. Un factor determinante de si en este caso un régimen de la insolvencia debe imponer plazos es si el procedimiento de verificación y admisión requiere la celebración de una audiencia judicial o de una reunión de acreedores o si está exclusivamente en manos del representante de la insolvencia. En el primer caso, la admisión suele realizarse en la audiencia o en la reunión de acreedores, a reserva de que se resuelvan las controversias dimanantes de impugnaciones de créditos. Por razones de transparencia y seguridad jurídica y para velar por una sustanciación eficaz del procedimiento sin demoras indebidas, es conveniente que la decisión de admitir o no un crédito se adopte sin pérdida de tiempo, en particular cuando la admisión sea una condición para que los acreedores puedan participar en el procedimiento y ejercer el derecho de voto. Ahora bien, como sucede en general al analizarse la necesidad de prever un plazo, deben sopesarse las ventajas de imponer un plazo teniendo en cuenta, por una parte, las

posibles desventajas de inflexibilidad y, por otra, la necesidad de que las partes cumplan el plazo.

ii) *Procedimiento de admisión*

593. Los regímenes de la insolvencia prevén diversos procedimientos de admisión que suponen distintos grados de complejidad y de intervención del tribunal, del representante de la insolvencia y de los acreedores, llegándose a requerir, en ciertos casos, la participación de todos ellos en distintos momentos de su tramitación. Cuando a esos factores se suman el derecho de apelación y las dificultades propias del procesamiento de los tipos de créditos que requieren valoración, es posible que la complejidad del proceso interrumpa en gran medida la sustanciación del procedimiento de insolvencia y ocasione demoras que repercutan en otras etapas del procedimiento. Por ello, es muy conveniente que los requisitos de forma se reduzcan al mínimo y que el proceso decisorio se simplifique al máximo.

- Admisión a cargo del representante de la insolvencia

594. Como ya se ha señalado, los regímenes de la insolvencia suelen disponer que los créditos se presenten al representante de la insolvencia o al tribunal. Muchos regímenes de la insolvencia establecen que, cuando el crédito se debe presentar al representante de la insolvencia, corresponde a éste verificarlos y decidir si deben ser admitidos, y si deben admitirse total o parcialmente. Se notificará al acreedor la decisión del representante y, cuando éste rechace o sólo admita parcialmente un crédito, el representante de la insolvencia deberá, por lo general, justificar su decisión (con frecuencia, por escrito). El requisito de justificación por escrito conferirá mayor transparencia al procedimiento y podría llegar a hacerlo más previsible para los acreedores. Como ya se ha indicado, algunos regímenes de la insolvencia establecen que las decisiones del representante sobre la admisión de créditos deberán actualizarse periódicamente en la lista de créditos en poder del tribunal o divulgada de alguna otra forma, a fin de facilitar su consulta por parte de los demás acreedores y del deudor. Varios regímenes de la insolvencia disponen que el crédito se considerará admitido cuando, después de la debida notificación, el representante de la insolvencia no haya recibido ninguna objeción a que se admita dicho crédito.

595. Según otros regímenes de la insolvencia, el representante debe convocar una reunión de acreedores para examinar los créditos presentados sobre la base de la lista preparada por el representante y proporcionada a los acreedores. Puede disponerse que la lista incluya recomendaciones sobre la admisión, el valor y la prelación de cada crédito. Cuando en la reunión no se pongan reparos a la admisión de los créditos, los regímenes que siguen este criterio suelen disponer que las recomendaciones del representante se considerarán aprobadas o que los créditos se tendrán por admitidos.

- Admisión a cargo del tribunal

596. Cuando los créditos deban presentarse al tribunal, éste suele convocar la reunión de acreedores o la audiencia judicial en que se examinarán los créditos y se decidirá si se admiten. Varios regímenes requieren que los créditos se presenten un cierto número de días antes de la fecha fijada para la reunión y que el tribunal, o el representante de la insolvencia, prepare una lista provisional de créditos admisibles

que se hará llegar a todos los acreedores antes de que se celebre la audiencia o la reunión. Cuando en la reunión no haya habido objeciones a que se admitan los créditos enumerados en la lista, el régimen suele dar esos créditos por admitidos.

- Requisito de comparecencia de los acreedores

597. Una cuestión que puede tener interés para los acreedores, en particular para los acreedores extranjeros, es el requisito previsto en algunos regímenes de que, para que puedan admitirse sus créditos, los acreedores asistan personalmente a las reuniones convocadas para examinar los créditos. Este requisito podría impedir que se cumpliera el objetivo de igualdad de trato para los acreedores que estén en situaciones similares y podría ocasionar demoras. Por lo tanto, es conveniente que el régimen de la insolvencia, en vez de exigir en todos los casos la comparecencia de los acreedores como condición para la admisión de sus créditos, disponga que éstos podrán admitirse sobre la base de pruebas documentales.

iii) Admisión automática de créditos

598. A fin de reducir los requisitos de forma exigidos para la verificación y admisión de los créditos, una opción distinta a las mencionadas puede consistir en establecer que los créditos pendientes en el momento de la apertura del procedimiento no requerirán verificación y se admitirán automáticamente a menos que sean impugnados. Este enfoque exigiría algún mecanismo para determinar la existencia, el valor y la prelación de los créditos. Aunque por razones de fiabilidad e integridad de la información tal vez no baste en todos los casos, puede ser conveniente verificar todos los créditos pendientes recurriendo en primer lugar a los libros y registros contables del deudor y a la lista de acreedores que ha de prepararse durante el procedimiento. Cuando esos créditos no se impugnen, podrán considerarse admitidos sin que los acreedores tengan que presentar formalmente y probar sus créditos. Si se adopta un criterio de admisión automática como el descrito, podrán obviarse muchas de las dificultades que se plantean cuando debe evaluarse con exactitud la situación al comienzo del procedimiento a fin de que los acreedores puedan participar y votar en las reuniones celebradas en la fase inicial del procedimiento.

iv) Admisión provisional de créditos

599. Los créditos presentados pueden ser de dos tipos: de valor determinado y de valor indeterminado, es decir, créditos en que no se ha fijado la cuantía reclamada al deudor cuando han tenido que presentarse o cuya cuantía no puede fijarse por el momento (por ejemplo, por ser objeto de una acción judicial aún no resuelta al abrirse el procedimiento de insolvencia y que puede quedar sujeta a la paralización). Esos créditos pueden ser contractuales o extracontractuales, y pueden derivarse de créditos garantizados o no garantizados. Los créditos también pueden ser condicionales, contingentes o no exigibles en el momento de la apertura (en este último caso, generalmente el crédito será objeto de una deducción por el plazo que falte para el vencimiento).

600. Cuando no puede determinarse o no se haya determinado el importe reclamado en el momento en que deba presentarse el crédito, muchos regímenes prevén que el crédito se admita provisionalmente, siempre que se le dé un valor hipotético. La valoración de tales créditos plantea una serie de cuestiones, como la del momento

en que deberá efectuarse la valoración, si debe establecerse un valor definitivo (en cuyo caso se ocupará de ello un tribunal) o estimado (de lo que podrá encargarse el representante de la insolvencia, el tribunal o alguna otra persona que se designe). Cuando corresponda a un tribunal zanjar la cuestión, habrá que determinar el tribunal competente (el tribunal de la insolvencia o algún otro tribunal) y la forma en que la demora del proceso de valoración puede repercutir en la sustanciación del procedimiento de insolvencia. La valoración de créditos de cuantía indeterminada puede incidir considerablemente en el curso del procedimiento de insolvencia cuando, por ejemplo, se presenten reclamaciones colectivas por daños extracontractuales. En cuanto al momento de la valoración, muchos regímenes de la insolvencia disponen que se vincule a la apertura del procedimiento; en tal caso, habrá que prever reglas especiales para cuando la reorganización pase a ser otro tipo de procedimiento.

601. Un motivo importante para permitir la admisión provisional de créditos es que con ello se posibilite la participación de los titulares de esos créditos en el procedimiento y, en particular, en la votación sobre cuestiones fundamentales, como la aprobación del plan de reorganización o alguna otra cuestión clave que requiera una decisión de los acreedores.

602. Cuando un régimen de la insolvencia prevea la admisión provisional de créditos, podría ser necesario determinar si tales créditos estarán sujetos, de entrada, al mismo procedimiento que los demás créditos. Por ejemplo, cuando para la admisión se requiera la celebración de una audiencia judicial o la convocatoria de una reunión de acreedores, los créditos que pudieran admitirse provisionalmente podrían estar sujetos a este procedimiento o podrían tener que ser previamente admitidos por el representante de la insolvencia, sin perjuicio del derecho de una parte disconforme a impugnar el crédito, y estar sujetos a algún procedimiento de aprobación en una etapa posterior. Otras cuestiones que cabría regular son si, cuando los titulares de créditos admitidos provisionalmente voten sobre un plan de reorganización, podrán quedar vinculados, como acreedores minoritarios, por un plan al que no hayan dado su aprobación (véase el capítulo IV); si los titulares de créditos admitidos provisionalmente tendrán derecho a participar en las distribuciones que se efectúen antes de que sus créditos se hayan admitido por completo; y, cuando ulteriormente un crédito provisionalmente admitido sea rechazado o sólo parcialmente admitido, cómo repercutirá el hecho de no haber sido admitido en las decisiones en cuya adopción haya participado el acreedor. La admisión provisional de un crédito permitirá generalmente al acreedor participar en el procedimiento del mismo modo que otros acreedores, a no ser que no tenga derecho a participar en las distribuciones hasta que se haya fijado definitivamente el importe reclamado y se haya admitido definitivamente el crédito. Sin embargo, cuando el crédito no sea finalmente admitido en su totalidad, podrán descontarse los votos que el acreedor haya emitido en votaciones realizadas durante el procedimiento.

c) Créditos impugnados

603. Cuando un régimen de la insolvencia permita impugnar el valor, la prelación o el fundamento de un crédito presentado en el procedimiento, es conveniente que especifique también qué partes tendrán derecho a entablar esa impugnación. Algunos regímenes sólo permiten al representante de la insolvencia impugnar los

créditos, mientras que en otros pueden hacerlo también otras partes interesadas, incluidos otros acreedores y el deudor. Según los diversos procedimientos de presentación y admisión de créditos, la impugnación podrá formularse ante el representante de la insolvencia o antes o en el transcurso de la audiencia judicial o de la reunión de acreedores celebrada para examinar los créditos. Cuando se prevea ese tipo de reunión o audiencia, podrá facilitarse el examen de los créditos si el tribunal o el representante de la insolvencia preparan una lista provisional de los créditos admitidos y la hacen llegar a todos los acreedores antes de la celebración de la audiencia o de la reunión. Cuando los créditos sean impugnados, en el marco de un procedimiento de insolvencia, ya sea por un acreedor, por el representante de la insolvencia o por el deudor, será esencial que el régimen prevea un mecanismo de solución rápida de controversias para que el procedimiento pueda avanzar de forma eficiente y ordenada. Si las impugnaciones no pueden resolverse con rapidez y eficacia, existe el riesgo de que esta posibilidad de impugnación se utilice para entorpecer el procedimiento y provocar demoras innecesarias. La mayoría de los regímenes de la insolvencia prevén que el tribunal resuelva las impugnaciones y que su decisión sea definitiva.

604. Cuando los créditos que se presenten en el procedimiento de insolvencia sean objeto de una controversia al margen de ese procedimiento, corresponderán generalmente a una de las categorías de créditos provisionalmente admisibles en el procedimiento de insolvencia, según la naturaleza del crédito y hasta que se dirima esa controversia (y a reserva de la aplicación de la paralización de las actuaciones; véase el capítulo II.B.3 a) y 8).

d) Efectos de la admisión de un crédito

605. La admisión del crédito de un acreedor fundamentará el derecho de éste a asistir a reuniones de acreedores y fijará el importe por el cual el acreedor tendrá derecho a votar en ellas, ya sea para elegir el representante de la insolvencia, para aprobar un plan de reorganización o para decidir sobre toda otra cuestión que se especifique en el régimen de la insolvencia. También se fijará el importe y el grado de prelación del crédito, que el representante de la insolvencia deberá tener en cuenta al efectuar la distribución entre los acreedores.

e) Compensación de créditos

606. Como ya se señaló en el capítulo II.G, varios regímenes de la insolvencia establecen que las obligaciones monetarias recíprocas entre el deudor y los acreedores podrán compensarse en el procedimiento de insolvencia, siempre que se cumplan determinadas condiciones. Por ejemplo, cabe exigir que los créditos ya existieran y fueran exigibles y pagaderos en el momento de la apertura del procedimiento; que el acreedor haya adquirido su crédito sin fraude o desconociendo la situación económica de su deudor; que el acreedor no haya adquirido el título durante el período de sospecha; que el acreedor haya declarado al representante de la insolvencia su intención de solicitar una compensación; y que los créditos estén relacionados entre sí. Muy pocos regímenes de la insolvencia establecen la obligatoriedad de la compensación en la insolvencia, mientras que otros no permiten la compensación de créditos por considerar que infringe el principio de *pari passu*. Cuando se permite la compensación, el representante de la

insolvencia o el tribunal la tendrán generalmente en cuenta al verificar y admitir los créditos.

f) Créditos que requieren un régimen especial

i) Créditos derivados de la administración de la insolvencia

607. En los procedimientos de insolvencia se requiere a menudo la colaboración de profesionales, como la del representante de la insolvencia y de asesores del deudor o del representante de la insolvencia. Las actividades de los comités de acreedores también pueden entrañar gastos para mantener en marcha la actividad comercial del deudor, que incluyen muchas o todas las deudas posteriores a la apertura del procedimiento, como los sueldos de los empleados, los gastos de arrendamiento y créditos similares, y también para llevar adelante el propio procedimiento de insolvencia.

608. No obstante la importancia de remunerar apropiadamente a quienes participen en la sustanciación del procedimiento de insolvencia, los gastos administrativos pueden afectar considerablemente al valor de la masa de la insolvencia. Si bien en cierta medida las consecuencias dependerán de la concepción del régimen de la insolvencia y de su infraestructura de apoyo, sería conveniente examinar la manera de minimizar tales consecuencias. El régimen de la insolvencia podría fijar, por ejemplo, criterios precisos, aunque flexibles, para la autorización de esos gastos. En particular, cabría autorizar tales gastos cuando se considere que pueden contribuir a acrecentar el valor de la masa en beneficio general de todos los interesados, o que no sólo son razonables y necesarios, sino también compatibles con los objetivos fundamentales del procedimiento. El carácter razonable del gasto puede determinarse en función de los recursos disponibles en el procedimiento y de los posibles efectos del gasto en el procedimiento.

609. Para realizar esa evaluación pueden adoptarse diferentes enfoques. Una posibilidad consistiría en requerir la autorización judicial previa del gasto, o la autorización judicial de todo gasto que no se realice en el curso ordinario de los negocios. Otra posibilidad sería encomendar la evaluación a los acreedores para facilitar la transparencia del procedimiento, a reserva de poder recurrir al tribunal en caso de desacuerdo sobre la evaluación hecha por los acreedores.

ii) Créditos presentados por personas allegadas

610. Otra categoría de acreedores que puede requerir atención especial es la de las personas allegadas al deudor, tanto desde el punto de vista familiar como empresarial (cuestión ya tratada en el capítulo II.F.3 e)). Se suele justificar la aplicación de un régimen especial a los créditos de estas personas porque se considera más probable que se hayan visto más favorecidas que otros acreedores y que hayan tenido conocimiento anticipado de las dificultades financieras del deudor. Si bien no entran exactamente en las categorías de créditos que se excluyen, tal vez convenga examinar si deben admitirse y tratarse del mismo modo que los de otros acreedores o si requieren un régimen especial. Sin embargo, el mero hecho de que exista una relación especial con el deudor puede no ser suficiente para justificar en todos los casos la aplicación a un crédito de un régimen especial. En algunos casos, estos créditos serán totalmente transparentes y deberían tratarse de la misma forma que los créditos similares presentados por acreedores que no sean personas

allegadas; en otros casos, pueden dar lugar a sospechas y entonces merecerán una atención especial. El régimen de la insolvencia puede tener que prever un mecanismo para determinar los tipos de conductas o de situaciones en que los créditos merecerán mayor atención, como por ejemplo, cuando el deudor esté demasiado infracapitalizado (es decir, cuando el agente del deudor haya adelantado fondos en forma de préstamo a la empresa infracapitalizada y que siga comerciando sin tener fondos suficientes para pagar a sus acreedores), o cuando se disponga de pruebas de que se ha actuado en provecho propio (es decir, que las personas allegadas se han aprovechado de su posición para obtener un beneficio, por ejemplo, cuando, seis meses antes de la liquidación, el agente haya aceptado un plan de indemnización que la empresa no pueda financiar y presente un crédito por tal suma durante el proceso de liquidación). En tales casos, puede restringirse la cuantía del crédito admisible, puede subordinarse el crédito a los créditos de otras categorías de acreedores (véase el capítulo V.B) o puede limitarse el derecho de voto del acreedor allegado a votar sobre ciertas cuestiones (como la selección del representante de la insolvencia, cuando el régimen confiera a los acreedores ese derecho).

iii) *Créditos en concepto de intereses*

611. Para regular la acumulación y el pago de intereses devengados por los créditos se siguen diversos criterios. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que los créditos relativos a todas las deudas no garantizadas dejarán de devengar intereses al iniciarse un procedimiento de liquidación, pero en una reorganización el pago de intereses dependerá de lo que se haya acordado en el plan. Otros regímenes prevén que los créditos podrán devengar intereses, pero dan al pago de esos intereses un menor grado de prelación, disponiendo, por ejemplo, que sólo podrán abonarse una vez reembolsados todos los otros créditos no garantizados.

4. Créditos no admitidos

612. Muchos regímenes de la insolvencia disponen que cuando se rechace un crédito, el acreedor afectado dispondrá de un determinado plazo para solicitar la revisión de la decisión de no admitir su crédito, independientemente de que esa decisión haya sido dictada por el tribunal o adoptada por el representante de la insolvencia. Ese plazo suele oscilar entre 10 y 45 días (véase el capítulo II.D).

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas a los créditos de los acreedores tienen por objeto:

- a) determinar los créditos que puedan y deban presentarse y el trato que se les dará;
- b) permitir que las personas titulares de créditos frente a un deudor puedan presentar demandas y reclamar el cobro de los créditos con cargo a la masa de la insolvencia;
- c) establecer un mecanismo para la verificación y admisión de los créditos;
- d) prever la revisión de los créditos impugnados;

e) velar por la igualdad de trato de los acreedores que gocen de un grado similar de prelación.

Contenido de las disposiciones legales

Requisito de presentación de créditos

154) El régimen de la insolvencia debería exigir a los acreedores que presentaran sus créditos¹⁰⁰, detallando su fundamento y su cuantía. El régimen de la insolvencia debería también reducir al mínimo los requisitos de forma exigidos para la presentación de un crédito.

Créditos que pueden presentarse

155) El régimen de la insolvencia debería especificar que entre los créditos que podrán presentarse deberían figurar todos los derechos de cobro derivados de actos u omisiones del deudor¹⁰¹ anteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia, exigibles o no, de importe determinado o indeterminado, fijos o contingentes¹⁰². El régimen de la insolvencia debería determinar los créditos que no se verán afectados por el procedimiento de la insolvencia¹⁰³.

Créditos garantizados

156) El régimen de la insolvencia debería especificar si los acreedores garantizados deberán presentar sus créditos¹⁰⁴.

Igualdad de trato de acreedores con un grado de prelación similar

157) El régimen de la insolvencia debería especificar que todos los acreedores que gocen de un grado similar de prelación, independientemente de que sean nacionales o extranjeros, deberán recibir idéntico trato en lo que respecta a la presentación y tramitación de sus créditos.

¹⁰⁰ El régimen de la insolvencia debería regular los créditos que puedan requerir un trato especial, por ejemplo, los de acreedores extranjeros, los créditos monetarios condicionales o no condicionales, las reclamaciones en concepto de intereses y las reclamaciones de obligaciones no vencidas.

¹⁰¹ Entre ellos figurará todo crédito dimanante de actos u omisiones del deudor que reclamen terceros o un garante.

¹⁰² Véanse las recomendaciones relativas a los créditos nacidos a raíz del rechazo de un contrato, que figuran en el capítulo II.E.

¹⁰³ Algunos regímenes de la insolvencia establecen, por ejemplo, que los créditos como las multas, y sanciones [del Estado] y los impuestos no se verán afectados por el procedimiento de insolvencia. Cuando un crédito no se vea afectado por el procedimiento de la insolvencia, seguirá existiendo y no será incluido en ningún pago.

¹⁰⁴ Véanse el párrafo 3 del artículo 14 la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre la Insolvencia Transfronteriza y el párrafo 111 de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno. En este último se observa que en algunos ordenamientos se considera que todo acreedor garantizado que presente su crédito renuncia con ello a su garantía o a algunos de los privilegios del crédito, mientras que en otros ordenamientos el hecho de no presentar esos créditos surte el mismo efecto.

Momento de presentación de los créditos

158) El régimen de la insolvencia debería establecer el período, posterior a la apertura del procedimiento, durante el cual podrán presentarse los créditos; el plazo fijado deberá ser suficiente para que los acreedores puedan cumplirlo.

Consecuencias de que no se presente un crédito

159) El régimen de la insolvencia debería especificar las consecuencias que entrañará el hecho de no presentar un crédito en el plazo prescrito.

Créditos en moneda extranjera

160) Cuando el importe de los créditos esté fijado en moneda extranjera, el régimen de la insolvencia debería especificar las circunstancias en que esas sumas habrán de convertirse en moneda nacional y los motivos para hacerlo. Cuando la conversión en moneda nacional sea obligatoria, el régimen de la insolvencia debería especificar el momento en que deberá efectuarse la conversión, por ejemplo en la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia [a reserva de la aplicación de medidas especiales en situaciones de gran inestabilidad monetaria].

Prueba de los créditos

161) La ley podrá permitir la admisión de los créditos no impugnados, remitiéndose a la lista de acreedores y créditos que deba preparar el deudor en cooperación con el representante de la insolvencia¹⁰⁵, o el tribunal o el representante de la insolvencia podrán pedir al acreedor que presente pruebas sobre su crédito. La ley no debería obligar en todos los casos al acreedor a presentar las pruebas en persona.

Admisión o rechazo de créditos

162) El régimen de la insolvencia debería autorizar al representante de la insolvencia a admitir o a rechazar total o parcialmente los créditos¹⁰⁶. Cuando se rechace total o parcialmente un crédito, deberán notificarse al acreedor los motivos por los que se haya rechazado el crédito.

163) El régimen de la insolvencia debería permitir que los acreedores cuyos créditos hayan sido total o parcialmente rechazados soliciten al tribunal [en un determinado plazo, a contar a partir de la notificación del rechazo] que revise sus respectivos créditos.

Impugnación de un crédito

164) El régimen de la insolvencia debería permitir a toda parte interesada que impugne un crédito presentado, antes o después de su admisión, y que solicite al tribunal la revisión de dicho crédito.

¹⁰⁵ Véanse las recomendaciones sobre los deberes y funciones del deudor y del representante de la insolvencia.

¹⁰⁶ En algunos ordenamientos, el tribunal puede tener que ratificar la decisión del representante de la insolvencia.

Admisión provisional

165) El régimen de la insolvencia debería disponer que los créditos que hayan sido impugnados en el procedimiento de insolvencia puedan ser provisionalmente admitidos por el representante de la insolvencia, a la espera de que el tribunal se pronuncie sobre la impugnación.

[166) El régimen de la insolvencia debería permitir que los créditos de importe aún no determinado puedan admitirse provisionalmente, a la espera de que el representante de la insolvencia fije su valor.]

[167) El régimen de la insolvencia debería disponer que el representante de la insolvencia podrá determinar, mediante una valoración del bien gravado, la parte del crédito de un acreedor garantizado que está respaldada por la garantía y la que no lo está.]

Efectos de la admisión

168) El régimen de la insolvencia debería especificar los efectos de la admisión definitiva o provisional de un crédito. Concretamente, la admisión de un crédito podrá:

- a) dar derecho al acreedor a participar en el procedimiento y a ser oído;
- b) permitir al acreedor votar en una reunión de acreedores, incluso sobre la aprobación de un plan;
- c) permitir la determinación del grado de prelación de que gozará el crédito del acreedor;
- d) permitir que se fije la cantidad por la que el acreedor tendrá derecho a votar;
- e) excepto en el caso de que un crédito sólo se haya admitido provisionalmente, permitir al acreedor participar en una distribución¹⁰⁷.

Créditos de partes allegadas

169) El régimen de la insolvencia debería especificar que los créditos presentados por partes allegadas deberán ser objeto de un minucioso examen y que, cuando haya motivos que lo justifiquen¹⁰⁸:

- a) podrán restringirse los derechos de voto de la parte allegada;
- b) podrá limitarse la cuantía del crédito de la parte allegada; o
- c) podrá reducirse el grado de prelación del crédito, subordinándolo a otros¹⁰⁹.

¹⁰⁷ No obstante, cuando se proceda a una distribución, el representante de la insolvencia podrá tener que tomar en consideración los créditos que sólo se hayan admitido provisionalmente o los que se hayan presentado pero aún no hayan sido admitidos (véase el capítulo V.B).

¹⁰⁸ Entre los motivos que podrán justificar ese examen minucioso cabrá prever la capitalización insuficiente del deudor o la actuación en provecho propio (como ya se ha señalado; véase la sección 3 f) ii)).

¹⁰⁹ Véase el tema de la subordinación de créditos en el capítulo V.B.

B. Prioridades y distribución [del producto de la liquidación]

1. Prioridades

a) Introducción

613. En un procedimiento de insolvencia existen muchos intereses diversos en pugna. En la mayor parte de los casos, los acreedores lo son en virtud de haber entablado una relación jurídica y contractual con el deudor antes de la insolvencia. No obstante, existen acreedores que no han entablado esa relación con el deudor, como las autoridades fiscales (que intervendrán a menudo en los procedimientos de insolvencia) y los demandantes por daños extracontractuales (cuya participación será, por lo general, menos frecuente). Por consiguiente, los derechos de los acreedores se regirán por una serie de leyes distintas.

614. Si bien muchos acreedores tal vez estén en una situación similar respecto de los tipos de crédito de que son titulares en virtud de derechos jurídicos o contractuales similares, es posible que otros tengan créditos de mayor cuantía o con mayor prelación. Por esos motivos, a efectos de la distribución del producto de la masa de la insolvencia objeto de liquidación, los regímenes suelen clasificar a los acreedores en función de sus créditos lo cual no resulta incompatible con el objetivo del trato equitativo. Cuando los distintos acreedores hayan concertado diferentes acuerdos comerciales con el deudor, la clasificación de los acreedores puede justificarse por la conveniencia de que en el régimen de la insolvencia se reconozcan y se respeten esos acuerdos, se salvaguarden las expectativas comerciales legítimas y se fomente la previsibilidad en las relaciones comerciales y la igualdad de trato de los acreedores que se encuentren en situaciones similares. El establecimiento de un sistema de clasificación claro y previsible para la distribución puede contribuir a garantizar que los acreedores estén seguros de sus derechos al celebrar acuerdos comerciales con el deudor y, en el caso de un crédito garantizado, a facilitar su obtención.

615. Ahora bien, las posibilidades de lograr esos objetivos son limitadas, pues en todo régimen de la insolvencia es preciso compaginar esos diversos objetivos con otras consideraciones de orden público. El peso de esos intereses de orden público puede desplazar los intereses privados, desvirtuando así los incentivos comerciales normales. Además de basarse en esas clasificaciones hechas en función de las relaciones comerciales y jurídicas entre el deudor y sus acreedores, los criterios de distribución reflejan también con frecuencia opciones que reconocen importantes intereses públicos (como la protección del empleo), la conveniencia de garantizar una tramitación ordenada y eficaz del procedimiento de insolvencia (dando prioridad a la remuneración de los profesionales de la insolvencia que participan en el procedimiento y al pago de los gastos derivados de la administración de la masa), y de fomentar el mantenimiento de la empresa y su reorganización (dando prioridad a los créditos concedidos tras de la apertura del procedimiento). Cuando se da prioridad a los intereses públicos, y no se garantiza la igualdad de trato basada en la clasificación de los créditos, es conveniente especificar claramente en el régimen de la insolvencia las razones normativas en que se funda tal prioridad. Cuando no haya igualdad de trato, este enfoque dará por lo menos cierta transparencia y previsibilidad al procedimiento en lo relativo a los créditos (véase el capítulo V.A), a la distribución (véase el capítulo V.C) y al establecimiento de categorías de acreedores en un plan de reorganización (véase el capítulo IV.A).

616. Los regímenes de la insolvencia siguen una amplia gama de criterios para clasificar a los acreedores, tanto en función de los grados de prelación que se asignan a las distintas categorías de acreedores como en función de los distintos tratos que se dan a los acreedores de una misma categoría, por ejemplo, a aquellos que entran, a grandes rasgos, en la categoría de acreedores no garantizados, que a su vez pueden dividirse en distintas subcategorías.

b) Subordinación de los créditos

617. Cuando un particular o una organización ha contraído deudas con más de un acreedor, el orden en que habrán de pagarse esas deudas se determinará en función del orden de prelación previsto en el régimen aplicable o mediante un acuerdo entre las partes. Sin embargo, aun cuando se haya establecido un determinado orden de prelación, es posible prever la subordinación de los créditos y que un acreedor cuyo crédito tenga mayor grado de prelación reciba el pago después de otro cuyo crédito goce de menor prelación.

618. La subordinación consiste en redistribuir el orden de prelación de los acreedores y no afecta a la validez ni a la legalidad de un crédito. Aun cuando sea válido y ejecutable, en virtud de un acuerdo o de una decisión judicial, un crédito subordinado podrá perder el grado de prelación que le correspondería según el plan de distribución y ser reembolsado después de otro que, en principio, tenía un grado de prelación inferior. A continuación se examinan esos dos tipos de subordinación.

i) Subordinación acordada por contrato

619. La subordinación contractual consiste en que dos o más acreedores de un mismo deudor concierten un acuerdo (denominado en adelante “acuerdo de subordinación” o “acuerdo de distribución”), en virtud del cual un acreedor acepta recibir el pago de su crédito frente al deudor después de que se haya pagado a otro acreedor. Esos acuerdos pueden concertarse entre titulares de créditos garantizados o entre acreedores sin garantía. En un acuerdo entre acreedores garantizados se suele prever que un acreedor gozará de prelación sobre el titular de un crédito al que en otras circunstancias le correspondería un mayor grado de prelación. En un acuerdo entre acreedores ordinarios sin garantía se suele prever que un acreedor cobrará íntegramente su crédito antes de que el titular del crédito subordinado pueda recibir algún pago.

620. Los acuerdos de subordinación se conciertan en distintas circunstancias. Por ejemplo, los obligacionistas suelen aceptar subordinar sus créditos a los del prestamista del capital de explotación del deudor. Asimismo, cuando una empresa está en una situación financiera precaria, algunos acreedores pueden acceder a subordinar sus créditos a fin de contribuir a la reorganización de la empresa. Algunos acreedores aceptan subordinar sus derechos a los de un prestamista que aporte nuevos fondos a la empresa con la esperanza de que ello facilite su recuperación y, de que, con ella, aumenten las posibilidades de cobrar íntegramente sus créditos subordinados.

621. Las leyes que rigen la validez y la fuerza ejecutoria de un contrato se aplican asimismo a los acuerdos de subordinación, y pueden oponerse las mismas excepciones ordinarias de responsabilidad contractual, como la ausencia de contraprestación, el fraude y las cláusulas leoninas.

ii) *Subordinación por decisión del tribunal (denominada subordinación equitativa)*

622. Este tipo de subordinación es el que tiene lugar cuando un tribunal dispone de facultades para modificar el orden de pago de los créditos con objeto de impedir que, por ejemplo, un reclamante que haya cometido fraude o algún otro acto ilegal, o que haya actuado incorrectamente a fin de obtener ventaja sobre los demás acreedores, se beneficie de tal conducta. Este tipo de subordinación se estableció en su momento para impedir que personas allegadas al deudor recurrieran a mecanismos legales para conseguir ventajas de prelación.

623. Para que el tribunal pueda ordenar este tipo de subordinación, es preciso que esa conducta improcedente perjudique realmente a los demás acreedores, por ejemplo, alterando el plan ordinario de distribución o dejando a un acreedor con un grado de prelación injusto. En tal caso, el tribunal podrá recurrir a la subordinación para restablecer el orden de prelación alterado de modo que la distribución sea equitativa. Cuando con su conducta improcedente el reclamante no haya obtenido ninguna ventaja, en general el tribunal no podrá adoptar medidas de subordinación.

c) **Clasificación de los créditos**

i) *Acreedores garantizados*

624. Muchos regímenes reconocen los derechos de los acreedores garantizados a gozar de máxima prelación para la satisfacción de sus créditos, bien sea con cargo al producto de la venta de determinados bienes garantizados o con cargo a fondos generales. El método de distribución entre los acreedores garantizados depende del método utilizado para proteger a este tipo de acreedores durante el procedimiento. Si el derecho real de garantía se protege preservando el valor del bien gravado, el acreedor garantizado dispondrá generalmente de un derecho de prelación sobre el producto de la venta de ese bien y a cobrar, como máximo, el importe de su crédito garantizado. En cambio, si la garantía real del acreedor se protege fijando el valor de la parte garantizada del crédito en el momento de la apertura del procedimiento, el acreedor tendrá por lo general un derecho de prelación sobre el producto general de la masa de la insolvencia y podrá cobrar una suma correspondiente al valor de la parte garantizada de su crédito. En el supuesto de que el crédito del acreedor garantizado exceda del valor del bien gravado, o del valor del crédito garantizado que haya determinado al inicio del procedimiento (cuando se siga ese criterio), el importe del crédito no cubierto por la garantía se considerará generalmente como un crédito ordinario no garantizado a los efectos de la distribución.

625. Algunos regímenes de la insolvencia no otorgan un grado máximo de prelación a los derechos de los acreedores garantizados. El pago de las sumas debidas a éstos pueden recibir menor prioridad que los gastos de administración de la masa y que otros créditos a los que se otorgue una protección prioritaria, como el pago de los salarios pendientes, los impuestos, las demandas por daños ecológicos y las demandas por lesiones personales. Por otra parte, hay regímenes que disponen que el monto que pueden recuperar (prioritariamente) los acreedores garantizados con cargo a los bienes gravados que amparan sus créditos se limite a un determinado porcentaje de dichos créditos. En algunos de esos regímenes se hace una distinción entre las garantías reales constituidas sobre casi todos los bienes de una entidad comercial (a veces denominadas hipotecas de empresa o gravámenes flotantes) y otras clases de garantías reales. La parte restante del crédito se utiliza generalmente

para reembolsar los créditos de otros acreedores, ya sean éstos titulares de créditos con menor prelación o acreedores ordinarios no garantizados, o para pagar la remuneración y los gastos del representante de la insolvencia y los gastos contraídos en la conservación y administración del patrimonio de la insolvencia cuando el valor de los bienes de la masa sea insuficiente para sufragar esos gastos. Uno de los fundamentos de este criterio radica en que el acreedor garantizado debe soportar una parte equitativa de las pérdidas sufridas por otros acreedores, en una liquidación, y sufragar una parte de los gastos en una reorganización. A menos que una parte de los bienes del deudor se reserve para el pago de ese tipo de créditos, es poco probable que los acreedores garantizados acepten que otros acreedores participen en tal distribución. La aplicación de estos tipos de excepciones a la regla de la máxima prelación de los acreedores garantizados podría crear incertidumbre entre esos acreedores, haciéndoles temer que no cobrarán sus créditos garantizados, restando así incentivos a la concesión de créditos garantizados e incrementando los gastos conexos. Sería sumamente conveniente que en los regímenes de la insolvencia se limitara la aplicación de tales excepciones.

626. Cuando el crédito garantizado se reembolsa directamente con el producto neto de la liquidación del bien pertinente, el acreedor garantizado, a diferencia de los acreedores no garantizados, generalmente no contribuirá (ni directa ni indirectamente) a los gastos generales del procedimiento de insolvencia, salvo que se prevean disposiciones como las antes señaladas. No obstante, en esos casos, aún puede exigirse al acreedor garantizado que contribuya al pago de otros gastos directamente relacionados con sus derechos, como los gastos administrativos que hayan tenido que realizarse para conservar el bien gravado en buen estado. Si el representante de la insolvencia ha destinado recursos a la conservación del valor del bien gravado, tal vez sea razonable restar esos gastos administrativos del importe que normalmente el acreedor garantizado tendría derecho a cobrar prioritariamente con cargo al producto de la venta del bien. Otra excepción a la regla de la máxima prioridad puede ser la consistente en dar prelación al reembolso de los créditos otorgados después de la apertura. En tal caso, al obtener esos créditos, deben estar claras las repercusiones que tendrán, con su prelación, para los acreedores garantizados, en especial porque éstos pueden haber aprobado los créditos posteriores a la apertura (véase el capítulo VI.B).

ii) *Costas y gastos administrativos*

627. Los gastos administrativos del procedimiento de insolvencia gozan a menudo de prelación sobre los créditos no garantizados y generalmente se les concede esa prioridad a fin de asegurar que se remunere adecuadamente a las partes que intervienen en la administración del patrimonio de la insolvencia. Estos gastos incluyen generalmente la remuneración del representante de la insolvencia y de los profesionales empleados por éste o, en algunos casos, por el deudor; las deudas que se contraigan al ejercer debidamente sus funciones y poderes el representante de la insolvencia (o, en algunos casos, el deudor) (véase el capítulo IV.A y B); los gastos generados al seguir cumpliéndose ciertas obligaciones contractuales (por ejemplo, los contratos laborales y de arrendamiento); los gastos del procedimiento (por ejemplo, las costas judiciales) y, en algunos regímenes de la insolvencia, la remuneración de los profesionales empleados por un comité de acreedores.

iii) *Derechos de prelación o créditos privilegiados*

628. Los regímenes de la insolvencia atribuyen a menudo derechos prioritarios a ciertos créditos (principalmente no garantizados) cuyo pago tendrá, por tanto, prelación sobre el de otros créditos no garantizados y no privilegiados (o menos privilegiados). Estos derechos de prelación, que se basan a menudo en consideraciones de orden social y a veces político, van en contra del principio de la distribución *pari passu* y perjudican en general a los acreedores ordinarios no garantizados al reducir el valor de los bienes disponibles para distribuir entre ellos. El establecimiento de derechos de prelación puede fomentar un debate improductivo sobre los acreedores a los que debe darse prioridad y su justificación. El hecho de que un régimen de la insolvencia prevea estos derechos repercute también en la oferta y en el costo del crédito financiero, que aumentará a medida que disminuya la cantidad de fondos restantes para distribuir entre otros acreedores.

629. Algunas prelaciones se fundamentan en consideraciones sociales que podrían regularse más fácilmente en otras leyes, como en la legislación sobre el bienestar social, en vez de fijar, en un régimen de la insolvencia, a objetivos sociales que sólo están vagamente relacionados con los problemas de deudas e insolvencia. Al establecerse prioridades de esta índole en un régimen de la insolvencia, se puede, en el mejor de los casos, resolver de forma incompleta e inadecuada el problema social, pero también se resta eficacia al los procedimientos de insolvencia. Cuando hayan de fijarse prelaciones en una ley sobre la insolvencia o cuando las prelaciones previstas en otras leyes se reconozcan y repercutan en los procedimientos de insolvencia, es conveniente que esas prelaciones se enuncien o especifiquen claramente en el régimen de la insolvencia (y, si es necesario, se incluyan en una determinada categoría de créditos). Con ello se dará a ese régimen al menos transparencia y previsibilidad en lo que respecta a sus consecuencias para los acreedores, y los prestamistas podrán evaluar con mayor exactitud los riesgos de la concesión de crédito financiero.

630. En algunos regímenes recientes sobre la insolvencia se han reducido notablemente estos tipos de derechos de prelación debido a que han perdido aceptación pública. En algunos países, por ejemplo, se ha suprimido recientemente la prelación que solía otorgarse a los créditos fiscales. No obstante, en otros países se tiende a incrementar las categorías de deudas con prelación. El mantenimiento de distintas categorías de prelación para muchos tipos de créditos puede complicar la consecución de los objetivos fundamentales del régimen de la insolvencia y restar eficacia y eficiencia a los procedimientos de insolvencia. También puede crear injusticias y, en una reorganización, complicar la preparación del plan. Además, cabe recordar que ajustando el orden de distribución para crear esas prelaciones no se incrementará la suma total de los fondos a disposición de los acreedores, sino que más bien se beneficiará a un grupo de acreedores a expensas de otro grupo. Cuanto mayor sea el número de categorías de acreedores con prelación, mayores serán las posibilidades de que otros grupos reivindiquen el derecho a recibir también un trato prioritario. Cuanto mayor sea el número de acreedores que reciben un trato prioritario, menores serán los beneficios que reporte ese trato.

631. Entre los factores que pueden ser pertinentes al determinar si existen razones imperiosas para otorgar un rango privilegiado a un determinado tipo de deuda cabe destacar la necesidad de hacer cumplir obligaciones internacionales; la necesidad de compaginar los derechos particulares con los intereses públicos y los otros medios a

que quepa recurrir para velar por esos intereses públicos; la conveniencia de dar incentivos a los acreedores para que administren eficientemente los créditos y otorguen créditos al precio más bajo posible; las repercusiones que puede tener el hecho de fijar ciertas preferencias sobre los costos de las operaciones y del cumplimiento; y la conveniencia de hacer distinciones sutiles entre los acreedores que puedan tener como consecuencia que una clase de acreedores tenga que soportar una carga mayor de la deuda pendiente.

632. Los regímenes de la insolvencia prevén distintos criterios para determinar los tipos de créditos a los que se concederá prelación y en qué habrá de consistir esa prelación. Los tipos de créditos a los que los países conceden prelación varían, pero predominan especialmente dos categorías: por un lado, los sueldos y las prestaciones de los empleados (los pagos de la seguridad social y las pensiones) y, por el otro, los créditos fiscales. El examen de la prelación de los créditos fiscales puede tener especial trascendencia en supuestos de insolvencia transfronteriza. Un criterio podría consistir en denegar prelación a todo crédito fiscal extranjero. Otra posibilidad sería reconocer algunas formas de prelación, quizás con un alcance limitado, para esos créditos fiscales, cuando, o bien exista reciprocidad en el reconocimiento de los créditos fiscales extranjeros, o bien se esté tramitando conjuntamente en más de un Estado un procedimiento de insolvencia que afecta a un único deudor. El artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza reconoce la importancia del principio de no discriminación respecto de la prelación dada a los créditos extranjeros, pero también dispone que los países que no reconozcan los créditos extranjeros por concepto de impuestos o seguridad social pueden seguir discriminándolos¹¹⁰.

- Créditos de los empleados

633. En la mayoría de los países, los créditos de los empleados (incluidos los sueldos adeudados, los pagos en concepto de licencias, vacaciones, u otras ausencias remuneradas y las indemnizaciones por despido) constituyen una categoría de créditos prioritarios que, en muchos casos, goza de una prelación superior a la de los créditos en concepto de impuestos y seguridad social. Este criterio es generalmente compatible con la protección especial que se da a los empleados en otros aspectos del régimen de la insolvencia (véase el capítulo III.D.6), así como con el criterio de algunos convenios internacionales¹¹¹. En algunos regímenes de la insolvencia, se considera importante dar mayor prioridad a la continuidad en el empleo que a otros objetivos del procedimiento de insolvencia, como la optimización del valor de la masa en beneficio de todos los acreedores. Esta importancia se hace patente cuando un régimen prevé la venta de la empresa como negocio en marcha (con la transmisión de las obligaciones existentes respecto de los empleados) como recurso prioritario frente a la liquidación o la reorganización, en las que esas obligaciones pueden modificarse o cancelarse.

¹¹⁰ Párrafo 2) del artículo 13 y nota de pie de página 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

¹¹¹ Por ejemplo, el Convenio de la OIT sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (N° 173). El párrafo 1 del artículo 8 dispone que “la legislación nacional deberá atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular a los del Estado y de la seguridad social”. El Convenio entró en vigor en 1995.

634. En algunos países se otorga prelación a los créditos de los empleados pero se equiparan a los créditos fiscales y de seguridad social, integrándolos en la misma categoría de créditos privilegiados, que podrán ser satisfechos proporcionalmente en caso de que los fondos sean insuficientes. En otros países, los créditos de los empleados no gozan de prelación alguna, y entran en la misma categoría que los créditos ordinarios no garantizados, a pesar de que en algunos casos el pago de ciertas deudas nacidas durante un determinado período (por ejemplo, los sueldos y remuneraciones correspondientes a los tres meses anteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia) puede estar respaldado por un fondo estatal de garantía de los sueldos. El fondo que garantice el pago de dichos créditos puede, a su vez, tener un crédito frente a la masa de la insolvencia, que puede tener o no la misma prelación frente a la masa que los créditos de los empleados, según los criterios que rijan, en un Estado, la utilización de fondos públicos (y no la de los bienes del deudor insolvente) para sufragar el pago de compensaciones salariales. Conforme a la práctica habitual, el fondo goza de los mismos derechos que los empleados, al menos hasta una determinada suma, que puede expresarse en forma de suma en concepto de sueldos o en un número de semanas de trabajo no remuneradas.

- Créditos fiscales

635. A menudo se concede prelación a los créditos fiscales del Estado con miras a proteger los ingresos públicos. La concesión de prelación a ese tipo de créditos se ha justificado por diversos motivos. Por ejemplo, porque esa prelación puede ser beneficiosa para el procedimiento de reorganización, ya que alentaría a las autoridades fiscales a diferir la recaudación de los impuestos adeudados por una empresa en crisis al tener la certeza de que ulteriormente el régimen de la insolvencia concederá prelación al cobro de los créditos fiscales, y porque el Estado y las entidades públicas, al no ser acreedores convencionales o mercantiles, pueden ser excluidos de algunas opciones para el cobro de deudas comerciales. Sin embargo, la concesión de prelación a esos créditos puede ser contraproducente, ya que el hecho de no recaudar impuestos puede obstaculizar la aplicación uniforme de la legislación fiscal y constituir una forma de subsidio estatal que socave la disciplina que todo régimen de la insolvencia eficaz pretende fomentar. Esto puede alentar a las autoridades tributarias a no ejercer el debido control sobre los deudores y a no cobrar las deudas con un criterio comercial que contribuya a evitar la insolvencia y la desvalorización de los bienes.

iv) Acreedores ordinarios no garantizados

636. Una vez satisfechos los créditos de todos los acreedores garantizados y con prelación, se prorratea por lo general el saldo del patrimonio de la insolvencia entre los acreedores ordinarios no garantizados. Dentro de esta categoría puede haber subdivisiones que prevean la subordinación o la prelación de algunos créditos, como ya se ha señalado. Más adelante se examinan algunos de los que son generalmente subordinados.

v) Propietarios y titulares de capital social

637. Los propietarios y los titulares de capital social pueden tener créditos a raíz de préstamos concedidos al deudor y créditos derivados de su aportación al capital

social o de su derecho de propiedad sobre el patrimonio del deudor. Muchos regímenes de la insolvencia hacen una distinción entre estos diferentes créditos. Con respecto a los créditos derivados de aportaciones de capital social, muchos regímenes de la insolvencia adoptan la regla general de que los propietarios y los titulares de capital social de la empresa no tendrán derecho a la distribución del producto de los bienes hasta que se hayan pagado íntegramente todos los demás créditos que gocen de un mayor grado de prelación (incluidas las reclamaciones de intereses devengados después de la apertura del procedimiento). No es frecuente que esas partes, como tales, se beneficien de la distribución por su aportación al capital del deudor. Si se procede a una distribución, ésta se hace generalmente de conformidad con la clasificación de las acciones establecida en el derecho de sociedades y en la escritura de constitución de la empresa. Sin embargo, los créditos derivados de préstamos no siempre quedan subordinados.

vi) *Personas allegadas al deudor*

638. Otra categoría de acreedores que puede requerir atención especial es la de las personas relacionadas con el deudor tanto desde el punto de vista familiar como empresarial (véase el capítulo II.E.3 e) y el capítulo V.A). Conforme a algunos regímenes de la insolvencia, estos créditos siempre quedan subordinados y, en otros regímenes, sólo se subordinan en caso de conductas injustas, fraudulentas o cuasifraudulentas. Cuando estos créditos quedan subordinados a otros, pueden ocupar un rango inferior al de los créditos ordinarios no garantizados. Otras formas de regular a estos créditos no se basan en su clasificación, sino en la restricción del derecho de voto o del monto del crédito que se admitirá en el procedimiento.

vii) *Multas, sanciones e intereses devengados después de la apertura del procedimiento*

639. Algunos países incluyen en la categoría de créditos ordinarios no garantizados las gratificaciones, las multas y las sanciones (ya sean administrativas, penales o de otra índole), dándoles un grado de prelación inferior al de otros créditos no garantizados. Algunos regímenes de la insolvencia excluyen estos tipos de créditos.

640. Para regular la acumulación y el pago de intereses devengados por los créditos se siguen diversos criterios. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que los créditos relativos a todas las deudas no garantizadas dejarán de devengar intereses al iniciarse un procedimiento de liquidación, pero en una reorganización el pago de intereses dependerá de lo que se haya acordado en el plan. En otros casos, cuando se prevea que los créditos puedan devengar intereses después de la apertura del procedimiento, puede subordinarse el pago de esos intereses, que sólo podrá efectuarse una vez que se hayan reembolsado todos los demás créditos no garantizados.

2. Distribución

a) Liquidación

641. Cuando existan varias categorías de créditos con diferentes grados de prelación, por lo general se pagará íntegramente a los acreedores con mayor prelación antes de pagar al siguiente grupo por orden de prelación, y así sucesivamente. Cuando se llegue a un nivel de prelación para el que no queden fondos suficientes para pagar íntegramente a todos los acreedores de esa categoría,

se prorrateará entre ellos la suma restante. En algunos regímenes que no establecen grados de prelación, cuando los fondos sean insuficientes para pagar íntegramente los créditos, el prorrateo se hace entre todos los acreedores.

b) Reorganización

642. En un plan de reorganización podrán proponerse prioridades de distribución distintas de las previstas por las disposiciones del régimen aplicable a una liquidación, siempre y cuando los acreedores que voten sobre el plan aprueben esa modificación. En los procedimientos de reorganización, puede ser conveniente supeditar la confirmación del plan a que los acreedores con prelación cobren íntegramente sus créditos, a menos que dichos acreedores convengan otra cosa (véase el capítulo IV).

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas a la prelación y a la distribución tienen por objeto:

- a) establecer el orden en el que deberán reembolsarse los créditos con cargo a la masa de la insolvencia;
- b) velar por que se pague a los acreedores con prelación similar dividiendo proporcionalmente el valor de los bienes de la masa;
- c) indicar las circunstancias en las que se admita una prelación en la distribución.

Contenido de las disposiciones legales

Categorías de acreedores afectados por la apertura del procedimiento de insolvencia y regulación de sus derechos

170) El régimen de la insolvencia debería especificar las categorías de acreedores que se verán afectadas por la apertura de un procedimiento de insolvencia y el modo en que se regularán sus derechos en lo relativo a la prelación de sus créditos y a la distribución del valor de la masa.

Establecimiento del orden de reembolso de los créditos

171) El régimen de la insolvencia debería establecer el orden en que habrán de satisfacerse los créditos hayan de pagarse con cargo a la masa.

Créditos con prelación

172) El régimen de la insolvencia debería reducir al mínimo las prioridades otorgadas a los créditos sin garantía. El régimen de la insolvencia debería enunciar claramente los créditos cuyo reembolso gozará de prelación en un procedimiento de insolvencia.

Créditos garantizados

173) Le ley debería especificar que los créditos garantizados deberán reembolsarse con cargo a los bienes dados en garantía, en una liquidación, o con arreglo a lo

dispuesto en un plan de reorganización, subordinándolos a los créditos que tengan eventualmente mayor prelación. El régimen de la insolvencia debería reducir al mínimo y enunciar claramente los créditos que tengan un mayor grado de prelación que los créditos garantizados. Cuando el valor de la garantía sea insuficiente para satisfacer el crédito del acreedor garantizado, éste podrá participar en el procedimiento como si fuera un acreedor ordinario sin garantía.

Clasificación de los créditos

174) El régimen de la insolvencia debería disponer que los créditos, a excepción de los garantizados, deberán clasificarse y reembolsarse por el siguiente orden:

- a) Los costos y gastos de administración de la masa;
- b) Los créditos con prelación;
- c) Los créditos ordinarios sin garantía;
- d) los créditos diferidos o subordinados¹¹².

175) El régimen de la insolvencia debería disponer que si, una vez reembolsados íntegramente todos los créditos, queda un remanente, ese saldo restante deberá devolverse al deudor.

La distribución en el marco de un procedimiento de liquidación

176) El régimen de la insolvencia debería disponer, como principio general, que los créditos de una categoría similar se reembolsarán conforme al principio de *pari passu*. Todos los créditos con prelación análoga de una misma categoría habrán de reembolsarse íntegramente antes de proceder al pago de los créditos de la categoría siguiente por orden de prelación.

177) El régimen de la insolvencia debería especificar que, al proceder a una distribución, el representante de la insolvencia hará una provisión de fondos para reembolsar los créditos presentados que aún no se hayan admitido definitivamente.

178) El régimen de la insolvencia debería disponer que en los procedimientos de liquidación las distribuciones se harán sin demora y que podrán efectuarse distribuciones provisionales.

C. Régimen aplicable a los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia

1. Introducción

643. Es frecuente que sociedades mercantiles constituyan grupos de empresas y que operen conjuntamente sin perder su personalidad jurídica propia. En caso de insolvencia de una de las empresas integrantes de un grupo, el trato que debe dársele como persona jurídica independiente puede plantear problemas

¹¹² El régimen podrá dividir en subcategorías los créditos enunciados en los apartados a), b) y d). Cuando no sea posible reembolsar íntegramente todos los créditos de una misma categoría, los pagos deberán efectuarse siguiendo el orden de las subcategorías en que el régimen haya dividido los créditos de una misma categoría.

generalmente complejos y difíciles de resolver. En determinadas situaciones, por ejemplo, cuando una empresa conexas ha dirigido o controlado la actividad mercantil de una empresa, las empresas del grupo pueden verse perjudicadas al ser tratadas como personas jurídicas independientes. Puede suceder, por ejemplo, que no sea posible utilizar los fondos de una empresa para saldar las deudas u obligaciones de una empresa deudora perteneciente al grupo (salvo cuando ésta sea accionista o acreedora de la otra empresa), pese a la estrecha vinculación que existe entre las empresas y al hecho de que tal vez la otra empresa haya participado en la gestión de la empresa deudora o la haya dirigido y haya contribuido así a que contrajera deudas y obligaciones. Además, cuando la empresa deudora pertenezca a un grupo de esa índole, puede ser difícil desentrañar las circunstancias particulares de un caso para determinar con qué empresa del grupo trataban ciertos acreedores o las operaciones financieras que llevaban a cabo las empresas del grupo.

644. Dos cuestiones que requieren especial atención en un procedimiento de insolvencia que afecte a una empresa perteneciente a un consorcio mercantil son:

a) la posibilidad de que alguna de las otras empresas del grupo deba hacerse cargo de las deudas externas de la empresa insolvente (considerando que todas las deudas son de la empresa insolvente, salvo las que haya contraído con las empresas integrantes del grupo, es decir, las “deudas internas”); y

b) el régimen aplicable a las deudas internas (los créditos que tengan las empresas del grupo frente a la empresa deudora).

645. Los regímenes de la insolvencia resuelven esas dos cuestiones de distintas maneras. En algunos se aplica un criterio prescriptivo, por el que se circunscriben rigurosamente las circunstancias en que podrá otorgarse a las empresas del grupo un trato que no sea el de persona jurídica independiente, es decir, las circunstancias en que una de las empresas podrá ser responsable de las deudas de una empresa deudora también integrante del grupo. En otros regímenes se sigue un criterio menos restrictivo y se da amplia discreción a los tribunales para que evalúen las circunstancias de un caso particular en función de ciertas directrices. La gama de posibles resultados a que da lugar este tipo de regímenes es más amplia que en los regímenes que prevén un criterio prescriptivo. No obstante, en ambos tipos de regímenes, el modo en que se regulan las cuestiones de responsabilidad dentro del grupo suele fundarse en la relación que existe entre la empresa insolvente y las demás empresas pertenecientes al grupo, en función de quién controle el capital y la gestión de aquélla. Una posible ventaja de tratar esas cuestiones en un régimen de la insolvencia radica en que es un incentivo para que los consorcios mercantiles supervisen constantemente las actividades de las empresas que los integran y adopten medidas en cuanto una de ellas experimente dificultades financieras graves. Sin embargo, el hecho de no tratar a las empresas como personas jurídicas independientes puede minar la capacidad de empresas, inversionistas y acreedores para circunscribir los riesgos y adoptar decisiones al respecto (lo que puede revestir particular importancia cuando el grupo cuente en su seno con una empresa que requiera que se preste atención a la gestión de riesgos, como en el caso de una entidad financiera); puede crear un considerable grado de incertidumbre que incida en el costo del crédito, en particular cuando corresponda al tribunal decidir la cuestión de responsabilidad por las deudas del grupo después de que haya sobrevenido la insolvencia; y puede obligar a realizar complejas operaciones

contables sobre la forma en que se tratan las obligaciones entre las empresas del grupo.

2. Responsabilidad del grupo por las deudas externas

646. En los regímenes de la insolvencia se tienen en cuenta diversas circunstancias o distintos factores para determinar si una empresa conexas o una empresa integrante de un grupo debe hacerse cargo de las deudas externas contraídas por otra de las empresas del grupo que sea insolvente.

647. En muchos regímenes se dispone que la empresa conexas se haga cargo de las deudas cuando haya otorgado una garantía respecto de sus filiales. De forma análoga, en muchos regímenes se establece la responsabilidad de indemnizar toda pérdida o perjuicio dimanantes de operaciones fraudulentas que se hayan llevado a cabo entre las empresas del grupo. En otras ramas del derecho pueden preverse también soluciones al respecto. En algunas circunstancias, por ejemplo, la ley puede considerar que la empresa insolvente es un agente de la empresa conexas, lo que permitiría a los terceros hacer valer sus derechos directamente frente a la empresa conexas como principal responsable.

648. Cuando el régimen de la insolvencia otorga a los tribunales amplios poderes discrecionales para determinar, conforme a determinadas directrices, la responsabilidad que tienen una o más empresas del grupo por las deudas de otras empresas del grupo, en esas directrices podrá indicarse que deberán tenerse en cuenta los siguientes factores: el grado de vinculación entre la administración, los negocios y las finanzas de las empresas; la conducta de la empresa conexas frente a los acreedores de la empresa insolvente; la convicción de los acreedores de que tenían tratos con una sola entidad económica, y no con dos o más empresas del grupo; y el grado en que la situación de insolvencia pueda imputarse a los actos de la empresa del grupo. Teniendo presentes esas consideraciones, un tribunal podrá dictaminar hasta qué punto un grupo ha actuado como entidad económica única y, en algunos regímenes, podrá ordenar que se consoliden o mancomunen el activo y el pasivo de las empresas¹¹³, en particular cuando esa orden pueda coadyuvar a la reorganización del grupo o cuando una de las empresas pueda contribuir financieramente a la masa de la insolvencia, siempre y cuando esas aportaciones no socaven la solvencia de la empresa contribuyente. Esas sumas se abonan, por lo general, al representante de la insolvencia que administra el procedimiento en beneficio de la masa de la insolvencia en su conjunto.

649. Otra consideración importante que se tiene presente en los regímenes de la insolvencia para instituir ese tipo de medidas es la repercusión que éstas tendrán para los acreedores. A fin de que los acreedores en su conjunto reciban un trato equitativo, deben conciliarse los intereses de dos (o más) grupos de acreedores que hayan tratado con dos (o más) entidades mercantiles independientes. Esos intereses colectivos entrarán en conflicto entre sí si la suma de los activos del conjunto de empresas no alcanza para saldar los créditos. En tal supuesto, es posible que los

¹¹³ Toda decisión judicial de que un grupo ha funcionado como entidad económica única dará lugar a la aplicación de otras disposiciones del régimen de la insolvencia, por ejemplo, la relativa a la obligación de los directores de impedir que se hagan operaciones comerciales en situación de insolvencia. En algunos regímenes se permite también que en un número limitado de circunstancias las empresas mancomunen voluntariamente sus activos y pasivos.

bienes que corresponderían a los acreedores de una empresa del grupo que posea una base considerable de activos sufran una merma a causa de los créditos que reclamen los acreedores de otra empresa del grupo cuya base de activos sea limitada. Una forma de resolver esta cuestión es determinar si las economías que se lograrían en beneficio colectivo de los acreedores compensarían o no el eventual perjuicio que podría sufrir cada acreedor. Cuando ambas empresas son insolventes, en algunos regímenes se sopesa si, al no dictarse una orden de consolidación, dando lugar por ende a procedimientos de insolvencia independientes, aumentarían los gastos y la duración del procedimiento y se agotarían los bienes de los que, de lo contrario, estarían a disposición de los acreedores, y si ello permitiría que los accionistas de algunas de las empresas del grupo percibieran beneficios a costa de los acreedores de otras empresas del grupo¹¹⁴.

650. El principio común a todos los regímenes con disposiciones de este tipo es que, para dictar una orden de consolidación, el tribunal debe estar convencido de que, si no la dicta, los acreedores sufrirían un perjuicio mayor que el que sufrirían las empresas insolventes y los acreedores disconformes. En algunos ordenamientos se dispone por razones de equidad una consolidación parcial, eximiendo los créditos de ciertos acreedores, que se saldan con determinados activos (a los que no se aplica la orden de consolidación) de una de las empresas insolventes. Las dificultades que entraña un proceso de compensación de esta índole han hecho que raramente se dicten esas órdenes en los países cuyos regímenes las autorizan.

651. Cabe señalar que en los regímenes de la insolvencia que prevén la consolidación los derechos de los acreedores garantizados no se ven afectados, salvo tal vez los de los titulares de garantías reales internas (cuando el acreedor garantizado es una empresa del grupo).

3. Deudas internas

652. Las deudas internas entre las empresas de un grupo pueden regularse de diversos modos. Como ya se ha señalado (véase el capítulo II.E), las operaciones efectuadas entre empresas de un grupo pueden estar sujetas a acciones de anulación. En algunos regímenes de la insolvencia que prevén la consolidación, las obligaciones internas cesan cuando se dicta una orden de consolidación. Otro criterio consiste en clasificar las operaciones realizadas entre empresas de un grupo en una categoría distinta a la de las operaciones que se lleven a cabo entre partes no vinculadas entre sí (por ejemplo, puede considerarse que una deuda es una aportación de capital, y no un préstamo dentro del grupo), lo que supondrá que las obligaciones entre empresas de un grupo tendrán un grado de prelación inferior al asignado a las mismas obligaciones entre partes no vinculadas.

D. Derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia

(Nota: En estos momentos se elabora la sección dedicada al derecho aplicable; el proyecto definitivo se presentará al Grupo de Trabajo para que lo examine en su 30º período de sesiones, en 2004. Las recomendaciones revisadas que figuran a

¹¹⁴ Algunos regímenes prevén que, antes de proceder a una distribución, se determine la identidad de los acreedores de cada empresa pertinente del grupo y que, además se determinen sus activos y pasivos.

continuación reflejan los temas debatidos en el 29º período de sesiones del Grupo de Trabajo, celebrado en septiembre de 2003.)

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

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

- a) facilitar el comercio ofreciendo criterios claros y transparentes que permitan prever el derecho que regirá todo lo relativo a los procedimientos de insolvencia;
- b) prever reglas claras y previsibles que permitan a los tribunales determinar el derecho aplicable en el contexto de los procedimientos de insolvencia [incluida la ejecución de las disposiciones contractuales sobre la elección del derecho aplicable].

Contenido de las disposiciones legales

Derecho que rige los procedimientos de insolvencia

179) El régimen de la insolvencia debería disponer que la ley vigente en el lugar en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia regulará todos los aspectos de la sustanciación, administración y conclusión de dicho procedimiento, entre ellos:

- a) los criterios para la admisibilidad de solicitudes y para la apertura de un procedimiento;
- b) la constitución y de la masa de la insolvencia y todo lo que formará parte de ella;
- c) las disposiciones que regulen los bienes de la masa de la insolvencia, incluidas las relativas al ámbito de aplicación de la paralización, las excepciones oponibles y las medidas que eximan a una parte de los efectos de la paralización;
- d) las costas y los gastos;
- e) la propuesta, la aprobación, la confirmación y la ejecución de un plan de reorganización;
- f) la nulidad, la anulabilidad o la inejecutabilidad de actos jurídicos que perjudiquen a los acreedores;
- g) los efectos de la apertura del procedimiento en contratos que estipulen obligaciones que ni el deudor ni la otra parte hayan cumplido todavía en su totalidad, incluida la ejecutabilidad de toda cláusula de extinción automática del contrato y de intransferibilidad de los créditos;
- h) las condiciones en que pueda procederse a la compensación tras la apertura del procedimiento de insolvencia;
- i) los derechos y obligaciones del deudor, del representante de la insolvencia, de los acreedores y del comité de acreedores;
- j) los créditos y el derecho por el que se rigen;

- k) el orden de prelación para la clasificación de los créditos;
- l) la distribución del producto de la liquidación; y
- m) la resolución y conclusión del procedimiento.

Casos excepcionales en los que podrá no aplicarse el régimen de los procedimientos de insolvencia

180) Como excepción a lo enunciado en los apartados f) y h) de la recomendación 179), el régimen de la insolvencia podrá disponer que se aplique el derecho de otro Estado que rija la compensación o la anulabilidad de operaciones, cuando se trate de operaciones realizadas antes de la solicitud de apertura o antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia¹¹⁵.

Validez de las disposiciones contractuales sobre la elección del derecho aplicable

181) El régimen de la insolvencia debería reconocer toda cláusula contractual por la que el deudor y la otra parte acuerden expresamente que el derecho aplicable a la relación jurídica que se crea entre ellos será el de un Estado determinado, con independencia del nexo que exista entre la operación o las partes de que se trate y el derecho aplicable, salvo cuando se considere que tal cláusula es manifiestamente contraria al orden público [del Estado cuyo derecho se aplicaría de no existir dicha cláusula].

Determinación del derecho aplicable

182) En el régimen de la insolvencia debería indicarse claramente en qué casos se permitirá la aplicación de las leyes de otro Estado.

183) Respecto de la aplicación de otras leyes ajenas al régimen de la insolvencia, el tribunal deberá aplicar una regla sobre conflictos de leyes para decidir el derecho de qué Estado será aplicable. Las reglas sobre conflictos de leyes han de ser claras y previsibles y ajustarse a las normas modernas sobre conflictos de leyes que se enuncian en los tratados internacionales y en las guías legislativas patrocinadas por órganos internacionales.

VI. Conclusión del procedimiento

A. Exoneración

1. Exoneración del deudor en un procedimiento de liquidación¹¹⁶

653. Una vez realizada la distribución en un procedimiento de liquidación de la masa de un deudor que sea una persona física, es probable que algunos acreedores

¹¹⁵ En esta sección, el término “operación” se entiende referido en general a una amplia gama de actos jurídicos mediante los cuales cabe disponer de bienes o contraer obligaciones mediante una transferencia, un pago, la constitución de una garantía real o de otro tipo, un préstamo o algún acto de renuncia [o una acción encaminada a dar eficacia a una garantía real frente a terceros], y puede consistir en una combinación de operaciones.

¹¹⁶ Estos párrafos se refieren a la exoneración de un deudor que es una persona física.

no hayan cobrado íntegramente sus créditos. El régimen de la insolvencia deberá regular la cuestión de si estos acreedores siguen teniendo un crédito pendiente frente a ese deudor o si, por el contrario, el deudor queda exonerado o “liberado” de esos créditos residuales.

654. Cuando el deudor sea una sociedad de responsabilidad limitada, la cuestión de la exoneración una vez efectuada la liquidación no se plantea, puesto que la legislación preverá o bien la desaparición de la empresa como persona jurídica, o bien su pervivencia, aunque ya no sea más que una estructura sin bienes. Los accionistas no serán responsables de los créditos residuales y la cuestión de su exoneración no se planteará. Si la empresa del deudor adopta una forma diferente, como la de propiedad unipersonal, grupo de personas (asociación), o una entidad cuyos propietarios tengan responsabilidad ilimitada, se planteará la cuestión de si esas personas seguirán siendo responsables de los créditos no reembolsados tras la liquidación.

655. En algunos círculos se es cada vez más consciente de la necesidad de aceptar el fracaso de la empresa como un hecho natural en toda economía, así como de aceptar que tanto las empresas débiles como las sólidas pueden fracasar, aunque por distintas razones, sin que ello implique necesariamente una conducta irresponsable, temeraria o fraudulenta por parte de los directivos de la empresa. Es posible que una persona cuya empresa haya fracasado saque provecho de tal experiencia y, según algunos estudios, esas personas logran a menudo un gran éxito en posteriores negocios. Por esta razón, varios países han decidido adoptar regímenes de la insolvencia que no se limitan a regular la administración de la insolvencia, sino que también facilitan un nuevo comienzo a los deudores insolventes, despejando su situación financiera y adoptando otras medidas para mitigar el estigma social que sufre toda empresa declarada en quiebra, en vez de centrarse en las sanciones imponibles al deudor. Además de adaptar el régimen de la insolvencia para eliminar las condiciones y restricciones innecesarias en materia de exoneración, es necesario promover un cambio de actitud de la banca y de la sociedad en general frente a toda quiebra, y prever asistencia y apoyo para los empresarios afectados. Al mismo tiempo, es preciso que el régimen de la insolvencia proteja al público y a la comunidad mercantil de los deudores que lleven sus negocios financieros de manera irresponsable, temeraria o fraudulenta.

656. Los regímenes de la insolvencia regulan de diversos modos la cuestión de la exoneración. En algunos de ellos, el deudor sigue siendo responsable del pago de los créditos no satisfechos hasta que expire el plazo requerido para la prescripción (que en algunos casos puede ser bastante largo, por ejemplo, de diez años) y también puede estar sujeto a una serie de condiciones y restricciones que afecte a sus actividades profesionales, comerciales y personales. Este tipo de normas pone de relieve la importancia de la relación entre el deudor y el acreedor. Así, el hecho de que el deudor siga siendo responsable después de la liquidación tiene la doble finalidad de moderar la conducta financiera del deudor y de alentar al acreedor a conceder créditos financieros. Al mismo tiempo, ese enfoque puede tener el inconveniente de disuadir al empresario ante nuevas oportunidades y de frenar toda actividad innovadora y empresarial, dada la severidad de las sanciones previstas en caso de incumplimiento.

657. Otros regímenes prevén la exoneración completa de todo deudor honrado, que no haya cometido fraude, inmediatamente después de la liquidación. Este criterio

hace hincapié en el beneficio del “nuevo comienzo” que entraña la exoneración y a menudo está destinado a fomentar el desarrollo de una clase empresarial. También constituye un reconocimiento de que el sobreendeudamiento es un fenómeno real en todas las economías actuales que todo régimen de la insolvencia debe abordar. En una tercera modalidad, se procura lograr una solución de avenencia, previendo la exoneración del deudor una vez transcurrido un determinado período contado a partir de la fecha de la distribución, durante el cual se espera que el deudor se esfuerce de buena fe para satisfacer sus obligaciones pendientes.

658. En algunos regímenes de la insolvencia se adopta el criterio de que, en ciertas circunstancias, que varían de un régimen a otro, puede resultar conveniente limitar la posibilidad de exoneración. Esta limitación puede preverse, por ejemplo, cuando el deudor haya actuado de forma fraudulenta; cuando haya estado involucrado en actividades delictivas; cuando haya infringido leyes laborales o de protección del medio ambiente; cuando no haya llevado expedientes adecuados; cuando no haya participado de buena fe en el procedimiento de insolvencia o no haya cooperado con el representante de la insolvencia; cuando no haya facilitado o haya retenido u ocultado activamente información; cuando haya proseguido sus actividades mercantiles ya a sabiendas de que era insolvente; cuando haya contraído deudas sin una esperanza justificable de poder reembolsarlas; y cuando haya ocultado o destruido bienes o documentos tras la solicitud de apertura del procedimiento.

659. Los requisitos para la exoneración en estos tipos de circunstancias se regulan con distintos criterios. En algunos países, el período que debe transcurrir para conceder la exoneración puede ser bastante largo; también pueden imponerse condiciones y restricciones para la exoneración, o preverse una combinación de ambos criterios. Algunos tipos de deudas pueden quedar excluidas de la exoneración, como las derivadas de daños extracontractuales o de acuerdos de alimentos o de pensión alimentaria (pagos al cónyuge divorciado o para el sustento de los hijos del deudor), las deudas fraudulentas, las deudas basados en multas impuestas como pena sustitutiva del encarcelamiento, y las deudas fiscales.

660. También pueden imponerse condiciones al deudor, ya sea durante el procedimiento o como condición para la exoneración, mediante una recomendación del representante de la insolvencia o del tribunal. Concretamente, puede restringirse la posibilidad de que el deudor obtenga nuevos créditos, de que salga del país o de que realice actividades mercantiles durante cierto tiempo o, cuando sea pertinente, inhabilitarlo para ejercer su profesión durante un determinado período. También puede supeditarse la concesión de una exoneración a que el deudor no adquiera posteriormente una fortuna de importe considerable con la que podría reembolsar deudas anteriores. La duración de estas limitaciones varía según la situación del deudor. Otras limitaciones previstas en los regímenes de la insolvencia afectan al número de veces que puede exonerarse a un deudor. En algunos ordenamientos estrictos, sólo se permite una única exoneración; o en otros, debe transcurrir un determinado plazo, por ejemplo, de diez años, antes de que el deudor pueda tener derecho a una nueva exoneración o incluso a iniciar un procedimiento de insolvencia en el que pueda obtener una nueva exoneración. Otro enfoque consiste en restringir la exoneración, por ejemplo, cuando el deudor haya obtenido una liberación de sus deudas durante un determinado período anterior a la apertura del procedimiento en curso y cuando los pagos realizados durante ese procedimiento hayan sido inferiores a un determinado porcentaje.

661. Al elegir entre esas opciones deben sopesarse los objetivos fundamentales de los procedimientos de insolvencia, teniendo en cuenta los posibles motivos de exoneración del deudor y la necesidad de sancionar ciertas conductas. Podría hacerse una distinción entre un proceder inapropiado y tal vez negligente y un proceder equiparable a una conducta ilícita. Si la finalidad implícita del régimen de la insolvencia es superar las dificultades financieras del deudor y facilitarle un nuevo comienzo a fin de fomentar una actividad empresarial en que se asuman riesgos, podrá exonerarse, tras la liquidación, a todo deudor honrado que se haya mostrado dispuesto a cooperar y que haya cumplido sus obligaciones conforme al régimen de la insolvencia, imponiéndole restricciones mínimas. Si el criterio consiste en imponer restricciones drásticas a tales deudores y prever la exoneración únicamente al cabo de mucho tiempo y después de que hayan cumplido numerosas condiciones, cabrá deducir que la finalidad de tal régimen de la insolvencia es castigar a los deudores, en vez de posibilitar su rehabilitación. Sería más apropiado imponer restricciones y condiciones cuando el deudor no haya obrado con honradez, no haya cooperado con el representante de la insolvencia o no haya cumplido sus obligaciones conforme al régimen o, en casos más extremos, cuando haya incurrido en una conducta delictiva.

662. Otra consideración válida es la relación entre las condiciones impuestas y la lógica básica del principio de la exoneración. La imposición de ciertas condiciones amplias, como la de prohibir al deudor que lleve a cabo actividades mercantiles, tal vez no se ajuste al concepto básico de conceder exoneración. Según las circunstancias, quizá sea más apropiado imponer condiciones menos restrictivas, por ejemplo, limitar las posibilidades del deudor de formar parte de un consejo de administración. Cuando un régimen de la insolvencia prevea la imposición de condiciones y la exclusión de ciertas deudas de la exoneración, será conveniente que esas condiciones y exclusiones sean mínimas. En la medida de lo posible, y por razones de transparencia y previsibilidad, convendría enunciar en el régimen de la insolvencia los tipos de deudas que no podrán ser objeto de exoneración.

663. Algunos regímenes de la insolvencia prevén también que podrá suspenderse la exoneración cuando se haya concedido al principio del procedimiento y, por ejemplo, el deudor incumple una obligación, o que podrá revocarse, por ejemplo, cuando la exoneración se haya obtenido mediante fraude, cuando el deudor haya retenido fraudulentamente información sobre bienes que debían formar parte de la masa de la insolvencia, o cuando haya incumplido órdenes del tribunal.

664. Una cuestión que debe tenerse en cuenta al regular la posibilidad de exonerar de sus deudas a personas que se dediquen a una actividad mercantil es el solapamiento entre el endeudamiento comercial y el endeudamiento del consumidor. Varios países, conscientes de que la insolvencia de las personas físicas se regula de diferentes modos (en algunos países, no puede declararse en quiebra a personas físicas, mientras que en otros se exige que la persona haya actuado en calidad de “comerciante”) y de que muchos países no disponen de un régimen sólido que regule la insolvencia del consumidor, han adoptado regímenes de la insolvencia que procuran distinguir entre los deudores que son simplemente consumidores y aquellos cuyas obligaciones se derivan de pequeñas empresas. Puesto que los créditos personales se utilizan frecuentemente para financiar pequeñas empresas, ya sea como capital inicial o como fondo de operaciones, puede ocurrir que no siempre sea posible dividir las deudas en categorías claras. Por esa razón, cuando un

ordenamiento jurídico reconoce tanto las deudas comerciales como las deudas de consumidores, tal vez carezca de sentido adoptar normas que regulen las deudas comerciales de personas físicas que difieran de las reglas aplicables a las deudas de consumidores.

2. Exoneración de deudas y modificación de créditos en procedimientos de reorganización

665. A fin de que el deudor cuya empresa se reorganice tenga las mayores posibilidades de salir adelante, el régimen de la insolvencia puede disponer la exoneración de las deudas o la modificación de los créditos cuando tal exoneración o modificación se haya previsto en el plan de reorganización. Esta posibilidad permite contribuir al objetivo de fomentar la seguridad en el comercio al dar carácter vinculante a la condonación, la cancelación o la modificación de las deudas conforme al plan aprobado. Este principio es particularmente importante para garantizar el cumplimiento del plan por parte de los acreedores que lo rechazaron y de los que no participaron en el proceso de aprobación. Asimismo, permite a otros prestamistas e inversionistas saber con certeza que no tendrán que hacer frente a una liquidación imprevista ni a créditos ocultos o no declarados. De este modo, la exoneración garantiza de manera inequívoca que en el plan se han tenido totalmente en cuenta los derechos de los acreedores.

666. La exoneración concedida en un procedimiento de reorganización podría surtir efecto a partir del momento en que el plan adquiriera eficacia jurídica conforme al régimen de la insolvencia o a partir del momento en que concluyera totalmente su ejecución. En caso de que el plan no se ejecutara en su totalidad o de que fracasara su ejecución, muchos regímenes de la insolvencia disponen que se anule la exoneración.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre la exoneración del deudor tienen por objeto:

- a) permitir que un deudor que sea una persona física quede definitivamente exonerado del pago de sus deudas anteriores a la apertura del procedimiento, dándole así la oportunidad de comenzar de nuevo;
- b) determinar las circunstancias en que podrá concederse la exoneración y las condiciones de su concesión.

Contenido de las disposiciones legales

Exoneración del deudor en procedimientos de liquidación

184) Cuando una persona física pueda acogerse al régimen de la insolvencia en calidad de deudor, convendría regular la cuestión de la exoneración del deudor de su responsabilidad por las deudas contraídas antes de la apertura del procedimiento. El régimen de la insolvencia podrá disponer que la exoneración no se concederá hasta la expiración de un plazo concreto, contado a partir de la fecha de apertura del procedimiento, durante el cual el deudor deberá cooperar con el representante de la insolvencia. Al expirar el plazo, el deudor podrá quedar exonerado si no ha actuado

fraudulentamente y si ha cooperado con el representante de la insolvencia en el cumplimiento de las obligaciones que le imponga el régimen de la insolvencia. El régimen podrá prever la revocación de toda exoneración obtenida por medios fraudulentos.

185) Cuando el régimen de la insolvencia excluya ciertas deudas de la exoneración, convendrá reducir al mínimo las deudas excluidas, a fin de que el deudor pueda reemprender su negocio sobre una base firme, y enunciar tales exclusiones en el régimen de la insolvencia. Cuando el régimen imponga condiciones para conceder exoneraciones, convendrá reducir al mínimo esas condiciones a fin de que el deudor pueda reemprender su negocio sobre una base firme.

B. Conclusión del procedimiento

667. Los regímenes de la insolvencia regulan de distinta manera la forma de concluir o clausurar un procedimiento, los requisitos de clausura y los trámites correspondientes.

1. Liquidación

668. Diversos regímenes de la insolvencia adoptan un criterio en virtud del cual se exige generalmente que, una vez que los bienes se hayan convertido en efectivo y se haya procedido a la distribución, el representante de la insolvencia convoque una reunión de acreedores en la que presente el balance final de las cuentas. Si los acreedores aceptan ese balance, lo único que exigen algunos regímenes (cuando el deudor sea una persona jurídica) es que se presenten las cuentas definitivas y un informe de la última reunión al órgano administrativo competente para la inscripción registral de las personas jurídicas, tras lo cual se disolverá la empresa del deudor, mientras que otros regímenes exigen la presentación de una solicitud formal ante el tribunal para obtener una orden judicial de disolución. Este criterio general se aplica con ligeras diferencias entre los trámites requeridos en función de si el procedimiento de insolvencia se ha iniciado a instancia del deudor o de los acreedores.

2. Reorganización

669. Generalmente, los regímenes de la insolvencia eligen entre dos o tres formas de regular la conclusión de los procedimientos de reorganización. Por ejemplo, se puede dar por concluido el procedimiento cuando se aprueba el plan de reorganización (y, en su caso, cuando lo confirma el tribunal) (véase el capítulo IV.A.6); cuando se han cumplido las obligaciones de conformidad con el plan y, en cualquier caso, cuando se ha ejecutado plenamente el plan (independientemente de que para ello se haya requerido o no una orden judicial, a pesar de que algunos regímenes disponen que el tribunal deberá dictar una orden por la que ponga fin a las obligaciones del representante de la insolvencia); y cuando el tribunal ordena que se clausure el procedimiento por considerar que se ha recurrido indebidamente al régimen de la insolvencia o que el deudor no cumplía los requisitos de apertura cuando se abrió el procedimiento. También puede darse por concluido el procedimiento cuando se cumpla lo que a tal efecto disponga el plan o cualquier otro acuerdo contractual con los acreedores. Cuando el plan de reorganización no se

haya ejecutado en su totalidad, el régimen de la insolvencia puede prever que el tribunal dicte una orden por la que el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación, a fin de evitar que el deudor quede en situación de insolvencia sin que se resuelva su situación financiera. Cada régimen determinará si este paso constituye o no la conclusión formal del procedimiento de reorganización y el inicio de un procedimiento de liquidación. Cuando el régimen prevea que el procedimiento de reorganización concluirá con la aprobación (y, en su caso, con la confirmación judicial) del plan, los derechos y obligaciones previstos en el plan se ejecutarán con arreglo a otras leyes, al margen del régimen de la insolvencia.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas a la conclusión del procedimiento tienen por objeto determinar la forma en que deberá ponerse fin al procedimiento, una vez logrados sus objetivos.

Contenido de las disposiciones legales

Liquidación

186) El régimen de la insolvencia debería disponer que el procedimiento de liquidación quedará clausurado una vez efectuada la distribución final del producto de la liquidación o cuando se resuelva que no es posible realizar ninguna distribución.

Reorganización

187) El régimen de la insolvencia debería disponer que el procedimiento de reorganización quedará clausurado cuando se haya ejecutado plenamente el plan de reorganización o en una fecha anterior que fijará el tribunal.