



Asamblea General

Distr. limitada
17 de febrero de 2021
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
58º período de sesiones
Nueva York (en línea), 3 a 7 de mayo de 2021

Proyecto de texto sobre un régimen de insolvencia simplificado

Nota de la Secretaría

Adición

Índice

	<i>Página</i>
III. Recomendaciones del proyecto de texto sobre un régimen de insolvencia simplificado que no fueron examinadas por el Grupo de Trabajo en su 57º período de sesiones, con los comentarios correspondientes	2



III. Recomendaciones del proyecto de texto sobre un régimen de insolvencia simplificado que no fueron examinadas por el Grupo de Trabajo en su 57º período de sesiones, con los comentarios correspondientes

A. Recomendaciones del proyecto de texto

7. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar las siguientes recomendaciones del proyecto de texto que no tuvo tiempo de examinar en su 57º período de sesiones. Las recomendaciones han sido transcritas del documento de trabajo [A/CN.9/WG.V/WP.170/Rev.1](#) y reenumeradas, y se les han hecho cambios menores, tanto editoriales como estructurales.

M. Exoneración^{1, 2}

Disposiciones generales

Condiciones para la exoneración

84 [65]. Cuando la ley de insolvencia que prevea un régimen simplificado de la insolvencia disponga que podrán imponerse condiciones a la exoneración de la MYPE deudora, esas condiciones deberían reducirse al mínimo y enunciarse claramente en la ley de insolvencia (véase la recomendación 196 de la Guía).

Casos excluidos de la exoneración

85 [66]. Cuando la ley de insolvencia que prevea un régimen de insolvencia simplificado disponga que determinadas deudas quedarán excluidas de la exoneración, esos casos de exclusión deberían ser mínimos y establecerse claramente en la ley de insolvencia (véase la recomendación 195 de la Guía).

Criterios para denegar la exoneración o revocar la exoneración otorgada

86 [67]. La ley de insolvencia que prevea un régimen de insolvencia simplificado debería establecer los criterios para denegar la exoneración y para revocar la exoneración otorgada, que deberían ser mínimos. En particular, la ley de insolvencia debería establecer que se revocará toda exoneración obtenida por medios fraudulentos (véase la recomendación 194 de la Guía).

Exoneración [parcial][gradual][limitada][postergada]³

Opción 1 [como en A/CN.9/WG.V/WP.170]

Exoneración parcial

87 [68]. La ley de insolvencia puede prever que se conceda una exoneración parcial en el procedimiento de insolvencia simplificado permitiendo la exoneración de

¹ El término se encuentra definido en el apartado m) del glosario que figura en la introducción a la *Guía* como “la liberación del deudor de créditos que hayan sido o puedan ser presentados en el procedimiento de insolvencia”.

² En su 57º período de sesiones, el Grupo de Trabajo postergó el examen de la sugerencia de que en el texto se tratara no solo la exoneración de los empresarios individuales, sino también la de las MYPE que fueran entidades jurídicas (véase [A/CN.9/1046](#), párr. 98). El Grupo de Trabajo tal vez desee observar al respecto que, excepto en el caso de la recomendación 90 [71], que se refiere a los empresarios individuales, todas las demás recomendaciones que figuran en la presente sección se refieren al deudor o a la MYPE deudora. En el proyecto de glosario se explica que el término incluye a todos los tipos de MYPE, no solo a los “empresarios individuales” (véase el párr. 25 del comentario que figura en la sección II.B de [A/CN.9/WG.V/WP.172](#)).

³ Durante las consultas officiosas celebradas en septiembre de 2002, se expresaron inquietudes sobre el concepto de “exoneración parcial” y sobre el hecho de que se hiciera referencia a los créditos litigiosos en ese contexto. Se observó que, si bien podría surgir la necesidad de otorgar una exoneración gradual en algunos casos, esa posibilidad podría mencionarse en el comentario (por ejemplo, haciendo una referencia a la recomendación 85 [66] (deudas

los créditos no litigiosos solamente y remitiendo los créditos litigiosos a procedimientos separados.

Opción 2

Exoneración [gradual] [limitada] [postergada]

87 [68]. La ley de insolvencia que prevea un régimen de insolvencia simplificado puede contemplar la posibilidad de que se otorgue una exoneración parcial postergando la exoneración de los créditos que hubieran sido excluidos de la exoneración de conformidad con la recomendación [85] hasta que las objeciones a la exoneración de esos créditos que se presenten oportunamente se resuelvan en procedimientos separados.

Opción 3

Eliminar la recomendación 87 [68].

Exoneración en el procedimiento de liquidación simplificado

Decisión sobre la exoneración

88 [69]. La ley de insolvencia que prevea un régimen de insolvencia simplificado debería establecer que, en un procedimiento de liquidación simplificado, la exoneración debería surtir efectos cuando lo decida la autoridad competente, una vez que se haya distribuido el producto o se haya decidido que no podrá haber distribución.

Exoneración sujeta al vencimiento del plazo de supervisión

89 [70]. En los casos en que la ley de insolvencia disponga que la exoneración no podrá otorgarse hasta que venza un plazo determinado contado a partir de la apertura del procedimiento de insolvencia y durante el cual se espera que el deudor coopere con la autoridad competente (“plazo de supervisión”), la ley de insolvencia que prevea un régimen de insolvencia simplificado debería:

- a) fijar la duración máxima del plazo de supervisión, que debería ser breve;
- b) permitir a la autoridad competente fijar una duración menor del plazo de supervisión, según el caso;
- c) establecer que, una vez vencido el plazo de supervisión, el deudor deberá ser exonerado por decisión de la autoridad competente si no ha actuado fraudulentamente y ha cooperado con esa autoridad en el cumplimiento de las obligaciones que le incumban en virtud de la ley de insolvencia (véase la recomendación 194 de la Guía).

Exoneración condicional que dependerá de la ejecución de un plan de pago de la deuda

90 [71]. La ley de insolvencia que prevea un régimen de insolvencia simplificado puede disponer que la exoneración total del deudor quedará sujeta a la condición de que se ejecute un plan de pago de la deuda. En ese caso, debería [permitirse a la autoridad competente establecer la duración del plan de pago de la deuda (“plazo para la exoneración”) y]⁴ establecerse que el procedimiento de exoneración incluirá la verificación de los siguientes supuestos por la autoridad competente:

- a) antes de que el plan de pago entre en vigor, que las obligaciones de pago de la deuda estén basadas en la situación del empresario individual y sean proporcionales

excluidas de la exoneración) y a diferentes categorías de deudas (deudas de la empresa en vez de deudas particulares)). Las opciones 2 y 3 se incluyeron como consecuencia de las opiniones expresadas y las sugerencias formuladas durante las consultas oficiosas celebradas en septiembre de 2020.

⁴ Las palabras que figuran entre corchetes fueron añadidas por la Secretaría para tratar la cuestión de la duración del plazo y de la autoridad que debería estar facultada para fijar su duración en cada caso. El Grupo de Trabajo podría evaluar si debería conservarse ese texto añadido y, en caso afirmativo, si debería ampliárselo haciéndose referencia en él a la duración máxima posible del plazo para la exoneración que habría de establecerse en la ley, como ocurre con el plazo de supervisión al que se refiere la recomendación 89 [70] *supra*.

a sus ingresos y bienes disponibles durante el plazo para la exoneración, y que se tenga en cuenta que el interés de los acreedores debe ser equitativo; y

b) una vez vencido el plazo para la exoneración, que el empresario individual haya cumplido sus obligaciones según el plan de pago de la deuda, en cuyo caso el empresario individual será exonerado cuando la autoridad competente confirme que el deudor ha cumplido con el plan de pago de la deuda.

Exoneración en el procedimiento de reorganización simplificado

91 [72]. La ley de insolvencia que prevea un régimen de insolvencia simplificado [debería] [puede] establecer que la exoneración total en la reorganización simplificada dependerá de que se ejecute con éxito el plan de reorganización y que surtirá efectos inmediatos al confirmar la autoridad competente esa ejecución.

N. Clausura del procedimiento

92 [73]. La ley de insolvencia que prevea un régimen de insolvencia simplificado debería establecer un procedimiento breve y sencillo para clausurar el procedimiento de insolvencia simplificado (*véanse las recomendaciones 197 y 198 de la Guía*).

O. Tratamiento de las garantías otorgadas a título personal. Consolidación y coordinación de los procedimientos

Tratamiento de las garantías otorgadas a título personal

93 [74]. El régimen de insolvencia simplificado debería prever, incluso mediante la consolidación o la coordinación de los procedimientos conexos, el tratamiento de las garantías otorgadas a título personal por el empresario individual, los propietarios de MYPE de responsabilidad limitada o sus familiares, para responder a las necesidades comerciales de la MYPE deudora.

Consolidación o coordinación de los procedimientos conexos de insolvencia de empresas, insolvencia de consumidor e insolvencia personal

Mandamientos de consolidación y coordinación de los procedimientos

94 [75]. La ley de insolvencia puede establecer la obligación de que se coordinen o consoliden los procedimientos conexos de insolvencia de empresas, de insolvencia de consumidor y de insolvencia personal a fin de abordar de manera integral las deudas entremezcladas empresariales, personales y de consumidor que tengan los empresarios individuales, los propietarios de MYPE de responsabilidad limitada y sus familiares. La ley puede disponer que, en esos casos, la autoridad competente u otro órgano competente del Estado, según proceda, ordene la consolidación o coordinación de los procedimientos conexos de oficio o a instancia de cualquier parte interesada, lo que puede realizarse cuando se presente la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia o en cualquier momento posterior.

Modificación o revocación de un mandamiento de consolidación o coordinación de los procedimientos

95 [76]. La ley de insolvencia debería establecer que podrá modificarse o revocarse el mandamiento por el que se ordene consolidar o coordinar los procedimientos, siempre y cuando ninguna medida o decisión ya adoptada a raíz de dicho mandamiento se vea afectada por esa modificación o revocación. Cuando la consolidación o coordinación de los procedimientos haya sido ordenada por más de un órgano del Estado, esos órganos del Estado pueden adoptar medidas apropiadas para coordinar la modificación o revocación del mandamiento por el que se ordene la consolidación o coordinación de los procedimientos.

Notificación de la consolidación y coordinación de los procedimientos

96 [77]. La ley de insolvencia debería establecer los requisitos que deben cumplirse para notificar las solicitudes de consolidación o coordinación de los procedimientos y los mandamientos que ordenen esa consolidación o coordinación, así como la

modificación o revocación de esa consolidación o coordinación, precisando en particular el alcance de cada mandamiento las partes a quienes deberá notificarse, la parte que deberá cursar la notificación y el contenido de esta última.

P. Conversión⁵

Condiciones para la conversión

97 [78]. La ley de insolvencia debería prever la posibilidad de que se conviertan los procedimientos de un tipo en otro en las circunstancias apropiadas y con sujeción a que se cumplan las condiciones de admisibilidad para el procedimiento de que se trate, entre otros requisitos.

Procedimiento para la conversión

98 [79]. La ley de insolvencia debería prever el procedimiento que deberá seguirse para la conversión, en particular la notificación de la conversión a todas las partes interesadas conocidas y los mecanismos para atender a las objeciones que se formulen a esa línea de acción.

Efecto de la conversión en la financiación posterior a la apertura del procedimiento

99 [80]. La ley de insolvencia debería establecer que, cuando un procedimiento de reorganización simplificado se convierta en uno de liquidación, toda prelación concedida a los créditos correspondientes a la financiación posterior a la apertura del procedimiento de reorganización simplificado deberá seguir reconociéndose en la liquidación simplificada (*véase la recomendación 68 de la Guía*).

Otros efectos de la conversión

100 [81]. La ley de insolvencia debería regular otros efectos de la conversión, en particular el vencimiento de los plazos para actuar, la paralización del procedimiento y demás medidas que se hayan adoptado en el procedimiento que se desea convertir (*véase la recomendación 140 de la Guía*).

Q. Salvaguardias y sanciones adecuadas

101 [82]. La ley de insolvencia que prevea un régimen de insolvencia simplificado debería establecer salvaguardias adecuadas para prevenir el uso abusivo o indebido del régimen de insolvencia simplificado y permitir la imposición de sanciones por ese uso abusivo o indebido, por no cumplirse con las obligaciones previstas en la ley de insolvencia y por transgredirse otras disposiciones de la ley de insolvencia (*véanse las recomendaciones 20, 28 y 114 de la Guía*).

R. Aspectos [anteriores a la insolvencia] [relativos a la prevención de la insolvencia]⁶

Obligaciones de las [MYPE] [personas que ejerzan control de la gestión y la supervisión de las operaciones de la MYPE]⁷ en el período cercano a la insolvencia de la MYPE

102 [83]. En la ley relativa a la insolvencia⁸ debería especificarse que, desde el momento en que [los empresarios individuales y los propietarios y administradores de

⁵ El Grupo de Trabajo tal vez podría considerar si debería ampliarse esta sección añadiendo otras recomendaciones, por ejemplo, la recomendación 83 que trata de la conversión de un procedimiento de reorganización simplificado en un procedimiento de liquidación (véase la sección L de las recomendaciones que figuran en la sección II.A de [A/CN.9/WG.V/WP.172](#)).

⁶ El Grupo de Trabajo tal vez desee analizar cuál de los dos títulos alternativos para la sección transmite mejor el alcance que quiere darse a sus disposiciones.

⁷ El texto que figura en el segundo par de corchetes fue incluido por la Secretaría en respuesta a las inquietudes expresadas por escrito durante las consultas oficiosas celebradas en mayo y septiembre de 2020 acerca de las personas a las que se aplicarían las disposiciones.

⁸ La expresión “el régimen de la insolvencia” que figuraba en esta disposición en el documento [A/CN.9/WG.V/WP.170](#) se cambió por “la ley relativa a la insolvencia” para armonizar el lenguaje con el de la *Guía*.

otros tipos de MYPE (así como cualquier otra persona que ejerza el control de hecho de la empresa)] [personas que ejerzan el control de la gestión y la supervisión de las operaciones de las MYPE]⁹ supieran, o debieran razonablemente haber sabido, que la insolvencia era inminente o inevitable, estarán obligados a tener debidamente en cuenta los intereses de los acreedores y otras partes interesadas [como los accionistas]¹⁰ y a adoptar medidas razonables [cuando comenzaran sus dificultades financieras]¹¹ para evitar la insolvencia y, cuando esta no pueda evitarse, reducir al mínimo su alcance. Esas medidas razonables podrían ser, entre otras, las siguientes¹²:

- a) evaluar la situación financiera de la empresa en ese momento;
- b) solicitar asesoramiento profesional cuando proceda¹³;
- c) no permitir que la empresa se comprometa con operaciones que podrían ser anuladas a menos que ello se justifique debidamente desde el punto de vista empresarial;
- d) proteger los bienes para que se obtenga el máximo valor y evitar la pérdida de bienes fundamentales;
- e) asegurar que las prácticas de gestión tengan en cuenta los intereses de los acreedores y otras partes interesadas [como los accionistas];
- f) considerar la posibilidad de celebrar negociaciones officiosas de reestructuración de la deuda con los acreedores; y

⁹ Se expresaron distintas opiniones durante las consultas officiosas celebradas en mayo de 2020 sobre quién quedaría comprendido en estas disposiciones. Posteriormente, la Secretaría recibió una comunicación por escrito de la International Bar Association en que esta expresaba inquietud por que se hiciera referencia a los “propietarios” en la disposición, dado que los propietarios no siempre tendrían control de los negocios de la MYPE. La misma opinión fue reiterada durante las consultas officiosas celebradas en septiembre de 2020 en relación con la cuarta parte de la *Guía*, en que no se utiliza ese término, sino que más bien se hace referencia a las personas que ejercen el control de la empresa (incluidos los directores ocultos). Tal vez el Grupo de Trabajo podría examinar el texto alternativo que figura en el segundo par de corchetes incluido por la Secretaría en respuesta a esas inquietudes.

¹⁰ Las palabras que figuran entre corchetes fueron añadidas aquí y en el apartado e) por la Secretaría como consecuencia de la sugerencia formulada durante las consultas officiosas celebradas en septiembre de 2020. El Grupo de Trabajo tal vez podría considerar si sería más apropiado utilizar otro término (por ejemplo, “titulares de capital social”) en el contexto de las MYPE.

¹¹ Las palabras que figuran entre corchetes fueron añadidas por la Secretaría como consecuencia de la sugerencia formulada durante las consultas officiosas celebradas en mayo de 2020 para destacar en la disposición que se esperaba que las medidas enumeradas se adoptaran cuando comenzaran sus dificultades financieras. Esta modificación, de aceptarse, tal vez afecte al alcance de la recomendación (en el título de la recomendación se hace referencia al período cercano a la insolvencia y en la parte precedente de la recomendación a una insolvencia inminente o inevitable).

¹² Como consecuencia de la sugerencia formulada durante las consultas officiosas celebradas en mayo y septiembre de 2020, se modificó el orden en que figuraban las medidas razonables en los apartados a) a g).

¹³ Durante las consultas officiosas celebradas en septiembre de 2020, se sugirió que se añadiera en el comentario una referencia a los servicios de un “profesional independiente” que podría ponerse a disposición de las MYPE cuando comenzaran sus dificultades financieras. Asimismo, se preguntó cómo haría la autoridad competente, sobre todo si fuera un órgano judicial, para solicitar los servicios de un profesional independiente sin abrir el procedimiento primero. El Grupo de Trabajo tal vez podría expresar su opinión acerca de esa cuestión y examinar, a la luz de estas consideraciones, el párr. 48 del comentario que figura en la sección II. B de [A/CN.9/WG.V/WP.172](#).

g) solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia, cuando sea necesario o apropiado hacerlo¹⁴.

(Véanse las recomendaciones 255 y 256 de la Guía)¹⁵.

Mecanismos de rescate temprano

103 [84]. Como forma de alentar el rescate temprano de las MYPE, el Estado debería considerar la posibilidad de establecer mecanismos para proporcionar señales de alerta temprana a las MYPE que se encontraran en dificultades financieras, aumentar los conocimientos empresariales y financieros de los administradores y propietarios de las MYPE en relación con la gestión [y promover su acceso a asesoramiento profesional. Debería ser fácil para las MYPE conocer la existencia de esos mecanismos]¹⁶.

Negociaciones oficiosas de reestructuración de la deuda

Eliminar las medidas que pudieran disuadir de recurrir a negociaciones de reestructuración oficiosa de la deuda

104 [85]. A fin de prevenir la insolvencia de las MYPE, el Estado podría considerar la posibilidad de determinar cuáles son las medidas legislativas y de otro tipo que podrían disuadir de recurrir a negociaciones de reestructuración oficiosa de la deuda y eliminarlas.

Incentivar la participación en las negociaciones oficiosas de reestructuración de la deuda

105 [86]. El Estado podría considerar la posibilidad de establecer medidas adecuadas en la legislación para incentivar la participación de los acreedores, incluidos los órganos públicos¹⁷ [y otras partes interesadas pertinentes, como los empleados]¹⁸, en las negociaciones oficiosas de reestructuración de la deuda.

¹⁴ Se expresaron distintas opiniones durante las consultas oficiosas celebradas en mayo de 2020 acerca de la conveniencia de mantener esta recomendación. Una opinión fue que en el texto se reproducía la recomendación 256 de la Guía. Otra opinión fue que debería conservarse el texto porque simplificaba considerablemente esa recomendación al adaptarla al contexto de las MYPE. Durante las consultas oficiosas celebradas en septiembre de 2020, se reiteraron esas diferentes opiniones. Además, se observó que las obligaciones de los directores de la MYPE de responsabilidad limitada en el período cercano a la insolvencia ya se abordaban en la cuarta parte de la Guía. En cuanto a las obligaciones de los empresarios individuales en el período cercano a la insolvencia, se observó que se preverían en el derecho interno en el contexto de las obligaciones de los deudores hacia los acreedores. Además, se observó que las disposiciones sobre la exoneración que figuraban en el texto preveían consecuencias para los empresarios individuales que actuaran de mala fe.

¹⁵ Durante las consultas oficiosas celebradas en mayo y septiembre de 2020, se expresaron inquietudes respecto de que esta recomendación no se encontrara acompañada por ninguna disposición en que se previera la responsabilidad de las personas en cuestión por no haber adoptado las medidas enumeradas en esa recomendación. Se recordó que el Grupo de Trabajo ya había examinado esa cuestión (A/CN.9/1006, párr. 88). Se sugirió que en el comentario se podría explicar que esta recomendación establece la norma de conducta que se espera que observen las personas que controlen la gestión y supervisen las operaciones de la MYPE para evitar que esta caiga en insolvencia; la consecuencia de no adherirse a esa norma sería la imposición de responsabilidad personal a esas personas. A la luz de estas consideraciones, el Grupo de Trabajo podría examinar el párr. 365 del comentario que figura más abajo.

¹⁶ Las palabras que figuran entre corchetes fueron añadidas por la Secretaría como consecuencia de la sugerencia formulada durante las consultas oficiosas celebradas en mayo de 2020.

¹⁷ Durante las consultas oficiosas celebradas en mayo de 2020, se prefirió el término “órganos públicos” al término “autoridades públicas” que se utilizaba en A/CN.9/WG.V/WP.170.

¹⁸ Las palabras que figuran entre corchetes fueron añadidas por la Secretaría como consecuencia de la sugerencia formulada durante las consultas oficiosas celebradas en mayo de 2020 y de las inquietudes expresadas de que el texto no trataba la cuestión de los derechos de los empleados.

Apoyo institucional al recurso a negociaciones oficiosas de reestructuración de la deuda

106 [87]. El Estado podría prever:

- a) la intervención de un [órgano estatal competente] [órgano público o privado competente]¹⁹, cuando sea necesario, para facilitar las negociaciones oficiosas de reestructuración de la deuda entre acreedores y deudores y entre acreedores;
- b) un foro neutral para facilitar la negociación y resolución de problemas entre deudores y acreedores y entre acreedores[; y
- c) mecanismos para solventar el costo de los servicios mencionados en los apartados a) y b) que anteceden [en los casos en que la MYPE de que se trate no tenga forma de solventarlos]]²⁰.

Financiación [anterior a la apertura del procedimiento]²¹ destinada al rescate de la empresa

107 [88]. La ley debería:

- a) facilitar y proporcionar incentivos para que las MYPE que se encuentren en dificultades financieras obtengan financiación antes de la apertura del procedimiento de insolvencia a fin de rescatar la empresa y evitar que caiga en la insolvencia;
- b) con sujeción a que se verifique adecuadamente que esa financiación sea apropiada y que se proteja a las partes cuyos derechos puedan haberse visto afectados por esa financiación, asegurar la debida protección de quienes aporten financiación, incluido el pago a esas personas como mínimo antes que a los acreedores quirografarios;
- c) velar por la adecuada protección de las partes cuyos derechos puedan verse afectados por la aportación de esa financiación²².

¹⁹ El texto alternativo que figura en el segundo par de corchetes fue propuesto por la Secretaría en respuesta a las observaciones formuladas durante las consultas oficiosas celebradas en mayo de 2020 de que podrían delegarse las funciones mencionadas a las entidades privadas de conformidad con la ley del Estado de que se trate, y que, por lo tanto, debería mantenerse flexibilidad al no mencionarse solo órganos del Estado en este contexto.

²⁰ El apartado c) fue añadido por la Secretaría como consecuencia de la sugerencia formulada durante las consultas oficiosas celebradas en mayo de 2020 de que la recomendación debería prever también los mecanismos que se utilizarían para solventar los costos de los servicios de asesoramiento en materia de deudas. El Grupo de Trabajo tal vez desee evaluar si el texto “[en los casos en que la MYPE de que se trate no tenga forma de solventarlos]” es necesario. En la recomendación 10 sobre los mecanismos para solventar el costo de administrar procedimientos de insolvencia simplificados se utiliza un lenguaje similar.

²¹ El texto fue añadido por la Secretaría para aclarar que la recomendación se refería a la financiación que se otorgara con anterioridad a la apertura del procedimiento. La financiación posterior a la apertura del procedimiento está prevista en la recomendación 15, en que se hace referencia a las recomendaciones 63 a 68 de la *Guía*, y también en la recomendación 99 *supra*.

²² Se expresaron distintas opiniones durante las consultas oficiosas celebradas en mayo de 2020 respecto de la conveniencia de conservar esta recomendación. En apoyo de la sugerencia de eliminarla, se observó que la disposición no se refería a la financiación posterior a la apertura del procedimiento, sino a la anterior; se explicó que la recomendación podría quizás superponerse a la labor futura del Grupo de Trabajo I sobre el acceso de las MYPE al crédito, pero que de todos modos no planteaba ninguna cuestión que fuera exclusiva del contexto de las MYPE. Durante las consultas oficiosas celebradas en septiembre de 2020, se observó que, si bien deberían crearse incentivos para ofrecer financiación a las MYPE que se encontraran en dificultades financieras, esos incentivos deberían ir acompañados de salvaguardias para evitar que se favoreciera a algunos acreedores en particular.

B. Proyecto de comentario

8. El Grupo de Trabajo tal vez desee analizar el siguiente proyecto de comentario sobre las recomendaciones que figuran en la sección A del presente documento. Este proyecto de comentario es una versión revisada del que figura en el documento de trabajo [A/CN.9/WG.V/WP.170/Rev.1](#):

M. Exoneración [recomendaciones 84 a 91]²³

1. Condiciones para la exoneración [recomendación 84]

312. La exoneración de la deuda podría estar sujeta a varias condiciones y restricciones relacionadas con las actividades profesionales, comerciales y personales del deudor, por ejemplo, emprender un nuevo negocio o mantener el anterior, obtener nuevos créditos, abandonar el país, ejercer una profesión, ocupar cargos públicos o actuar como director o administrador de una empresa. Además, esas condiciones y restricciones podrían entrar en vigor automáticamente o por orden de la autoridad competente. El plazo de vigencia de esas condiciones y restricciones podría depender de la duración del plan de pago de la deuda (al que se hace referencia en el presente texto como “plazo para la exoneración”) y podría prorrogarse. Ese plazo podría ser mayor o incluso indefinido, por ejemplo, en el caso de que el empresario individual ejerciera una profesión a la que se aplicaran normas éticas especiales o la inhabilitación hubiera sido impuesta por un juez como consecuencia de un proceso penal. Para los empresarios individuales que administraran su propia empresa o hubieran caído en la insolvencia por haber ofrecido garantías a título personal, algunas de esas condiciones y restricciones podrían tener graves consecuencias, ya que les impedirían en la práctica participar en empresas futuras. En los casos en que la ley de insolvencia prevea que puedan imponerse condiciones para la exoneración, en el presente [texto] se recomienda que esas condiciones se reduzcan al mínimo para facilitar un nuevo comienzo. También se recomienda que esas condiciones se especifiquen claramente en la ley de insolvencia.

2. Casos excluidos de la exoneración [recomendación 85]

313. Algunos tipos de deuda, como las que derivan de ilícitos civiles, la obligación del pago de pensiones alimentarias a familiares, el fraude, las sanciones penales y los impuestos, se encuentran generalmente excluidos de la exoneración. En el presente [texto] se recomienda que, en los casos en que la ley de insolvencia prevea que algunas deudas queden excluidas de la exoneración, se las especifique claramente en la ley de insolvencia y que su número sea mínimo para facilitar un nuevo comienzo.

314. Es habitual que la exoneración afecte exclusivamente a las deudas contraídas antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia formal. Una vez concedida la exoneración, los créditos que no se hubieran pagado no serían exigibles. No obstante, se podría restablecer la exigibilidad de esos créditos mediante la suscripción de acuerdos de ratificación de la deuda (en inglés llamados “*debt reaffirmation*”, “*debt reinstatement*” o “*ride-through*”). En ese tipo de acuerdos, el deudor reafirma su obligación de pagar una deuda de la que normalmente habría quedado exonerado a cambio de conservar un bien (un automóvil o un espacio de

²³ Tal vez sea necesario seguir examinando esta sección a la luz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre las recomendaciones en que se trata de la exoneración. En particular, no se incluye un comentario sobre la recomendación relativa a la exoneración [parcial][gradual][limitada][postergada] a la espera de que el Grupo de Trabajo emita su opinión sobre si es conveniente incluir esa recomendación y, en caso de que opine que sí lo es, cuál será su contenido. Además, en su 57º período de sesiones, el Grupo de Trabajo difirió la consideración de la sugerencia de que el texto previera la exoneración no solo de los empresarios individuales, sino también de las MYPE que fueran entidades jurídicas (véase [A/CN.9/1046](#), párr. 98).

oficina) o de obtener nueva financiación tras la insolvencia. Esa reafirmación podría manifestarse mediante su conducta (por ejemplo, si el deudor siguiera pagando las deudas de las que hubiera sido exonerado) o mediante un acuerdo expreso celebrado antes, durante o después del procedimiento de insolvencia.

315. En algunas jurisdicciones, no se podría exigir el cumplimiento de esos arreglos, porque ello iría en contra del principio del nuevo comienzo y los objetivos de equidad y previsibilidad, dado que el deudor podría pagar de manera selectiva a uno o varios acreedores, pero no a todos ellos. En otras jurisdicciones, solo se podría exigir el cumplimiento de esos arreglos bajo determinadas condiciones (por ejemplo, los acuerdos de reafirmación de la deuda tendrían que celebrarse antes de la exoneración, referirse a un crédito garantizado y darse a conocer durante el procedimiento de insolvencia y el pago de la deuda no debería generar dificultades injustificadas para el deudor y las personas a su cargo).

3. Criterios para denegar la exoneración otorgada [recomendación 86]

316. Por regla general, no se exoneraría al empresario individual que, tras la solicitud de apertura del procedimiento, hubiera actuado fraudulentamente, participado en actividades delictivas, retenido activamente u ocultado información, u ocultado o destruido bienes o documentos. La exoneración, de concederse, se revocaría en general con carácter retroactivo en el momento en que se descubrieran esos hechos. En el presente [texto] se recomienda establecer los criterios que se adoptarían en la ley de insolvencia para denegar la exoneración y los criterios para revocar la exoneración otorgada. También se recomienda que esos criterios se reduzcan al mínimo, pero se destaca que la exoneración otorgada debería revocarse si se obtuviera de forma fraudulenta.

[No se formulan comentarios sobre la recomendación 87 en la presente etapa a la espera de que el Grupo de Trabajo emita su opinión sobre si deberá conservarse o no la recomendación y, en caso afirmativo, con qué contenido.]

4. Exoneración en el procedimiento de liquidación simplificado [recomendaciones 88 a 90]

317. [Si la MYPE deudora es una entidad jurídica independiente, no se plantea la cuestión de la exoneración tras la liquidación; en general, la ley prevé la desaparición de la empresa como entidad jurídica o, como alternativa, deja que subsista, aunque ya no sea más que una estructura sin bienes]²⁴. En el caso de las MYPE de responsabilidad limitada, los titulares de capital social no serán responsables por los créditos restantes a menos que también hayan ofrecido garantías a título personal para el pago de las deudas de la empresa, en cuyo caso podría concedérseles un tratamiento especial (véanse las recomendaciones y los comentarios correspondientes en la sección [O]). En el caso de la insolvencia del empresario individual y de las MYPE de responsabilidad ilimitada, se plantea la cuestión de si el empresario individual seguirá siendo personalmente responsable por los créditos que no hayan sido pagados una vez liquidada la masa de la insolvencia del deudor.

318. En algunas jurisdicciones, el empresario individual seguirá siendo personalmente responsable por las deudas hasta que se paguen todas ellas en su totalidad. En otras, seguirá siendo responsable por las deudas durante un determinado plazo (al que se hace referencia en el presente texto como “plazo para la exoneración”) durante el cual se espera que el empresario haga un esfuerzo de buena fe por pagarlas. Quizás la exoneración sea posible solo una vez que se haya ejecutado plenamente el plan de pago de la deuda, a menos que existan motivos

²⁴ Tal vez sea necesario reconsiderar esta afirmación a la luz de las sugerencias formuladas en el 57º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/1046, párr. 98) para explicar en el comentario que, si bien la exoneración está prevista principalmente para las personas físicas, también puede otorgarse a entidades de responsabilidad limitada e ilimitada en algunos ordenamientos jurídicos nacionales.

aceptables que justifiquen el incumplimiento del plan. El plazo para el pago de la deuda puede variar de una jurisdicción a otra y dentro de una misma jurisdicción, según las circunstancias. En algunos regímenes ese plazo podría ser largo (por ejemplo, de diez años). La nueva tendencia consiste en abreviar ese plazo con el objetivo de acelerar un nuevo comienzo²⁵. Otro criterio es proporcionar incentivos al empresario individual para que cumpla el plan de pago de la deuda, haciendo depender el plazo para su exoneración de la tasa de pago a los acreedores y de su cumplimiento de otras obligaciones. Asimismo, tal vez sea necesario establecer en el plan de pago de la deuda un método previsible y sistemático para evaluar los ingresos de los que se podría disponer, a efectos de dejar suficientes ingresos para cubrir las necesidades domésticas de los empresarios individuales y de su familia.

319. Reconociéndose que existen diferentes criterios respecto de la exoneración en distintas jurisdicciones y que la exoneración incondicional (por ejemplo, sin que hubiera un plan de pago de la deuda o sin que se prohibiera obtener un nuevo crédito durante un plazo determinado (por ejemplo, entre seis meses y un año)) podría tener consecuencias perniciosas en la disciplina financiera y acarrear el incumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas, en el presente [texto] se contemplan varias opciones para la exoneración. La autoridad competente podría estar facultada para escoger la más apropiada en función de las circunstancias del caso y los requisitos impuestos por el derecho interno.

320. En el presente [texto] se recomienda que la exoneración surta efectos cuando lo decida la autoridad competente tras la distribución en la liquidación o se determine que no podrá haber distribución a los acreedores. El plazo de supervisión puede aplicarse en ambos casos para asegurar la supervisión por la autoridad competente o de un profesional independiente del deudor, sus bienes y sus ingresos antes de que se otorgue la exoneración. En el presente [texto] se recomienda que ese plazo de supervisión sea breve y que su duración sea determinada por la autoridad competente en cada caso hasta el máximo establecido por la ley. La exoneración operará al vencimiento del plazo de supervisión fijado por la autoridad competente siempre que el deudor haya cooperado y no se hubiera cometido fraude. En los casos en que la exoneración dependa de la ejecución del plan de pago de la deuda, en el presente [texto] se recomienda adoptar salvaguardias para proteger los intereses tanto del deudor como de los acreedores, en particular que: a) las obligaciones de pago de la deuda no resulten onerosas para el deudor; y b) no se otorgue la exoneración hasta tanto la autoridad competente verifique y confirme que se ha cumplido el plan de pago de la deuda.

5. Exoneración en el procedimiento de reorganización simplificado [recomendación 91]

321. En el presente [texto] se recomienda que el procedimiento de reorganización simplificado siga abierto hasta que el deudor haya ejecutado íntegramente el plan de reorganización (véase la recomendación [80]), tras lo cual se concedería la exoneración. Se ha considerado que este criterio alienta al deudor a cumplir el plan y protege a los acreedores. Una vez confirmada la ejecución íntegra del plan de reorganización, la autoridad competente daría carácter vinculante a la condonación, la cancelación o la modificación de las deudas conforme al plan aprobado. Cuando el plan de reorganización no se hubiera ejecutado en su totalidad, no pudiera ejecutarse o la MYPE deudora hubiera incumplido sustancialmente sus condiciones, la ley de insolvencia podría prever la modificación del plan o la conversión del procedimiento de reorganización simplificado en otro de liquidación (véanse las recomendaciones [79, 82 y 83] y los comentarios correspondientes), de modo que las condiciones para la exoneración se analizarán en ese nuevo procedimiento. [El plan de reorganización aprobado y confirmado modifica la suma adeudada por el deudor a los acreedores

²⁵ Tal vez sea necesario ampliar esta sección a la luz de las cuestiones planteadas en la nota 4 *supra*, respecto de esta recomendación.

con la consecuencia de que, si el deudor incumple el plan aprobado y confirmado y el procedimiento puede convertirse en uno de liquidación, la suma adeudada por el deudor a los acreedores se determina con arreglo al plan, y no en función de la suma adeudada originalmente a los acreedores, a menos que el acreedor y el deudor hayan convenido lo contrario por contrato]²⁶.

N. Clausura del procedimiento [recomendación 92]

322. En el presente [texto] se recomienda que el procedimiento de clausura del procedimiento de insolvencia simplificado sea breve y sencillo. En un régimen de insolvencia simplificado quizás tengan que eliminarse o simplificarse algunos requisitos aplicables a la clausura de los procedimientos ordinarios de insolvencia de empresas. En particular, la celebración de una audiencia para presentar el cálculo final de las cuentas sobre la venta de los bienes y la distribución del producto o la ejecución de un plan de reorganización pueden reemplazarse por registros escritos para que la autoridad competente dicte la resolución que ordene la clausura de un procedimiento de insolvencia simplificado.

323. En el procedimiento de liquidación simplificado, la parte encargada de la venta de los bienes y la distribución del producto (cuando no fuera la autoridad competente) podría tener la obligación de presentar a esa autoridad el cálculo definitivo de las cuentas sobre la venta de los bienes y la distribución del producto obtenido con ella. La autoridad competente podría comunicar esa información a las partes conocidas interesadas por medios electrónicos cuando fuera posible. A condición de que no se formule ninguna objeción ni se manifieste oposición, tal vez sea necesario que la autoridad competente presente las cuentas definitivas y un informe del procedimiento de liquidación simplificado ante el órgano encargado de la inscripción de entidades mercantiles de modo que ese órgano pueda hacer las anotaciones necesarias en los registros del Estado. Algunas leyes, sin embargo, podrían exigir que se presentara una solicitud formal ante ese órgano para que pudiera dictarse una resolución que ordenara la disolución de una entidad jurídica.

324. A diferencia de los regímenes de insolvencia en que se prevé la clausura del procedimiento de reorganización cuando se aprueba y confirma el plan de reorganización y la reapertura de ese procedimiento si el deudor no ejecuta el plan, en el presente [texto] se prevé que el procedimiento de reorganización simplificado siga abierto hasta que la autoridad competente lo clausure, una vez que se confirme que el plan ha sido ejecutado (véase la recomendación [80]). También se prevé la posibilidad de que la autoridad competente o un profesional independiente supervise la ejecución del plan (véase la recomendación [81]). La clausura del procedimiento de reorganización simplificado debería tener en cuenta los mecanismos establecidos para la supervisión del plan, si los hubiera.

325. Podría permitirse la clausura automática del procedimiento de reorganización simplificado por orden de la autoridad competente si esta última supervisara la ejecución del plan y comprobara que el plan ha sido ejecutado en su totalidad. Para que el procedimiento sea transparente y quede concluido, la autoridad competente debería estar obligada a notificar a todas las partes interesadas conocidas la resolución por la que ordena la clausura del procedimiento y las medidas adoptadas por la autoridad competente para comprobar que el plan se ejecutó en su totalidad. En los casos en que la ejecución

²⁶ Durante las consultas officiosas celebradas en septiembre de 2020 se sugirió que se explicara en el comentario que, si el plan hubiera sido aprobado, pero el deudor lo hubiera incumplido, el incumplimiento se determinaría en función del monto de la deuda aprobado que debiera pagarse con arreglo al plan y no en función de la deuda original adeudada al abrirse el procedimiento de insolvencia simplificado. La misma cuestión puede resultar pertinente en otros contextos, como cuando se tratan los efectos de la conversión. El Grupo de Trabajo tal vez desee expresar su posición respecto de esta sugerencia.

del plan fuera supervisada por un profesional independiente, la presentación por este de un informe definitivo en que se confirmara que el plan se ha ejecutado íntegramente constituiría un requisito para que la autoridad competente adoptara medidas para clausurar el procedimiento de reorganización. En algunas jurisdicciones, la reorganización concluye formalmente solo cuando se realiza una anotación en los registros del Estado en relación con el deudor.

326. De fracasar la reorganización, debería poder clausurarse automáticamente el procedimiento de reorganización simplificado por orden de la autoridad competente respecto de un deudor solvente. En los casos en que la reorganización haya fracasado respecto de un deudor insolvente, la autoridad competente debería poder, de oficio o previa solicitud del profesional independiente que supervisó la ejecución del plan o de una parte interesada, dictar una resolución por la que se declare insolvente al deudor y se inicie un procedimiento de liquidación contra este. Las consecuencias que podría tener la conversión de un procedimiento de insolvencia simplificado en otro (en este caso, el procedimiento de reorganización que ha fracasado en un procedimiento de liquidación simplificado o en un procedimiento de liquidación ordinario) para la clausura del procedimiento abierto originalmente se examinan más adelante en la sección [P], relativa a la conversión. En algunas jurisdicciones, la conversión puede considerarse una continuación del procedimiento abierto originalmente y tal vez no implique la clausura formal del procedimiento original y la apertura de un nuevo procedimiento, en tanto que en otros quizás ocurra lo contrario.

327. La resolución en que figurara la decisión de clausurar el procedimiento podría notificarse únicamente a las partes que hubieran participado en él. La obligación de emitir una notificación pública de clausura de un procedimiento de insolvencia simplificado podría socavar las medidas adoptadas en el procedimiento para reducir el estigma asociado a la insolvencia. Sin embargo, es posible que algunas leyes exijan que se emita una notificación pública de clausura del procedimiento de insolvencia en todos los casos, como medida para prevenir abusos del deudor que, por ejemplo, podría seguir solicitando que se le apliquen las ventajas que acarrea una paralización u otras medidas de protección que sean consecuencia de la sustanciación de un procedimiento de insolvencia.

O. Tratamiento de las garantías otorgadas a título personal. Consolidación o coordinación de procedimientos conexos [véanse las recomendaciones 93 a 96]

1. Observaciones generales

328. La necesidad de consolidar o coordinar en un régimen de insolvencia simplificado procedimientos conexos podría surgir en razón de la interrelación que existiera entre la insolvencia de la empresa y la insolvencia personal, el solapamiento entre los bienes de la empresa y del hogar y la interrelación de deudas de personas allegadas, en particular porque proporcionan garantías a título personal para las necesidades empresariales de la MYPE deudora. En vista de que podría haber más de un órgano del Estado involucrado en la sustanciación de procedimientos conexos, lograr la consolidación y la coordinación de esos procedimientos no solo sería económica y conveniente desde el punto de vista procesal, sino que también facilitaría el intercambio de información, para hacer una evaluación más completa de la situación de las diversas partes que participaran en los procedimientos y encontrar la mejor solución para todas las partes implicadas.

329. Es probable que los Estados ya prevean la posibilidad de coordinar o consolidar procedimientos conexos, examinar solicitudes conjuntas o utilizar otros medios para dar el tratamiento adecuado a los intereses de las diferentes personas que estén estrechamente vinculados. Sin embargo, en el presente [texto] se recomienda establecer procedimientos específicos con esa finalidad para el

régimen de insolvencia simplificado. También se recomienda prever en el régimen de insolvencia simplificado el tratamiento de las garantías otorgadas a título personal para las necesidades empresariales de la MYPE deudora por los empresarios individuales, propietarios de MYPE de responsabilidad limitada o sus familiares. Tal vez sea necesario otorgar un trato especial a esos garantes para aliviar la situación desproporcionadamente difícil en que se encontrarían, lo que puede lograrse mediante la consolidación o coordinación de procedimientos conexos u otros medios.

2. Tratamiento de las garantías otorgadas a título personal [recomendación 93]

330. Quienes hacen préstamos a las MYPE exigen a menudo garantías para sus préstamos. Habitualmente otorgan esas garantías los fundadores, propietarios o miembros de las MYPE de responsabilidad ilimitada o limitada o sus familiares o personas allegadas. Los garantes a título personal tienen que responder del pago de las deudas cuando el deudor no puede cumplir la obligación garantizada, lo cual sucede en general antes o después de la apertura del procedimiento de insolvencia. La ejecución indiscriminada de las garantías podría dejar en la indigencia a toda la familia del empresario individual o a los propietarios de una MYPE de responsabilidad limitada. Por estas razones en el presente [texto] se recomienda prever en el régimen de insolvencia simplificado las garantías otorgadas a título personal por empresarios individuales, propietarios de MYPE de responsabilidad limitada o sus familiares, para responder a las necesidades empresariales de la MYPE deudora.

331. En general, el procedimiento de insolvencia y la exoneración no tienen como efecto atenuar la responsabilidad del garante. La finalidad de exigir una garantía a título personal es precisamente proteger al acreedor de la insolvencia del deudor principal asegurándole el cobro de su crédito. Si se modificara la responsabilidad del garante en el procedimiento de insolvencia, se reduciría la protección del acreedor. A la larga, esto podría entrañar un menor acceso al crédito, incluso para las MYPE, que en muchos casos no podrían obtener financiación de otro modo.

332. No obstante, cuando fuera probable que la invocación de una garantía otorgada a título personal acarrease, además de la insolvencia de la empresa, la insolvencia personal de empresarios individuales, propietarios de MYPE de responsabilidad limitada o familiares de estos, se debería considerar la posibilidad de establecer un procedimiento que contemple conjuntamente la situación de la MYPE deudora y la de sus garantes. En el presente [texto] se sugiere que ello podría lograrse mediante la consolidación o coordinación de los procedimientos conexos, en este caso, el procedimiento de insolvencia seguido contra la MYPE deudora y el procedimiento de insolvencia o ejecución contra sus garantes.

333. Por ejemplo, los acreedores del garante pueden entablar un procedimiento de insolvencia contra este último en los casos en que hayan fracasado los intentos de ejecución o el propio garante podría solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia simplificado cuando comenzaran sus dificultades financieras de conformidad con la recomendación [23] si cumpliera las condiciones. En el momento en que se presente esa solicitud, el solicitante puede pedir que se consoliden y coordinen los procedimientos de insolvencia conexos (véase al respecto la recomendación [94]), lo que puede tener como consecuencia que se consoliden o coordinen los procedimientos de insolvencia conexos como se establece en las recomendaciones [94 a 96]. En el caso de que no se haya abierto un procedimiento de insolvencia, sino un procedimiento de ejecución contra un garante que haya otorgado una garantía a título personal respecto de la MYPE deudora, en la recomendación [93] se sugiere que en la ley de insolvencia se establezca la posibilidad de vincular también los distintos tipos de procedimientos abiertos (el procedimiento de insolvencia seguido contra la MYPE deudora, por un lado, y el procedimiento de ejecución de la garantía otorgada a título personal contra el garante, por otro).

334. En los casos en que no se haya iniciado un procedimiento contra el garante, la ley puede permitir que este presente los posibles créditos de los acreedores para que sean tenidos en cuenta en el procedimiento de insolvencia abierto contra la MYPE deudora a fin de que se otorgue a esos créditos el tratamiento apropiado con objeto de prevenir que el garante caiga en la insolvencia. Por ejemplo, la ley podría permitir que se impusiera una paralización de la ejecución contra los garantes a título personal de la MYPE deudora durante un plazo limitado en función de cada caso. Al aprobar o confirmar un plan de reorganización, la autoridad competente podría dar un tratamiento especial a los créditos que tuviera un garante contra la MYPE deudora respecto de los demás créditos comprendidos en el plan. La ley de insolvencia podría permitir que los garantes de MYPE deudoras solicitaran una reducción o la exoneración de sus obligaciones contraídas en virtud de la garantía otorgada si esas obligaciones fuesen desproporcionadas respecto de los ingresos del garante y también permitir que el garante pagara los créditos a plazos, durante un período prolongado. La autoridad competente u otro órgano competente del Estado podría tener facultades discrecionales para exonerar al garante o reducir su obligación limitándola a la parte de la deuda que no estuviera cubierta por las obligaciones de pago de la MYPE deudora.

335. Esas medidas podrían facilitar que se reorganizara satisfactoriamente la MYPE deudora y se aliviara la situación desproporcionadamente difícil en que se encontraría el garante. En una ley distinta de la ley en que se prevea el régimen de insolvencia podrían establecerse medidas especiales de protección para los garantes que fueran especialmente vulnerables, por ejemplo, los que se determinara que han proporcionado garantías bajo coacción o que son personas a cargo del deudor o que mantuvieran fuertes vínculos afectivos con él. Por ejemplo, se ha concedido un tratamiento especial a esos garantes en casos en que se determinó que la garantía era irrazonable o en que quienes aportaban financiación no habían explicado en el momento de la firma del contrato las consecuencias que tendría otorgar una garantía a título personal o aceptar determinadas cláusulas (por ejemplo, las cláusulas por las que se garantizaba el pago de todas las deudas contraídas por el deudor con un acreedor). Algunas jurisdicciones podrían imponer restricciones a los tipos de garantías que pueden prestar los cónyuges, hijos u otras personas a cargo.

3. Consolidación o coordinación de los procedimientos conexos de insolvencia de empresas, insolvencia de consumidor e insolvencia personal [recomendaciones 94 a 96]

336. En el presente [texto] se sugiere que la ley obligue a que se consoliden o coordinen los procedimientos conexos de insolvencia de empresas, insolvencia de consumidor e insolvencia personal a fin de que se otorgue un tratamiento integral a las deudas de negocios, de consumidor y personales de empresarios individuales, propietarios de MYPE de responsabilidad limitada y sus familiares que estuvieran interrelacionadas entre sí. La resolución por la que se ordene la consolidación o coordinación puede ser dictada cuando se inicie el procedimiento de insolvencia simplificado o después. Esa resolución puede ser dictada no solo por la autoridad competente, sino también por otro órgano del Estado que intervenga en el examen de un caso conexo. La consolidación o coordinación de los procedimientos puede iniciarse a instancia de la autoridad competente o de ese otro órgano del Estado o a instancia del deudor u otra parte interesada.

337. Normalmente el alcance de la resolución por la que se ordena consolidación o coordinación de los procedimientos estaría determinado en cada caso por la autoridad competente u otro órgano competente del Estado. La conducción y la administración de los procedimientos conexos podrían consolidarse (consolidación de los procedimientos) o sustanciarse en paralelo introduciendo medidas para lograr una estrecha coordinación entre los procedimientos (coordinación de los procedimientos). Aunque se administraran de manera coordinada, los bienes y las deudas de cada persona que participe en la consolidación o coordinación de los

procedimientos seguirían estando separados y siendo distintos. Por consiguiente, el efecto de la consolidación o coordinación de los procedimientos se limitaría a los aspectos administrativos de estos (por ejemplo, la coordinación de los vencimientos de los plazos) y no supondría la consolidación patrimonial analizada en la tercera parte de la *Guía*. Si bien no podría excluirse por completo que fuera necesario realizar una consolidación patrimonial de los bienes de las diversas personas que participaran en la insolvencia de una MYPE, lo más probable es que las dificultades inherentes a la consolidación patrimonial obligaran a abrir un procedimiento ordinario de insolvencia de empresas en esos casos.

338. En el presente [texto] también se recomienda que la ley contemple la posibilidad de modificar o poner fin a un mandamiento por el que se ordene consolidar o coordinar los procedimientos. Las medidas y decisiones ya adoptadas en el procedimiento deberían preservarse por si se modificara o revocara el mandamiento original y debería asegurarse que se coordinaran las medidas que adoptaran los órganos de los Estados de que se trate. A fin de que haya transparencia, certeza y previsibilidad y se protejan los intereses de todas las partes involucradas, en el presente [texto] se recomienda establecer la obligación de notificar todas las cuestiones relacionadas con la consolidación y coordinación de los procedimientos, y la ley de insolvencia debería especificar el alcance de los mandamientos por los que se ordene la consolidación o coordinación de los procedimientos, las partes a quienes deberían cursarse esas notificaciones y el contenido de estas. Dado que es posible que intervenga más de un órgano del Estado, la ley debería establecer claramente cuál es el órgano del Estado obligado a cursar esas notificaciones.

P. Conversión [recomendaciones 97 a 100]

1. Condiciones para la conversión [recomendación 97]

339. En el presente [texto] se recomienda que en un régimen de insolvencia simplificado se contemple la posibilidad de que puedan convertirse entre sí distintos procedimientos de insolvencia, simplificados u ordinarios. La conversión de un procedimiento en otro solo sería posible si se cumplieran las condiciones y demás requisitos exigidos para ese otro procedimiento. En el presente [texto] se recomienda también que la conversión tenga lugar solo en circunstancias apropiadas. Se señala al respecto que una sola situación complicada, compleja o difícil que se presente en un procedimiento de insolvencia simplificado no debería tener como consecuencia la conversión inmediata en un procedimiento ordinario de insolvencia de empresas. Debería hacerse todo lo posible para preservar la eficacia de un régimen de insolvencia simplificado para resolver las dificultades financieras de los deudores que cumplieran los requisitos.

340. En las secciones anteriores del presente [texto] se han expuesto los diversos motivos por los que podría convertirse un procedimiento de insolvencia simplificado en un procedimiento simplificado de otro tipo y un procedimiento de insolvencia simplificado en un procedimiento ordinario de insolvencia de empresas. En resumen, en el presente [texto] se prevé expresamente, o no se excluye, la posibilidad de que: a) se convierta una reorganización simplificada en una liquidación simplificada; b) se convierta una liquidación simplificada en una reorganización simplificada; c) se convierta un procedimiento de insolvencia simplificado en un procedimiento ordinario de insolvencia de empresas; y d) se convierta un tipo de procedimiento de liquidación simplificado en otro (es decir, un procedimiento que implique la venta y disposición de bienes y la distribución del producto en otro que no implique esas medidas y viceversa). La necesidad de conversión en esos casos será evaluada por la autoridad competente.

341. En el [texto] se prevé la conversión de una reorganización simplificada en una liquidación simplificada en los casos en que: a) no se presente un plan de reorganización para que sea aprobado por los acreedores en el plazo

establecido (véase la recomendación [70]); b) el plan que se haya presentado o modificado no haya sido debidamente aprobado por los acreedores (véase la recomendación [76 d]); c) el deudor haya incumplido sustancialmente las condiciones del plan o no haya podido aplicarlo (véase la recomendación [82]); d) se haya impugnado con éxito el plan de reorganización confirmado (véase la recomendación [78]); o e) se haya establecido que el deudor es insolvente y que no hay perspectivas de que se lleve a cabo una reorganización viable (véase la recomendación [83]). Si bien no se trata la cuestión expresamente en el texto, esa conversión podría tener lugar también si la autoridad competente no pudiera confirmar el plan aprobado por los acreedores por las razones expuestas en la recomendación [77] o en los casos en que el plan modificado no haya recibido la debida aprobación de los acreedores (véase la recomendación [79 c]).

342. La conversión de un procedimiento de liquidación simplificado en un procedimiento de reorganización simplificado (por ejemplo, cuando la MYPE deudora obtiene financiación destinada al rescate de la empresa una vez iniciado el procedimiento de liquidación simplificado) no se trata expresamente en el texto, porque dicha conversión sería poco común. Tal vez sea necesario que en la ley de insolvencia que prevea un régimen de insolvencia simplificado se establezca un momento en el proceso de liquidación simplificado después del cual ya no será posible convertir el procedimiento en un procedimiento de reorganización simplificado, y convendría asimismo determinar en dicha ley si los efectos del procedimiento de liquidación simplificado se preservarán en un procedimiento de reorganización simplificado y, si así fuera, de qué modo.

343. La conversión de un procedimiento de insolvencia simplificado en un procedimiento ordinario de insolvencia de empresas debería justificarse en razón de la complejidad del caso. Por ejemplo, en el presente [texto] se prevé que se lleve a cabo esa conversión en el caso de que sea necesario abrir un procedimiento de anulación (véase la recomendación [44]) o después de que se hayan verificado los motivos de las objeciones formuladas a la clausura del procedimiento según lo previsto en la recomendación [66]. La conversión de un procedimiento de liquidación simplificado en un tipo de procedimiento de insolvencia diferente también se prevé en la recomendación [62] en que se contempla la posibilidad de que se formule una objeción a un esquema de liquidación. Un procedimiento de reorganización simplificado podría convertirse en un tipo diferente de procedimiento de insolvencia de conformidad con la recomendación [78] si el plan de reorganización confirmado fuera impugnado con éxito o con arreglo a la recomendación [82] en que se prevé que el deudor haya incumplido sustancialmente las condiciones del plan de reorganización o no sea posible ejecutarlo. La frase “otro tipo de procedimiento” que figura en esas recomendaciones debería interpretarse según el contexto como que incluye no solo otro tipo de procedimiento de insolvencia simplificado de los previstos en el texto, sino un procedimiento ordinario de insolvencia de empresas (de liquidación o reorganización).

344. Aunque excede el alcance del presente [texto], tal vez sea necesario que en la ley de insolvencia se prevea la conversión de un procedimiento ordinario de insolvencia de empresas en un procedimiento de insolvencia simplificado. Esa necesidad podría surgir, por ejemplo, después de la apertura del procedimiento ordinario de insolvencia de empresas y de la confirmación por un órgano competente del Estado de que el deudor cumple las condiciones para que se sustancie un procedimiento de insolvencia simplificado y que la autoridad competente puede estar en mejores condiciones de asegurar la supervisión de la liquidación o reorganización del deudor en un procedimiento de insolvencia simplificado (por ejemplo, en razón de la falta de interés de los acreedores en participar en el procedimiento).

345. La conversión del procedimiento debería distinguirse de las modificaciones que se produzcan a lo largo de este, por ejemplo, la sustitución del deudor en posesión en procedimientos de reorganización simplificados o la introducción de

una etapa de mediación para resolver las controversias que surgieran entre los acreedores o entre el deudor y su(s) acreedor(es). La ley de insolvencia debería permitir a la autoridad competente introducir modificaciones de oficio o a instancia de cualquier parte interesada, cuando las circunstancias del caso así lo justifican.

2. Procedimiento para la conversión [recomendación 98]

346. La forma en que podrá realizarse esa conversión es una cuestión que tendrá que establecerse en el derecho interno. Podrá ser automática cuando se cumplan determinadas condiciones, en cuyo caso la ley permitirá que la parte disconforme impugne esa conversión automática, o podrá exigirse que una parte interesada presente la correspondiente solicitud ante un órgano estatal competente. Asimismo, se podría facultar a dicho órgano para que realizara de oficio dicha conversión cuando se reunieran ciertas condiciones. Tal vez sea necesario hacer anotaciones respecto del deudor en los registros pertinentes del Estado. Por esas razones, en el presente [texto] se dejan libradas esas cuestiones a lo que se disponga en el derecho interno y se sugiere que los procedimientos de conversión se establezcan en la ley de insolvencia, incluida la notificación a todas las partes interesadas en la conversión y los mecanismos para atender a las objeciones que se formulen a esa línea de acción.

347. La conversión automática contribuiría a evitar la demora y los gastos que conllevaría la presentación de una solicitud separada por la parte interesada en la conversión. Sin embargo, quizás ello no sea siempre deseable. Por ejemplo, en algunos casos, aun cuando la imposibilidad de ejecución del plan de reorganización se deba al incumplimiento de una obligación o a la falta de cooperación del deudor, quizás los acreedores prefieran la reorganización a la liquidación para obtener más valor de la empresa. En lugar de optar por convertir el procedimiento en uno de liquidación, podrían decidir que se sustituyera al deudor en posesión por un profesional independiente. También podría ser preferible que los acreedores tuvieran la posibilidad de hacer valer sus derechos con arreglo a la ley, sin necesidad de que se sustanciara un procedimiento de liquidación contra el deudor, en particular si el deudor hubiera abierto un procedimiento de reorganización para resolver sus dificultades financieras cuando estas hubieran comenzado. Por lo tanto, podría considerarse una salvaguardia esencial que se diera un preaviso de la intención de convertir el procedimiento a todas las partes interesadas conocidas para que pudieran formular una objeción a esa forma de proceder.

348. Una cuestión conexa es si la conversión se considera la continuación del procedimiento entablado inicialmente o la clausura formal del procedimiento abierto inicialmente y la apertura de uno nuevo. Es posible que los criterios varíen según las jurisdicciones y en el presente [texto] se refiere también esa cuestión al derecho interno.

3. Efectos de la conversión [recomendaciones 99 y 100]

349. Con independencia de los criterios que se adopten en relación con la conversión y su procedimiento, las consecuencias de la conversión deberían examinarse con cuidado. En el presente [texto] se destacan las posibles consecuencias que tendría en la financiación posterior a la apertura del procedimiento, el vencimiento de los plazos para actuar y la paralización del procedimiento a la luz de la particular importancia que tienen para el deudor y otras partes interesadas.

350. En el presente [texto] se recomienda que la prelación que se otorgue a los créditos correspondientes a financiación posterior a la apertura del procedimiento en el procedimiento de reorganización simplificado se reconozca en una liquidación subsiguiente. Se recomienda esa medida para alentar que se

proporcione esa financiación a los deudores que la necesitan y que sean objeto de un proceso de reorganización.

351. En cuanto a los plazos, tal vez sea necesario adaptar los plazos ordinarios contados a partir de la fecha efectiva de la apertura del procedimiento original, ya que tal vez transcurra un tiempo considerable entre la fecha de apertura del procedimiento original y su conversión. Por ejemplo, cuando un procedimiento de liquidación simplificado se convierta en un procedimiento de reorganización, la ley de insolvencia debería prever las consecuencias que tendría la conversión en los plazos para proponer el plan de reorganización.

352. Sería esencial para todas las partes interesadas que hubiera claridad sobre si, en caso de conversión, se seguiría aplicando la paralización y con qué alcance. En la ley de insolvencia deberían preverse también otras consecuencias de la conversión, a saber: a) el efecto de la conversión en el ejercicio de las facultades de anulación respecto de los pagos realizados durante el procedimiento de reorganización; b) el efecto de la conversión en las fechas del período de sospecha; c) el tratamiento que recibirían los créditos de los acreedores que se hubieran modificado en la reorganización, es decir, si en una liquidación ulterior esos créditos recuperarían el valor original o si se ejecutarían con el valor modificado, reflejado en el plan de reorganización aprobado y confirmado²⁷; y d) los otros gastos que pudieran derivarse de la conversión (por ejemplo, la parte que solicitase la conversión tal vez tuviera que prestar una caución para cubrir los gastos adicionales).

Q. Salvaguardias y sanciones adecuadas [véase la recomendación 101]

353. La aplicación de un régimen eficaz de sanciones para prevenir abusos o el uso indebido del régimen de insolvencia simplificado y para imponer sanciones adecuadas para las faltas de conducta figuran entre los objetivos fundamentales del procedimiento del régimen de insolvencia simplificado (véase la recomendación [1]). Se consideró justificado incluir ese objetivo en el contexto del régimen de insolvencia simplificado en razón de las principales características que presenta ese régimen: a) su sencillez, flexibilidad y bajo costo, su celeridad, la facilidad de acceso y la disponibilidad del procedimiento; b) el hecho de que el deudor en posesión sea el criterio de aplicación supletoria en el procedimiento de reorganización simplificado; y c) la falta de interés de los acreedores en participar en el procedimiento y, por consiguiente, la falta de control efectivo de estos de la masa de la insolvencia y las acciones de la MYPE deudora durante el procedimiento de insolvencia simplificado (estas características se examinan en mayor detalle en la introducción y la sección [D] del presente comentario). Habida cuenta de esas características, se ha considerado necesario prever un régimen de sanciones eficaz como forma de desalentar que se haga un uso abusivo o indebido del régimen de insolvencia simplificado y una forma esencial de lograr otros objetivos del régimen de insolvencia simplificado, como asegurar la protección de todas las partes interesadas a lo largo del procedimiento de insolvencia simplificado.

354. Asimismo, al elaborar un régimen de sanciones, no debería olvidarse el fin subyacente del régimen de insolvencia simplificado y las características de los usuarios a quienes está dirigido. No deberían imponerse sanciones con el fin de castigar a la MYPE deudora por cada medida inapropiada o negligente que haya adoptado, quizás por falta de conocimientos sobre cuestiones financieras, empresariales y jurídicas. Ese enfoque sería contrario al objetivo de promover la iniciativa empresarial y la asunción razonable de riesgos por parte de una MYPE que fuera honesta y estuviera dispuesta a cooperar y disuadiría a las MYPE de

²⁷ Véase al respecto la nota 26 *supra*.

resolver sus dificultades financieras cuanto antes utilizando el régimen de insolvencia simplificado.

355. Por esas razones, el presente [texto] se centra en la elaboración de medidas de apoyo y salvaguardias apropiadas que podrían prevenir que se cometan errores. En particular, se incluye la prestación de asistencia oportuna y económica y la supervisión de la MYPE deudora en lo que respecta al cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con la ley de insolvencia antes y durante el procedimiento de insolvencia simplificado. Esas medidas se complementan con la necesidad de realizar notificaciones (véanse las recomendaciones [18, 31 y 32] y la sección [G]) y los derechos de las partes interesadas de formular objeciones, ser oídas y solicitar revisión (véase la recomendación [19]). Además, se ofrece una variedad de opciones a la autoridad competente y a las partes interesadas para que las utilicen cuando se justifique, entre ellas la sustitución del deudor en posesión en el procedimiento de reorganización simplificado, de resultar necesario (véase la recomendación [16]), y la conversión del procedimiento (véase la sección [P] *supra*).

356. Además de hacerse una referencia general a un régimen eficaz de sanciones entre los objetivos fundamentales del régimen de insolvencia simplificado, en las recomendaciones [30 y 38] que tratan de la denegación de la solicitud de la apertura de un procedimiento de insolvencia simplificado y la desestimación del procedimiento figuran referencias expresas a las sanciones. En esos casos, la imposición de sanciones se señala como una posible consecuencia de la denegación o la desestimación. Las palabras “cuando proceda” que figuran en esas disposiciones sugieren que la imposición de sanciones no siempre constituiría una medida adecuada. Si no hubiera una intención dolosa, la autoridad competente puede denegar la solicitud o desestimar el procedimiento ya abierto o abrir un tipo diferente de procedimiento de insolvencia que el solicitado por el deudor o el o los acreedores en su solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia, sin imponer sanciones ni costas.

357. El hecho de que se haga una referencia expresa a las sanciones y costas solo en esas dos recomendaciones no debería significar que no surgirá la necesidad de imponer sanciones o costas en otros casos en un régimen de insolvencia simplificado. En el presente comentario se destacan otros casos en los que podría ser apropiado imponer sanciones o costas al deudor, a los acreedores o a otras partes interesadas para desalentar o castigar conductas inapropiadas.

358. En el presente [texto] se deja librado al derecho interno la determinación de cuándo la autoridad competente estaría obligada a imponer sanciones y cuándo estaría facultada para hacerlo, y en su caso cuáles. También debería ponderarse a qué partes se le deberían aplicar esas sanciones en el caso de que se tratara de una persona jurídica, por ejemplo, a cualquier persona que pudiera describirse en general como la que controla a esa persona jurídica, incluidos los directores y administradores (véanse al respecto las recomendaciones [20 y 102]).

359. Las sanciones podrían incluir la denegación de la exoneración, la imposición de un plazo de espera más prolongado para poder obtener una exoneración total, la imposición de condiciones adicionales para que se conceda la exoneración, la revocación de la exoneración ya otorgada y la inhabilitación para desarrollar una actividad empresarial específica o ejercer una profesión en particular. A las sanciones previstas en la ley de insolvencia podrían añadirse las sanciones establecidas en otras leyes, por ejemplo, sanciones penales para faltas de conducta más graves, como las conductas fraudulentas, deshonestas o cometidas de mala fe.

360. Para ser eficaces, las sanciones deberían ser adecuadas y proporcionales. Sería irrazonable imponer las mismas sanciones para conductas fraudulentas, deshonestas o cometidas de mala fe que para conductas menos graves consistentes en el incumplimiento de la ley de insolvencia, especialmente cuando no ha habido una intención dolosa. Para que las sanciones sean eficaces, debería poder

aplicárselas y su aplicación debería ser efectiva, y debería imponérselas de manera oportuna.

R. Aspectos [anteriores a la insolvencia] [relativos a la prevención de la insolvencia]²⁸ [recomendaciones 102 a 107]

1. Obligaciones relativas a la prevención de la insolvencia de las MYPE [recomendación 102]

361. Habida cuenta de que las MYPE poseen escasos conocimientos acerca de cuestiones empresariales, financieras y de insolvencia y que carecen de recursos para acceder a los servicios de un profesional sobre esas cuestiones, es posible que las MYPE no conozcan las obligaciones que tienen durante los períodos de dificultades financieras, en particular que se espera que ejerzan especial cautela respecto de la empresa, los bienes y las operaciones de esta, los acreedores y empleados, y que adopten medidas para evitar caer en la insolvencia o minimizar su alcance. En épocas de dificultades financieras, las MYPE quizás sean propensas a colaborar con personas allegadas o acreedores poderosos (por ejemplo, pagando la deuda a un solo banco o transfiriendo los bienes de la empresa a personas allegadas por un valor menor para conseguir nuevos préstamos) o a obtener bienes o servicios a crédito sin perspectivas de poder pagarlos. Consiguientemente, tal vez incurran responsabilidad civil y penal, lo que puede significar, entre otras cosas, que tengan que esperar un tiempo más prolongado para ser exoneradas de sus deudas.

362. La recomendación [102] se incluyó para que las obligaciones de las MYPE de prevenir la insolvencia fueran más explícitas. Se basa en las recomendaciones 255 y 256 de la *Guía*, adaptando las obligaciones de la recomendación 256 de la *Guía* al contexto específico de las MYPE. Lo ideal sería que la ley de insolvencia que prevea un régimen de insolvencia simplificado enumerara esas obligaciones, para que fueran más claras y fuera más fácil consultarlas. En el presente [texto], al igual que en la *Guía*, se observa, sin embargo, que esas obligaciones podrían figurar en otras leyes que no fueran la ley de insolvencia (como la ley sobre sociedades comerciales o las leyes y reglamentaciones específicas sobre las MYPE). Por esa razón, la recomendación [102] se refiere a la ley relativa a la insolvencia que es fuente de esas obligaciones, en vez de a la ley de insolvencia que prevea un régimen de insolvencia simplificado.

363. Algunas de las obligaciones enumeradas en la recomendación [102], por ejemplo, evaluar la situación financiera de la empresa en ese momento (apartado a)) o solicitar asesoramiento profesional (apartado b)) son permanentes, es decir, existen a lo largo de la vida de una MYPE, con independencia de si la MYPE se encuentra en dificultades financieras o no. La solicitud de asesoramiento profesional puede incluir servicios a título gratuito, servicios de asesoramiento sobre deudas, asesoramiento o servicios sobre mediación u otros tipos de asesoramiento o servicios profesionales que entidades públicas o privadas podrían poner específicamente a disposición de las MYPE en el Estado de que se trate. Otras obligaciones enumeradas en la recomendación surgirán cuando comiencen sus dificultades financieras (por ejemplo, la celebración de negociaciones oficiosas de reestructuración de la deuda) o aparecerán solo durante el período cercano a la insolvencia (por ejemplo, la obligación de proteger el valor de los bienes y maximizarlo, evitar la pérdida de bienes fundamentales y la realización de algunas operaciones que podrían anularse).

²⁸ Véanse las cuestiones planteadas en relación con las recomendaciones pertinentes. La presente sección deberá reformularse a la luz de las opiniones que emita el Grupo de Trabajo sobre esas cuestiones.

364. Una de las obligaciones enumeradas en el apartado g) (solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia) es pertinente tanto para las primeras como para las últimas etapas del período de dificultades financieras. Ello es así porque en la recomendación [23] se señala que se debería permitir que los deudores que cumplieran las condiciones para ello solicitaran la apertura del procedimiento de insolvencia simplificado cuando comenzaran sus dificultades financieras sin que sea necesario que demuestren haber caído en la insolvencia. El ejercicio de esa opción podría permitir al deudor reestructurar la deuda y evitar caer en insolvencia. Para algunas MYPE, solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia constituirá una medida de último recurso por las razones expuestas en la parte titulada “Introducción” del presente comentario. Esas MYPE no tendrán más alternativa que solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia cuando la insolvencia sea real, inminente o no pueda evitarse sin correr la MYPE el riesgo de incurrir en responsabilidad civil y penal de conformidad con la ley de insolvencia nacional aplicable. La obligación general en esa última etapa, como se indica en el encabezamiento de la recomendación [102], sería tener debidamente en cuenta los intereses de los acreedores y otras partes interesadas, como los empleados y los titulares de capital social y adoptar medidas razonables para evitar la insolvencia y, cuando esta no pudiera evitarse, minimizar su alcance.

365. En la recomendación [102] se establece la norma de conducta que debe observarse con la consecuencia de que, si no se la observara, podría imponerse responsabilidad personal a quienes ejercieran el control de hecho de la gestión y la supervisión de las operaciones de la MYPE. La conducta de esas personas se juzgará según el conocimiento, las aptitudes y la experiencia que realmente posean o que razonablemente se espere de ellas. Las obligaciones expuestas precedentemente incumbirían a cualquier persona que hubiese estado ejerciendo el control de hecho de la gestión y la supervisión de las operaciones de la MYPE en el momento en que la empresa afrontaba una insolvencia real o inminente, y que podría ser, por ejemplo, una persona que hubiera renunciado posteriormente; en cambio, esas obligaciones no deberían imponerse a las personas nombradas después de la apertura del procedimiento de insolvencia.

366. Distintas personas pueden ejercer el control de hecho de la gestión y la supervisión de las operaciones de la MYPE. En el caso de los empresarios individuales, puede tratarse del propio empresario; en el caso de una entidad, puede tratarse de los propietarios, los verdaderos administradores o directores o quienes hayan sido nombrados formalmente como tales²⁹ y las personas físicas y las entidades que actúen *de facto*³⁰ o los directores ocultos³¹, así como las personas

²⁹ No existe una definición universalmente aceptada de lo que constituye un “director”. Una persona puede ser considerada director cuando es la encargada de adoptar decisiones fundamentales relativas a la gestión de una empresa, cuando las adopta en los hechos o cuando debería adoptarlas. Puede tratarse de terceros independientes o funcionarios o administradores de una empresa que actúan en calidad de directores ejecutivos, a los que se conoce como “directores internos”.

³⁰ Un director de hecho es alguien a quien en general se considera que actúa como director, pero que no ha sido formalmente nombrado como tal o cuyo nombramiento se encuentra viciado por un defecto técnico. Puede entenderse que una persona es un director de hecho con independencia del título formal que se le haya asignado si desempeña las funciones del cargo. Puede tratarse de una persona que en algún momento participa en el establecimiento, la promoción o la gestión de la empresa. En las MYPE, muy probablemente serán miembros de la familia. Es habitual que se exija algo más que la participación en la administración de la empresa. Puede determinarse que una persona es director de hecho por la realización de una serie de actos, como la firma de facturas u órdenes de pago; la firma de correspondencia comercial como “director”; el haber dejado que clientes, acreedores, proveedores y empleados lo vieran como director o “decisor” y el haber tomado decisiones financieras sobre el futuro del negocio con bancos, acreedores y contadores.

³¹ Un director “oculto” puede ser una persona que no ha sido formalmente nombrada como tal, pero con arreglo a cuyas instrucciones la MYPE está acostumbrada a actuar. En general, entre los directores ocultos no se incluye a los asesores profesionales. Para ser considerada director oculto, la persona debería tener la posibilidad de influir en la adopción de decisiones empresariales y tomar decisiones financieras y comerciales que obliguen a la empresa. En algunos casos, los administradores podrán ceder algunas o todas sus facultades de administración al director oculto. Al evaluar la conducta que podría llevar a que se considerara que una persona es un director

a quienes los administradores o directores hayan delegado facultades u obligaciones.

367. Entre las personas que ejercen el control de hecho de la gestión y la supervisión de las operaciones de las MYPE también pueden incluirse los asesores especiales y, en algunas circunstancias, los bancos y otros acreedores, cuando asesoran a la MYPE sobre la forma de encarar sus dificultades financieras. En algunos casos, ese “asesoramiento” puede equivaler a determinar la línea exacta de acción que seguirá la MYPE y a hacer que la adopción de una determinada línea de acción sea una condición para el otorgamiento de un crédito. Sin embargo, siempre que las MYPE retengan facultades discrecionales para rechazar la línea de acción dictada por asesores externos y estos últimos actúen desde una cierta distancia, se conduzcan de buena fe y de forma apropiada desde el punto de vista comercial, lo deseable es que no se considere a esos asesores como pertenecientes a la clase de personas sujetas a las obligaciones que figuran en la recomendación [102]. Sin embargo, si esos asesores antepusieran el cuidado de sus propios intereses de modo que perjudicaran la situación de otros acreedores, podrían ser responsables con arreglo a la ley de insolvencia.

2. Mecanismos de rescate temprano [recomendación 103]

368. En el presente [texto] se recomienda establecer mecanismos de rescate temprano con la finalidad de prevenir la insolvencia de las MYPE. Los mecanismos podrían ser de distintos tipos, pero en el presente [texto] se destacan tres: a) proporcionar a la MYPE señales de alerta temprana respecto de sus dificultades financieras; b) aumentar los conocimientos financieros y relativos a la administración de empresas de los administradores de las MYPE; y c) promover el acceso de las MYPE a asesoramiento profesional.

369. Los Estados o las entidades privadas pueden establecer mecanismos de alerta temprana para detectar circunstancias que podrían aumentar las probabilidades de que la MYPE cayera en la insolvencia e indicarle que es necesario que actúe sin demora. Las soluciones de tecnología de la información pueden ser útiles en particular para generar automáticamente mecanismos de alerta, por ejemplo, cuando una MYPE no haya efectuado determinados tipos de pago (impuestos o contribuciones de seguridad social). La falta de pago de esas contribuciones puede, sin embargo, ser la consecuencia de graves problemas financieros ya existentes. Algunos profesionales, como los asesores en materia fiscal y los contadores, pueden estar desde mucho antes en condiciones de detectar señales que indiquen que la empresa se encuentra en dificultades financieras. El derecho interno podría prever incentivos para que esos profesionales adviertan las señales que indiquen que la MYPE se encuentra en dificultades financieras, una vez que se las haya detectado.

370. Se dice que la falta de conocimientos suficientes acerca de la administración de la empresa y las operaciones financieras es una causa habitual del fracaso comercial de las MYPE, especialmente cuando se trata de un primer emprendimiento. Por esa razón, en el presente [texto] se recomienda poner a disposición de las MYPE material informativo para aumentar las habilidades y los sus conocimientos financieros y empresariales. La capacitación sobre los factores que usualmente conducen a dificultades financieras o contribuyen a ellas, como la pérdida de un cliente o proveedor importante, la partida de un empleado clave o los cambios adversos que se produzcan en las condiciones de los alquileres, suministros o préstamos, podrían complementarse con capacitación sobre el análisis de la viabilidad de la empresa y las modificaciones que quizás sea necesario hacer en relación con los gastos y las prácticas empresariales y de gestión.

oculto, podría tenerse en cuenta la frecuencia de esa conducta y si la persona ejerció o no influencia realmente.

371. Las MYPE tal vez también puedan recibir asesoramiento profesional sobre su situación financiera, opciones para reestructurar la deuda y preparar una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia o responder a una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia formulada por un acreedor. Los servicios de mediación y conciliación tal vez sean útiles para resolver controversias entre las MYPE deudoras y los acreedores y entre acreedores. Por esa razón, en el presente [texto] se recomienda promover y facilitar el acceso de las MYPE a asesoramiento profesional. Ese asesoramiento puede ser proporcionado por organizaciones públicas o privadas, como los organismos tributarios, los bancos, las cámaras de comercio, las asociaciones profesionales, así como los bufetes de abogados y los estudios contables como parte de sus programas gratuitos.

372. En el presente [texto] se recomienda facilitar a las MYPE el conocimiento de la existencia de esos mecanismos. De lo contrario, no lograrán el objetivo deseado. Podría publicarse información sobre ellos, por ejemplo, en un sitio web especial o una página web sobre las autoridades del Estado competentes que se ocuparan de cuestiones relacionadas con las MYPE.

3. Negociaciones officiosas de reestructuración de la deuda [recomendaciones 104 a 106]

Observaciones generales

373. A diferencia de los procedimientos de insolvencia formales en que participan todos los acreedores, en las negociaciones officiosas de reestructuración de la deuda en general participa un número reducido de acreedores, lo que puede satisfacer la necesidad de llegar a una resolución rápida, algo que no siempre es posible en los procedimientos formales. Esas negociaciones también permiten a las partes preservar la confidencialidad, lo que evita el estigma asociado a la insolvencia. Además, las negociaciones officiosas pueden resolver las dificultades financieras del deudor sin que se vea afectado su historial personal de crédito, que es importante para obtener nueva financiación y facilitar un nuevo comienzo. Las negociaciones officiosas de reestructuración de la deuda, como alternativa a solicitar la apertura de un procedimiento formal de insolvencia cada vez que la MYPE desee reestructurar todas o algunas de sus deudas cuando comiencen sus dificultades financieras, pueden efectivamente constituir un complemento del régimen de insolvencia simplificado e impedir que este se vea sobrepasado y que no se puedan alcanzar sus objetivos.

374. Por esas razones y teniendo en cuenta también las ventajas que se esperaría obtener de las negociaciones officiosas de reestructuración de la deuda en cuanto a prevenir la acumulación de préstamos improductivos y el sobreendeudamiento de las MYPE, en el presente [texto] se invita a los Estados a considerar la posibilidad de crear un entorno propicio para la celebración de negociaciones officiosas de reestructuración de la deuda. Se recomienda adoptar algunas medidas conducentes a la creación de tal entorno.

Eliminar las medidas que pudieran disuadir de recurrir a negociaciones de reestructuración officiosa de la deuda [recomendación 104]

375. En primer lugar, en el presente [texto] se recomienda que los Estados consideren la posibilidad de eliminar las prohibiciones o las medidas, expresas o tácitas, que pudieran disuadir de participar en esas negociaciones. Si bien en algunas jurisdicciones se permite o se exige que deudores y acreedores agoten las posibilidades de negociar officiosamente entre sí la reestructuración de la deuda para poder iniciar un procedimiento de insolvencia formal, en otras los acuerdos o arreglos de reestructuración de la deuda que celebren el deudor que se encuentre en dificultades financieras y algunos de sus acreedores o todos ellos no pueden tener lugar fuera del procedimiento de insolvencia formal. En particular, la obligación que se establece en la legislación de muchos países de solicitar la

apertura de un procedimiento de insolvencia formal en determinado plazo tras el acontecimiento de determinados hechos obstaculiza la celebración de negociaciones oficiosas de reestructuración de la deuda. Otra medida común orientada a desalentar la celebración de esas negociaciones son las disposiciones de la ley de insolvencia relativas a la anulación de las operaciones realizadas durante un determinado período de tiempo antes de solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia formal (período de sospecha).

376. También es posible que algunas leyes desalienten el recurso a negociaciones oficiosas de reestructuración de la deuda. Por ejemplo, tal vez la reglamentación fiscal solo autorice la cancelación de aquellas deudas de cuyo pago el deudor hubiera sido exonerado en el procedimiento de insolvencia formal y solo autorice a los acreedores a invocar pérdidas y deducir impuestos de las deudas canceladas, pero obligue a los deudores a pagar impuestos a las ganancias por las deudas que se hubieran cancelado.

Incentivar la participación en las negociaciones oficiosas de reestructuración de la deuda [recomendación 105]

377. En segundo lugar, en el presente [texto] se recomienda que la ley prevea incentivos para alentar la participación en esas negociaciones. Por ejemplo, podrían imponerse metas mensuales a los bancos para que reestructuren satisfactoriamente las deudas de las MYPE. Podrían aplicarse incentivos fiscales para que se cancelen las deudas que no puedan pagarse o que hayan sido renegociadas. Podrían imponerse sanciones a las partes que actúen de mala fe durante esas negociaciones y establecerse en la ley que los acreedores que adopten una actitud pasiva queden obligados por el acuerdo al que se llegue, aunque no muestren interés en participar en las negociaciones.

378. Por otra parte, las negociaciones oficiosas de reestructuración de la deuda han dado resultados positivos cuando se utilizan en ellas algunas de las medidas previstas en los procedimientos de insolvencia formales, como la paralización de la ejecución y de algunos de los procedimientos contra el deudor y sus bienes. Esa paralización permitiría que avanzaran las negociaciones sin que se corriera el riesgo de que un único acreedor causara la interrupción de todo el proceso solicitando la apertura de un procedimiento de insolvencia, entablando acciones de ejecución o suspendiendo, rescindiendo o modificando los contratos celebrados con el deudor que se encontraran vigentes. La concertación de un arreglo contractual por el que se estipulara esa paralización no sería tan eficaz dado que los acreedores a menudo conservan el derecho a poner fin discrecionalmente en cualquier momento a esos arreglos, lo que genera incertidumbre e imprevisibilidad a las partes que participan en las negociaciones oficiosas de reestructuración de la deuda. Además, la paralización negociada del pago de la deuda podría traer aparejada en algunas jurisdicciones la apertura de procedimientos de insolvencia formales.

379. En la ley de insolvencia también se podrían contemplar medidas para alentar la celebración de negociaciones oficiosas de reestructuración de la deuda. En particular, podría preverse que no fueran anulables las operaciones que se realizaran como consecuencia de esas negociaciones. También podría preverse un mecanismo acelerado para aprobar el plan de reestructuración de la deuda que surgiera de las negociaciones oficiosas de reestructuración de la deuda si esa aprobación fuera exigida por la ley o respondiera a un deseo de las partes en la negociación. Se aplicarían las salvaguardas habituales para asegurar que los acreedores que no hubieran participado en esas negociaciones no se vieran realmente afectados por el plan y para proteger adecuadamente a los acreedores que se vieran perjudicados. Las recomendaciones 160 a 168 de la *Guía* son pertinentes en ese contexto.

Apoyo institucional al recurso a negociaciones oficiosas de reestructuración de la deuda [recomendación 106]

380. En tercer lugar, en el presente [texto] se recomienda la participación, tal vez necesaria, de un órgano público o privado competente para que facilite esas negociaciones en el contexto de las MYPE. Ese órgano debería tener suficientes facultades para persuadir a los principales acreedores institucionales, por ejemplo, los organismos tributarios y los bancos, a participar en negociaciones oficiosas de reestructuración de la deuda con las MYPE. También debería tener la capacidad suficiente para asegurar la supervisión a fin de prevenir abusos (por ejemplo, tal vez los acreedores utilicen su poder de negociación para negarse a acordar modificaciones a sus créditos o ejerzan presión sobre los deudores a fin de que estos acepten planes onerosos inviables y que no serían aceptables en un procedimiento formal). Se esperaría que ese órgano se asegurara de que las empresas que no fueran viables y que no tuvieran perspectivas de seguir operando entraran en un procedimiento de liquidación tan pronto como fuera posible para evitar que se aceleren y acumulen las pérdidas en detrimento de los acreedores, empleados y otras partes interesadas, y de la economía en su conjunto.

381. Ese órgano podría ser una autoridad del Estado que estuviera encargada de administrar las negociaciones que se celebraran entre un deudor y sus acreedores (por ejemplo, un banco central, un organismo de asesoramiento sobre deudas, una comisión de sobreendeudamiento o una entidad encargada de la ejecución de préstamos). En otros sistemas, tal vez los deudores deban recurrir a actores del sector privado o semiprivado para recibir servicios de asesoramiento y apoyo en la negociación.

382. Quizás también sea necesario que un foro neutral facilite la negociación y la resolución de las cuestiones que se planteen entre el deudor y el acreedor y entre acreedores. Podría tratarse de una institución de arbitraje o mediación existente o de tribunales para reclamaciones de menor cuantía. Otra posibilidad sería que la autoridad del Estado encargada de llevar a cabo las negociaciones entre el deudor y sus acreedores estuviera facultada para nombrar un mediador o un conciliador *ad hoc* para el proceso.

383. En el presente [texto] se recomienda que se establezcan mecanismos para afrontar el costo de los servicios del facilitador de las negociaciones o de las instituciones que constituyan un foro neutral, reconociendo que la MYPE probablemente no tendrá forma de hacer frente a esos costos. Algunos mecanismos que se examinan en el comentario de la recomendación [10] pueden ser pertinentes en este contexto (por ejemplo, la creación de incentivos para que se ofrezcan servicios a título gratuito a las MYPE).

4. Financiación [anterior a la apertura del procedimiento] destinada al rescate de la empresa³² [recomendación 107]

384. El éxito de toda medida de prevención de la insolvencia muy a menudo depende de la existencia de recursos financieros para apoyar el funcionamiento de la empresa. Los recursos financieros de las MYPE mientras se procura evitar la insolvencia probablemente provengan de los prestamistas, clientes o proveedores ya existentes que están interesados en la relación que mantienen con la MYPE. Esas personas tal vez estén interesadas en proporcionar nuevos fondos o proveer financiación para la empresa con el fin de aumentar sus probabilidades de cobrar sus créditos anteriores. En el presente [texto] se recomienda que la ley cree incentivos para que esos acreedores ofrezcan nueva financiación a las MYPE. Sin esos incentivos, las posibilidades de que las MYPE obtengan nueva financiación se ven considerablemente obstaculizadas.

³² Véanse las cuestiones planteadas con respecto a la recomendación 107.

385. Los acreedores en general aceptan proporcionar nueva financiación a condición de que se les otorgue prelación en el cobro de sus nuevos créditos o que se les proporcionen nuevas garantías sobre los bienes de la MYPE. Esos acreedores que participan en las negociaciones oficiosas de reestructuración de la deuda quizás acuerden entre ellos que, si uno o más de ellos otorga más financiación, los demás subordinarán sus créditos de modo que el nuevo préstamo se pague antes que los suyos propios. En esos casos, habrá un acuerdo contractual entre esos acreedores sobre el pago de la nueva financiación otorgada en el caso de que las negociaciones oficiosas de reestructuración de la deuda tengan éxito y se logre rescatar la empresa.

386. Si el rescate de la empresa fracasa a pesar de haberse proporcionado financiación adicional y, como consecuencia de ello, debe abrirse un procedimiento de insolvencia, los acreedores desearán que la ley proteja de alguna manera los fondos que se hayan proporcionado con anterioridad a la apertura del procedimiento, en particular, que esos préstamos no se consideren nulos, anulables o no susceptibles de ejecución, de modo que el acreedor que los haya otorgado corra el riesgo de quedarse con un crédito no garantizado (si no se le otorgara una garantía) y con derecho a un mero reintegro parcial junto con otros acreedores no garantizados. También desearán no tener responsabilidad civil, administrativa o penal por aportar dicha financiación, dado que a menudo se obliga a los prestamistas a asumir esa responsabilidad por otorgar nueva financiación a las empresas que se encuentran en dificultades financieras.

387. A fin de alentar a los acreedores a aportar nueva financiación, en el presente [texto] se recomienda que la ley asegure protección adecuada a quienes la proporcionen. En particular, ofrecer prelación a quienes aporten financiación antes de la apertura del procedimiento con fines de rescate de la empresa, para que tengan preferencia en el cobro de al menos un crédito no garantizado en cualquier procedimiento de insolvencia subsiguiente podría constituir un fuerte incentivo para que los acreedores existentes aportaran nueva financiación a las MYPE, dado que de otro modo esos créditos podrían quedar subordinados a los créditos de nuevos prestamistas que otorgaran esa financiación.

388. Asimismo, en el presente [texto] se señala que las medidas orientadas a alentar la concesión de nueva financiación a efectos de evitar la insolvencia deberían equilibrarse con otras consideraciones, como la necesidad de respetar los acuerdos comerciales, proteger los derechos y el grado de prelación de los créditos de los acreedores ya existentes y reducir al mínimo las repercusiones negativas que podrían tener esa nueva financiación en la disponibilidad de nuevos créditos, en particular de financiación garantizada, que podría ser una consecuencia de haberse interferido con las garantías y el orden de prelación originales. También es importante estudiar qué efectos tendrían esas medidas en los acreedores no garantizados quienes podrían perder los restantes bienes no gravados, que pasarían a garantizar los nuevos créditos aportados como financiación. Por lo tanto, en el presente [texto] se recomienda que la ley asegure protección adecuada a las partes cuyos derechos podrían verse afectados por el otorgamiento de esa financiación.

389. Las salvaguardias que se adopten pueden asumir diferentes formas, por ejemplo, podría preverse la posibilidad de que se controle *ex ante* o *ex post* la financiación que aporten instituciones públicas o privadas, incluidos organismos de regulación que vigilen el sector bancario y de crédito o que se encarguen de asistir a la MYPE en sus esfuerzos por conseguir mayor financiación. Ese control debería infundir confianza y tranquilidad a las partes afectadas en el sentido de que la protección de quienes aporten financiación anterior a la apertura del procedimiento destinada al rescate de la empresa, incluso contra la anulación de determinados actos y contra la posibilidad de incurrir en responsabilidad personal, se extendería solo a la nueva financiación que se haya proporcionado de buena fe y que sea inmediatamente necesaria para rescatar la empresa y asegurar su

funcionamiento o la preservación o el aumento de su valor. También deberían recibir garantías de que obtendrían beneficios si la empresa siguiera funcionando.
