



Asamblea General

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

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

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

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Nota de la Secretaría

Índice

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

Segunda parte (continuación)	Párrafos	Página
III. Régimen aplicable a los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia ..		2
B. Protección y conservación de la masa de la insolvencia	71-104	2
1. Introducción	71	2
2. Protección de la masa mediante una paralización	72-76	2
3. Alcance de la paralización	77-83	3
4. Cuestiones de procedimiento	84-95	6
5. Protección de los acreedores amparados por una garantía...	96-102	10
6. Restricciones de la libertad de disposición de sus bienes por el deudor	103-104	12
Recomendaciones	30)-42)	12



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

Los números de recomendaciones que figuran entre corchetes remiten a las recomendaciones pertinentes que figuran en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.61 y A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, versiones anteriores de las recomendaciones. En el presente documento, el texto agregado a las recomendaciones figura subrayado.

Segunda Parte (continuación)

III. Régimen aplicable a los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia

B. Protección y conservación de la masa de la insolvencia

1. Introducción

71. [53] Un objetivo esencial de un régimen eficaz de la insolvencia es el establecimiento de un mecanismo protector que ampare el valor de los bienes de la masa de la insolvencia frente a todo acto o actuación judicial de las diversas partes interesadas y mediante el cual el procedimiento de la insolvencia pueda administrarse de manera equitativa y ordenada. Las partes frente a las que deberá ampararse la masa son sobre todo el deudor y sus acreedores.

2. Protección de la masa mediante una paralización

72. [54] Frente a los acreedores, uno de los principios fundamentales que se ha de observar en el régimen de la insolvencia es la índole colectiva de este procedimiento que exige el amparo de los intereses de todos los acreedores frente a toda actuación por separado de alguno de ellos. Muchos regímenes de la insolvencia han previsto un mecanismo que no sólo impide que los acreedores puedan obtener la ejecución de sus derechos a través de alguna acción judicial entablada durante la totalidad o alguna fase del procedimiento de reorganización o de liquidación, sino que también paralizan las acciones que ya estén en curso e impiden la apertura de otras nuevas. Este mecanismo suele ser designado por términos como el de moratoria, suspensión o paralización, según cuál sea su alcance. Para los fines de la presente Guía se utilizará el término “paralización” en sentido lato como referido tanto a la paralización de unas acciones como a la moratoria impuesta a la apertura de otras acciones.

73. [55] Por regla general, la venta total o parcial de los bienes es prioritaria en los supuestos de liquidación con el fin de poder reembolsar lo más rápidamente posible a los acreedores con el producto de dicha venta. Para ello es primordial obtener el mayor valor posible de la venta. La paralización de toda actuación judicial individual en el curso de la liquidación puede garantizar una administración ordenada y equitativa del procedimiento, dándole al representante de la insolvencia tiempo suficiente para eludir una venta forzosa que reste valor a los bienes de la

masa que vayan a ser liquidados y dándole asimismo margen para ver si cabe vender la empresa como negocio en marcha en los casos en que el valor colectivo de los bienes pueda ser mayor que si los bienes se vendieran fraccionadamente. Existe un equilibrio difícil entre los intereses encontrados de los acreedores garantizados, que tienen frecuentemente garantías sobre algunos de los bienes más importantes de la empresa, y los intereses de los acreedores no garantizados.

74. [55] En el curso de un procedimiento de reorganización, la paralización de las acciones dará al deudor margen para organizar sus negocios, para preparar y aprobar un plan de reorganización y para adoptar otras medidas necesarias para garantizar una aplicación exitosa de la reorganización, incluido el abandono de actividades no provechosas y de contratos onerosos. Teniendo en cuenta los objetivos de la reorganización, las repercusiones de la paralización son aún más importantes que en la liquidación y pueden constituir un incentivo importante para alentar a los deudores a optar por un procedimiento de reorganización. Al mismo tiempo, la apertura de un procedimiento y el mandamiento de paralización supondrán un aviso a toda persona que tenga tratos con el deudor de que el futuro de la empresa ha pasado a ser incierto. Ello puede desencadenar una crisis de confianza, de incertidumbre, entre los proveedores, los clientes y los empleados de la empresa del deudor insolvente, acerca del efecto eventual de la insolvencia sobre sus intereses.

75. [56] Una cuestión clave para el diseño de un régimen eficaz de la insolvencia será saber equilibrar estos intereses -la ventaja inmediata reportada al deudor por la rápida imposición de una paralización amplia de toda actuación de los acreedores y las ventajas a más largo plazo que reportaría limitar los efectos de la paralización sobre las relaciones contractuales entre el deudor y los acreedores, especialmente los acreedores garantizados.

76. [57] Los derechos afectados por la paralización varían notablemente de un régimen de la insolvencia a otro. Apenas se discute la necesidad de suspender las acciones entabladas contra el deudor o sus bienes por acreedores cuyo crédito no esté garantizado. El extender la paralización a los acreedores con créditos garantizados será, en cambio, más problemático al haberse de tener en cuenta intereses contrapuestos. Cabe citar, por ejemplo, la necesidad de: mantener ciertos contratos y negocios particularmente rentables; respetar la prelación anterior al proceso de insolvencia del titular de un crédito garantizado sobre el bien constituido en garantía; salvaguardar el valor de las garantías reales; procurar que los acreedores sean pagados con cargo a la masa de la insolvencia en función del valor de su crédito; maximizar el valor de los bienes en provecho de todos los acreedores; y, en supuestos de reorganización, mantener abierta la posibilidad de que la empresa reorganizada resulte viable.

[b) Las medidas provisionales pasan al apartado b) del punto 4, plazo de la paralización]

3. Alcance de la paralización

a) Medidas a las que se aplicará la paralización

77. [60] Algunos países siguen el criterio de que para que la paralización sea eficaz ha de ser amplia y, por ello, aplicable a toda acción presentada o

procedimiento que se esté siguiendo contra el deudor y sus bienes, ya sea de índole administrativa, judicial o extrajudicial, así como a toda medida ejecutoria de un crédito garantizado o no garantizado, y de los créditos privilegiados de ciertas entidades públicas. Cabe citar como ejemplos de medidas que normalmente serán paralizables las siguientes: la apertura o el mantenimiento de acciones o procedimientos abiertos contra el deudor o relativos a sus bienes; la apertura o el mantenimiento de algún procedimiento de ejecución relativo a los bienes del deudor, incluida la ejecución de una sentencia y la constitución o ejecución de una garantía real; la recuperación por su propietario de bienes que estén siendo utilizados u ocupados por el deudor o que estén en su poder o le hayan sido arrendados; el pago de alguna deuda contraída por el deudor con anterioridad a la fecha de apertura o la creación de alguna garantía real en respaldo de dicha deuda; la cesión, la constitución de gravámenes o todo otro acto de disposición de bienes del deudor (en procedimientos de reorganización, esto podría limitarse a la transmisión, gravamen o disposición de algún otro modo de bienes no efectuado en el curso de las actividades ordinarias de la empresa); y la suspensión, interrupción o corte de algún servicio o suministro esencial para el deudor (por ejemplo, agua, gas, electricidad y teléfono). El artículo 20 de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase el capítulo VIII), dispone, por ejemplo, que se paralizará la iniciación o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor, así como toda medida de ejecución contra los bienes del deudor.

78. [61] Algunos regímenes de la insolvencia establecen que, cuando se estén siguiendo procedimientos judiciales contra el deudor (incluidos tanto su mantenimiento como su apertura) en el ámbito de la paralización en un procedimiento de liquidación, dichos procedimientos pueden mantenerse si el tribunal así lo estima oportuno y lo considera necesario para salvaguardar un crédito contra el deudor o fijar el monto de un crédito. El artículo 20 3) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza dispone, por ejemplo, que la paralización de la apertura o continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten contra el deudor no afectará al derecho de iniciar acciones o procedimientos individuales en la medida en que ello sea necesario para preservar un crédito contra el deudor. Otros regímenes de la insolvencia autorizan la apertura o mantenimiento de procedimientos judiciales, si bien la paralización impide la ejecución de cualquier mandamiento judicial resultante. Algunos regímenes de la insolvencia distinguen entre acciones reglamentarias y pecuniarias, algunos regímenes permiten mantener reclamaciones tanto de naturaleza reglamentaria como de naturaleza pecuniaria mientras que otros sólo admiten reclamaciones de naturaleza reglamentaria. Otros regímenes de la insolvencia establecen que determinadas acciones tales como las presentadas por los empleados del deudor contra éste puedan iniciarse o mantenerse, si bien toda medida ejecutoria otorgada a raíz de esas actuaciones será objeto de paralización. Algunos regímenes de la insolvencia permiten también iniciar o mantener acciones encaminadas a restringir la realización de ciertas actividades por el deudor, tales como aquellas que causen un perjuicio al medio ambiente. En el caso de que las reclamaciones contra el deudor prosperen, el representante de la insolvencia deberá implicarse asumiendo las atribuciones de las que el deudor sea desposeído.

79. [62] Con el fin de garantizar la transparencia y la previsibilidad, es sumamente aconsejable que el régimen de la insolvencia indique claramente cuáles

son las acciones que serán objeto de la paralización o que quedarán excluidas de ella, independientemente de quién pueda incoar dichas acciones, ya sean acreedores no garantizados (incluidos los acreedores privilegiados, los empleados de la empresa, los beneficiarios de algún gravamen legal o las autoridades públicas), terceros (como pudiera ser el propietario de algún bien que obre en poder del deudor, o que esté siendo utilizado u ocupado por él, o que le haya sido arrendado), acreedores garantizados u otros. Las exclusiones podrían referirse a: los derechos de compensación o arreglos de compensación global (*netting*) de contratos financieros (ver capítulo III.F de la Segunda Parte), actuaciones encaminadas a proteger intereses públicos, como las encaminadas a limitar un daño al medio ambiente o para prevenir abusos, tales como la utilización de un procedimiento de insolvencia para encubrir alguna actividad ilícita.

b) Acreedores garantizados

80. [69] Los acreedores suelen pedir garantías para amparar sus derechos contra el eventual impago del deudor. Cabe argüir que, si la garantía otorgada ha de lograr su objetivo, no se debe impedir que, a la apertura de un procedimiento de insolvencia, el titular de un crédito garantizado haga valer sin demora su garantía. Por ello la introducción de cualquier medida que reste certidumbre a su cobro por el acreedor garantizado o merme la seguridad de las garantías, como sería la de paralizar toda acción judicial de los acreedores garantizados, deberá ser cuidadosamente sopesada. Esa medida pudiera socavar no sólo la autonomía contractual de los comerciantes en sus negocios y la importancia de respetar los compromisos contractuales, sino también la disponibilidad de créditos financieros a un costo razonable; a medida que disminuya el amparo buscado en la garantía, se elevará el precio del crédito otorgado para contrarrestar el mayor riesgo financiero de la operación. [72] Algunos regímenes de la insolvencia que excluyen las garantías reales de los acreedores del ámbito de la paralización insisten en la apertura de negociaciones previas entre el deudor y sus acreedores para ponerse de acuerdo sobre cómo se ha de proceder. Si esa negociación previa da resultados, tal vez no sea necesario que la paralización se aplique a los acreedores garantizados. [70] Un número creciente de regímenes de la insolvencia reconocen que, en algunos casos, permitir que los titulares de créditos garantizados separen los bienes constituidos en garantía del resto de la masa de la insolvencia (con el fin de satisfacer sus créditos) puede frustrar algún objetivo básico del procedimiento de la insolvencia, especialmente en un procedimiento de reorganización, pero también cuando la empresa pueda venderse como negocio en marcha en un procedimiento de liquidación.

81. [71] Si la paralización es aplicable a las garantías reales, cabe que el régimen de la insolvencia prevea la adopción de medidas que impidan que la paralización prive de eficacia a la garantía. Cabe citar al respecto la posibilidad de límites temporales de la paralización, así como salvaguardias del valor de la garantía, el pago de intereses y establecer límites relativos a la paralización en los casos en que el valor de la garantía no haya sido debidamente amparado o si el bien constituido en garantía no fuera necesario para la venta del negocio en su totalidad o de alguna unidad productiva del mismo.

i) Reorganización

82. [70] En los procedimientos de reorganización [74] en los que exista una posibilidad real de llevarla a cabo con éxito, sería conveniente imponer una paralización lo más extensa general posible. [70] Cuando ciertos bienes esenciales para el funcionamiento del negocio han sido constituidos en garantía, la ejecución de ésta por sus beneficiarios al comienzo del procedimiento puede imposibilitar el funcionamiento del negocio mientras se formula el plan de reorganización, y si los acreedores garantizados no se vinculan a dicho plan, podría resultar imposible su aplicación (ver capítulo V.A de la Segunda Parte).

ii) Liquidación

83. [72] El régimen de la insolvencia sigue diversos criterios en la determinación de si la paralización será aplicable a las garantías de los créditos en un procedimiento de liquidación. Por regla general, cuando el cometido del representante de la insolvencia sea reunir y liquidar los bienes de la masa, y distribuir su producto entre los acreedores en forma de dividendos, cabrá autorizar al acreedor garantizado a ejecutar su garantía para satisfacer su crédito a pesar de la liquidación. Algunos regímenes de la insolvencia excluyen, de este modo, a los titulares de créditos garantizados del ámbito de aplicación de la paralización basándose en que si los bienes van a ser liquidados todo aboga en favor de que se respete el derecho de los acreedores a ejecutar sus derechos de garantía real. De seguirse este criterio, será preciso, no obstante, aplicarlo con cierta flexibilidad en los casos en que el representante de la insolvencia pueda maximizar más fácilmente el valor de los bienes al servicio del provecho colectivo de todos los acreedores si se impone una paralización que obstaculice hacer efectiva la garantía. Ése suele ser el caso cuando subsiste la posibilidad de vender la empresa como negocio en marcha en el marco de un procedimiento de liquidación. Puede que también sea cierto en supuestos en los que aun cuando los bienes vayan a ser vendidos por lotes o fragmentariamente, se necesite algo de tiempo para organizar una venta que reporte el mayor beneficio posible a todos los acreedores cuyo crédito no esté garantizado.

4. Cuestiones de procedimiento

a) Aplicación discrecional o automática de la paralización

84. [64] Cabe preguntarse primeramente si la paralización ha de aplicarse automáticamente (por efecto del régimen de la insolvencia) o si debe ser una medida discrecional que el tribunal otorgue si lo estima oportuno. La decisión que se adopte en esta cuestión dependerá de consideraciones de política judicial interna del país, de la fiabilidad de la información financiera disponible y de la facilidad de acceso del deudor y los acreedores a una judicatura independiente y con experiencia en asuntos de insolvencia. Darle carácter discrecional permitiría adaptarla a las circunstancias del caso (del deudor y sus bienes o de sus acreedores), evitando su imposición cuando no proceda, así como toda interferencia innecesaria con los derechos de garantía real de que disponen algunos acreedores. Sin embargo, este enfoque es susceptible de causar demoras mientras el tribunal estudia los asuntos pertinentes; no contribuye a crear una situación previsible para los acreedores y los terceros a quienes puede afectar la paralización; y puede hacer necesaria la

aplicación de algún mecanismo, como las medidas provisionales, para abordar el período anterior a la adopción de una decisión judicial sobre la paralización, así como de requisitos para la notificación relativa a la aplicación de la paralización. Un enfoque distinto que reduzca al mínimo la demora y que vele por maximizar el valor de los bienes y la índole ordenada y equitativa del procedimiento, en aras de una mayor transparencia y predecibilidad de las actuaciones podría consistir en una paralización automática de determinadas acciones, con la posibilidad de extender el ámbito de la paralización a otras acciones, al arbitrio del tribunal. Este criterio ha sido adoptado por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: el artículo 20 describe los tipos de acciones que se paralizarán automáticamente a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, mientras que el artículo 21 señala ejemplos de medidas adicionales otorgables a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, al arbitrio del tribunal. La paralización automática constituye un rasgo común de muchos regímenes modernos de la insolvencia.

b) Inicio de la paralización

85. [65] Otra inquietud relativa a la paralización es la determinación de su inicio tanto en un procedimiento de liquidación como en un procedimiento de reorganización.

i) *Con respecto a la apertura del procedimiento - la necesidad de medidas cautelares*

86. [66] Cabe distinguir diversos criterios relativos al inicio de la paralización. El criterio más frecuente consiste en que la paralización sea efectiva al comienzo del procedimiento, cuando se hayan resuelto las cuestiones relativas a las condiciones de admisibilidad, a la jurisdicción y al cumplimiento de los criterios referentes al inicio y cuando sea evidente que debe comenzarse el procedimiento y no rechazarse su solicitud. En algunos regímenes de la insolvencia la paralización en el momento de la apertura se combina con medidas cautelares para abordar el período entre la solicitud y la apertura, cuando exista la posibilidad de que la situación empresarial del deudor cambie o se produzca una dispersión de la totalidad o parte del patrimonio del deudor. Cabe que el deudor se sienta tentado a transferir ciertos bienes del negocio y puede que los acreedores presenten alguna demanda judicial para adelantarse a toda paralización impuesta tras la apertura del procedimiento. Cuando un régimen de la insolvencia otorga medidas cautelares, es importante también abordar lo que sucederá con esas medidas en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia.

87. [59] El tribunal puede adoptar medidas cautelares de oficio o a instancia del deudor o de los acreedores, y cabe citar como posibles medidas las siguientes: el nombramiento de un representante preliminar de la insolvencia; la prohibición impuesta al deudor de enajenar sus bienes; intervenir una parte o la totalidad de los bienes del deudor; la paralización de toda medida ejecutoria de garantías reales impuesta a instancia de los acreedores contra los bienes del deudor; la paralización de toda acción entablada a instancia de los acreedores para separar ciertos bienes del patrimonio del deudor, ya sea por estar constituidos en garantía de un crédito o por haberse retenido su titularidad al ser reclamados respectivamente por el acreedor

garantizado o por su propietario; o evitar la presentación de demandas individuales por los acreedores para la ejecución de sus créditos. Puesto que estas medidas son de índole provisional y serán otorgadas antes de que el tribunal adopte una resolución relativa al cumplimiento de las condiciones requeridas para la apertura del procedimiento, los que soliciten dichas medidas deberán presentar al tribunal pruebas de que la medida solicitada es necesaria para conservar el valor de la masa de la insolvencia y evitar la dispersión de sus bienes. Si quien solicita estas medidas es un acreedor, deberá éste constituir alguna fianza que cubra las costas o los daños eventualmente causados, en el caso de que el procedimiento no llegue a iniciarse posteriormente. El régimen de la insolvencia deberá también examinar la cuestión de la notificación de la adopción de medidas cautelares y de las partes a las que dicha notificación debe dirigirse. Teniendo en cuenta la necesidad de evitar un perjuicio innecesario al deudor cuando no llegue a iniciarse posteriormente un procedimiento de insolvencia que le afecte, puede ser necesario restringir aquella notificación únicamente a las partes que se vean directamente afectadas por la adopción de las medidas cautelares. Los límites a la aplicación de las medidas cautelares, como la modificación o la revocación de éstas pueden ser también convenientes cuando se están perjudicando los intereses de las personas afectadas. Esas limitaciones de las medidas cautelares pueden obtenerse mediante solicitud de la parte afectada, del representante de la insolvencia o a iniciativa del mismo tribunal.

ii) A partir del momento de la solicitud de apertura del procedimiento

88. [66] Otro posible criterio a seguir es que la paralización surta efecto a raíz de la presentación de una solicitud de un procedimiento de liquidación o de un procedimiento de reorganización, con independencia de si la solicitud ha sido presentada por el deudor o por el acreedor. Este criterio puede hacer innecesaria la solicitud de medidas provisionales o cautelares para cubrir el período entre la presentación de la solicitud y la apertura del procedimiento, pero exigirá la paralización en un momento en el que posiblemente no se hayan clarificado una serie de cuestiones fácticas, en especial si el deudor cumple los criterios necesarios para la apertura. Para contrarrestar el riesgo de abusos en semejante situación, de seguir este criterio sería conveniente incluir sin demora en el régimen de la insolvencia procedimientos claros tendentes a limitar la paralización.

iii) Determinación del momento preciso de la paralización

89. Si la paralización ha de aplicarse con respecto al momento de la solicitud o de la apertura, es importante que el régimen de la insolvencia aborde la cuestión del momento preciso en el que la paralización surtirá efecto para garantizar la protección de la masa de la insolvencia, especialmente en lo que concierne a los pagos. Cabe seguir diversos criterios relativos a esta cuestión. En algunos regímenes, la paralización surte sus efectos a partir del momento en el que el tribunal adopta la decisión de apertura del procedimiento, en otros casos, a partir del momento en que se publica la decisión de apertura, mientras que en otros regímenes, sin embargo, la paralización tiene efecto retroactivo desde la primera hora del día en que se dicta la resolución judicial de apertura. También existen diversos criterios relativos a los supuestos en que la paralización surte sus efectos a partir de la presentación de la solicitud de un procedimiento.

c) Duración de la paralización*i) Titulares de créditos no garantizados*

90. Muchos regímenes de la insolvencia disponen que la paralización se aplique a los titulares de créditos no garantizados durante el curso tanto del procedimiento de liquidación como del procedimiento de reorganización.

*ii) Titulares de créditos garantizados**- Reorganización*

91. [74] En algunos supuestos tal vez sea aconsejable que la paralización sea aplicable a los acreedores con créditos garantizados a lo largo de todo el procedimiento¹ a fin de que la reorganización se lleve a cabo con el debido orden y sin riesgo de que ciertos bienes sean separados antes de que la reorganización pueda ser ultimada. Ahora bien, a fin de evitar demoras y de alentar una resolución rápida del procedimiento, sería tal vez ventajoso limitar esa duración al tiempo que se juzgue necesario para que el plan de reorganización sea aprobado para evitar que la paralización se aplique por períodos inciertos o innecesariamente largos. Esa limitación puede dar también a los titulares de créditos garantizados cierta previsibilidad y certidumbre en cuanto a la duración de la moratoria impuesta sobre el ejercicio de sus derechos. No obstante, la dificultad de fijar un plazo cerrado radica en que puede no ser lo suficientemente largo, dependiendo de la magnitud y complejidad de la reorganización, y puede ser difícil cumplirlo. Una solución podría ser fijar plazos concretos con la posibilidad de prolongarlos (ver más abajo). Cabe también que el régimen de la insolvencia prevea limitaciones de la paralización para los titulares de créditos garantizados en determinados supuestos (ver más abajo).

- Liquidación

92. [72] En algunos regímenes de la insolvencia en los que la paralización se aplica a titulares de créditos garantizados, dicha paralización será automáticamente aplicable a la apertura de todo procedimiento de liquidación, pero sólo por un breve plazo, de 30 a 60 días, salvo en supuestos en los que el bien constituido en garantía sea esencial para la venta de la empresa como negocio en marcha (en cuyo caso podrá prorrogarse la paralización). El plazo inicial bastaría para que, en todo caso, el representante de la insolvencia pueda entrar en funciones y hacerse cargo de los bienes y de las responsabilidades de la masa de la insolvencia. En caso de que el bien constituido en garantía no sea esencial para la venta de la empresa, la paralización podría levantarse (ver más abajo). Conforme a otro criterio, la paralización será aplicable a los titulares de créditos garantizados durante todo el procedimiento, salvo que el tribunal ordene que sea levantada si se le presenta alguna prueba de que el valor del bien constituido en garantía se está deteriorando.

¹ Esta disposición se verá afectada por el momento en el que el régimen de la insolvencia considere concluido el procedimiento: conforme a algunos regímenes se considera concluido un procedimiento cuando se aprueba el plan (y se confirma, si así lo exige el régimen de la insolvencia), según otros, cuando se concluye la ejecución del plan.

d) Prórroga del plazo de la paralización

93. [73] Cuando se haya impuesto un plazo a la paralización, cabe que la ley prevea su prórroga. Dicha prórroga podrá ser solicitada por el representante de la insolvencia cuando pueda demostrar que es necesaria para optimizar el valor de la masa (por ejemplo, por haber alguna posibilidad de que la empresa del deudor o ciertas unidades funcionales de la empresa del deudor puedan ser vendidas como negocio en marcha) con tal de que se ampare a los acreedores garantizados contra todo riesgo no justificable de daño eventual. A fin de amparar mejor a estos acreedores y de evitar que la paralización sea prorrogada por tiempo indefinido o períodos excesivamente largos, cabe que el régimen de la insolvencia limite la duración de esas prórrogas.

e) El levantamiento de la paralización

94. [81] En procedimientos de liquidación y de reorganización pueden darse supuestos en los que sea conveniente remediar ciertos efectos de la paralización disponiendo que el acreedor amparado por la garantía pueda solicitar del tribunal la entrega del bien constituido en garantía o que se faculte al representante de la insolvencia para hacerlo sin necesidad de recabar la autorización del tribunal. Cabe citar situaciones pertinentes en las que no se esté amparando el valor de la garantía o en las que ese amparo no sea posible o resulte excesivamente oneroso para la masa de la insolvencia, supuestos en los que el bien constituido en garantía no sea necesario para la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha en un procedimiento de liquidación; o cuando el bien no tenga ningún valor para la masa de la insolvencia. Pueden darse otras situaciones en las que puede ser conveniente establecer limitaciones de la paralización, tales como los supuestos de acciones que afecten a mercancías perecederas.

95. [82] Si bien las disposiciones sobre las limitaciones de la paralización sirven principalmente a los intereses de los acreedores amparados por una garantía, algunos regímenes de la insolvencia prevén que la paralización pueda ser levantada en provecho de un acreedor sin garantía. Esto puede ser pertinente, por ejemplo, en los casos en los que el régimen de la insolvencia no permite la apertura o mantenimiento de créditos con miras a que se pueda dictaminar sobre un crédito presentado en algún otro foro ante el que se haya seguido un procedimiento más avanzado que convenga ultimar, o para reclamar algún cobro debido por alguna compañía aseguradora del deudor.

5. Protección de los acreedores amparados por una garantía

96. Es conveniente que el régimen de la insolvencia aborde la cuestión relativa a la protección del valor de los bienes sobre los que los acreedores garantizados tienen un derecho, frente a un menoscabo del valor de esos bienes o a una gestión inadecuada durante la paralización.

97. [76] Una de las formas previstas para contrarrestar el impacto negativo que la paralización pudiera tener sobre el valor de las garantías consiste en salvaguardar su valor económico durante el período de la paralización (hablándose a veces de su “protección adecuada”). Una solución sería la de proteger el valor del propio bien constituido en garantía en el entendimiento de que, a su liquidación, el producto de

la venta de ese bien será directamente entregado al acreedor, aun cuando sólo por el importe exacto de la fracción garantizada de su crédito. Esta solución puede requerir la adopción de algunas medidas.

98. [77] Es posible que el bien constituido en garantía pierda valor durante la paralización. En vista de que el grado de prioridad del que disfrutará un acreedor garantizado en el momento de la distribución final dependerá del valor del bien sobre el que se haya constituido una garantía, esa depreciación puede perjudicar los intereses del acreedor garantizado. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que el representante de la insolvencia deberá compensar a los acreedores, amparados por una garantía, por la cuantía de esa reducción ya sea ofreciéndoles algún otro bien adicional o sustitutivo en garantía o abonando periódicamente en metálico la suma que corresponda a esa reducción del valor. Este enfoque sólo es necesario si el valor del bien gravado por la garantía es menor que el monto del crédito garantizado. Si dicho valor supera al monto del crédito, el acreedor garantizado no se verá perjudicado por la reducción del valor mientras que éste no llegue a ser insuficiente para pagar el crédito garantizado. [77] Algunos países que salvaguardan el valor de la garantía, por el método indicado, autorizan además el pago de intereses durante el período de la paralización para compensar la demora impuesta por el procedimiento. No obstante, el pago de intereses podrá limitarse en la medida en que el valor del bien constituido en garantía supere el importe de la garantía. [78] De lo contrario, la indemnización de esa demora pudiera mermar el valor de los bienes disponibles para el pago de los acreedores sin garantía. [77] Este criterio puede ayudar a los prestamistas a tratar de obtener garantías constituidas sobre bienes cuyo valor exceda del de sus créditos.

99. [77] En algunos casos de liquidación el representante de la insolvencia juzgará necesario vender o gravar ciertos bienes (ver capítulo II.C de la Segunda Parte) con el fin de optimizar el valor de la masa de la insolvencia. Por ejemplo, si el representante de la insolvencia estima que el valor de la masa de la insolvencia se elevará si el negocio prosigue durante cierto período de tiempo, puede que le sea necesario proceder a la venta de existencias que estén parcialmente gravadas. Será por ello conveniente que el régimen de la insolvencia permita, en supuestos en los que se ha previsto amparar a los acreedores salvaguardando el valor de los bienes constituidos en garantía, que el representante de la insolvencia pueda optar por ofrecer en su lugar al acreedor una garantía equivalente o abonarle el importe total del valor de los bienes amparados por la garantía de su crédito.

100. [78] Otra forma de proteger la garantía de un crédito que esté garantizado consiste en proteger el valor de la fracción garantizada de ese crédito. Nada más declararse la apertura, se valorará el bien gravado y, en función de esa valoración, se determinará el monto de la fracción garantizada del crédito. Este monto se mantendrá fijo durante todo el procedimiento y, al procederse a la liquidación y subsiguiente distribución del producto de la misma, el acreedor que sea beneficiario de la garantía gozará de prioridad por el importe de dicho monto. Durante el procedimiento, el acreedor amparado por una garantía podrá percibir además la tasa de interés contractual prevista por la fracción garantizada de su crédito, a fin de compensarle de la demora impuesta por el procedimiento.

101. Otro medio para proteger el bien gravado por la garantía consiste en proporcionar una limitación de la paralización, tal como se señala más arriba (ver

capítulo III.C de la Segunda Parte), así como en permitir que el titular de un crédito garantizado ejecute su garantía.

102. [79] La conveniencia de una u otra forma de protección del valor de la garantía deberá ser sopesada a la luz de la complejidad y del costo eventual de esas medidas, así como de la carga impuesta al tribunal que haya de valorar cuestiones comerciales difíciles para determinar cuál es la protección adecuada. Si se proporciona esa protección, sería deseable que el régimen de la insolvencia enunciase ciertas directrices sobre cómo se habrá de determinar el momento en el que los acreedores amparados por una garantía constituida sobre los bienes del deudor tendrán derecho a algunas de las medidas de protección descritas, así como el alcance o las modalidades de esa protección.

6. Restricciones de la libertad de disposición de sus bienes por el deudor

103. [83] Además de las medidas destinadas a proteger la masa de la insolvencia frente a las acciones presentadas por los acreedores o por terceros, el régimen de la insolvencia suele prever medidas para limitar el alcance de los actos de disposición del deudor respecto de los bienes incluidos en la masa, después de haber solicitado la apertura y de que se haya iniciado el procedimiento. Si se nombra a un representante de la insolvencia interino como medida cautelar antes de la apertura del procedimiento, el deudor puede verse sujeto a la supervisión o control de ese representante de la insolvencia, y tendrá un poder de disposición limitado sobre sus bienes.

104. Muchos regímenes de la insolvencia prevén que, cuando se nombra un representante de la insolvencia en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, el deudor perderá todo el control sobre la masa de la insolvencia y no podrá realizar ninguna operación después de la apertura, o bien seguirá teniendo facultades, pero limitadas en relación con la gestión diaria de la empresa y podrá realizar operaciones en el giro normal del negocio. Las operaciones que no correspondan a esta categoría, como la venta de bienes considerables, pueden precisar de una autorización del representante de la insolvencia, del tribunal o, en algunos casos, de los acreedores². Algunos regímenes de la insolvencia abordan los contratos celebrados y las operaciones realizadas por el deudor entre la solicitud, la apertura y después de la apertura del procedimiento sin haber sido autorizados, ya sea por el régimen de la insolvencia, por el representante de la insolvencia, por el tribunal o por los acreedores (en caso necesario), en función de las disposiciones sobre impugnación (ver capítulo III.E, de la Segunda Parte).

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legislativas

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

² Otros aspectos de estas operaciones se examinan en los capítulos III.A.4 b), III.D.7 y IV de la Segunda Parte.

- a) prever la aplicación de medidas que garanticen que los bienes no son disminuidos por las acciones entabladas por [las diversas partes interesadas] [el deudor, los acreedores o terceros];
- b) determinar la gama de esas medidas y las partes a las que se aplicarán;
- c) establecer las condiciones para la aplicación de esas medidas, incluso el método, el momento y la duración de la aplicación;
- d) establecer los motivos para limitar la aplicación de esas medidas.

Contenido de las disposiciones legislativas

*Medidas cautelares*³

30) [26]] El régimen de la insolvencia debe disponer que el tribunal pueda conceder una limitación de carácter provisional, a solicitud de cualquiera de las partes interesadas, [si se necesita urgentemente la limitación para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores] entre la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura del procedimiento, incluso:

- a) paralizando toda medida ejecutiva así como cualquier medida tendente a crear derechos de garantía real válidos sobre los bienes del deudor⁴;
- b) confiando la administración o la supervisión de la empresa del deudor [incluyendo la facultad de utilizar y disponer de los bienes en el giro normal del negocio] a un representante de la insolvencia interino o a otra persona designada por el tribunal [a fin de proteger y conservar el valor de los bienes];
- c) confiar la realización de todos los bienes del deudor o parte de ellos⁵ a un representante de la insolvencia interino o a otra persona designada por el tribunal, a fin de proteger y conservar el valor de los bienes, que por su naturaleza o por otras circunstancias son perecederos, susceptibles de devaluación o de otro modo expuestos a riesgo; y
- d) cualquier otra limitación de las que sean aplicables automáticamente en el momento de la apertura del procedimiento (recomendación 35) d)⁶.

31) El régimen de la insolvencia debe señalar claramente el equilibrio entre las [facultades] [responsabilidades] del deudor y de cualquier representante de la insolvencia interino nombrado en el marco de una medida provisional (recomendación 30)). En el período comprendido entre la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura de dicho procedimiento, el deudor debería poder continuar gestionando su empresa, utilizando y disponiendo de los bienes en el giro normal del negocio salvo cuando esos poderes hubiesen sido otorgados al representante de la insolvencia interino.

³ Ver el artículo 19 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

⁴ La alusión hecha a los bienes se refiere únicamente a los que forman parte de la masa de la insolvencia a la apertura del procedimiento de insolvencia.

⁵ Ibid.

⁶ La aplicación provisional de la limitación mencionada en la recomendación 35) d) se circunscribiría a los bienes que integrasen la masa de la insolvencia una vez iniciado el procedimiento de insolvencia.

32) El régimen de la insolvencia puede disponer que se notifique adecuadamente a las partes interesadas la resolución judicial de adopción de medidas provisionales.

Modificación o finalización de medidas cautelares

33) [34]] El régimen de la insolvencia tiene que disponer que el tribunal pueda, a petición del representante de la insolvencia o de toda persona afectada por las medidas cautelares (del tipo de las mencionadas en la recomendación 30) y 28), o por propia iniciativa, modificar o poner fin a esas medidas [en los supuestos en que dicha modificación no sea perjudicial para la masa o los intereses de los acreedores y si la parte que pretende esa modificación se ve perjudicada por el mantenimiento de dichas medidas].

34) [27]] Si el tribunal no pone fin (recomendación 33)) a las medidas cautelares (del tipo a que se hace referencia en la recomendación 30)) el régimen de la insolvencia debe disponer que finalicen cuando entren en efecto las medidas automáticamente aplicables en el momento de la apertura del procedimiento (recomendación 35)), salvo que el tribunal opte por mantenerlas (recomendación 36)).

Medidas automáticamente aplicables en el momento de la apertura del procedimiento

35) [28]] En el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia, el régimen de la insolvencia debe disponer que:

- a) se paralice el inicio o la continuación de acciones individuales o de procedimientos⁷ referentes a los bienes de la masa de la insolvencia y a los derechos, obligaciones o deudas del deudor, incluidos el perfeccionamiento o la ejecución de una garantía real excepto en la medida en que esas acciones individuales o procedimientos [sean considerados necesarios por el tribunal] [puedan ser necesarios] para conservar o cuantificar un crédito contra el deudor;
- b) se paralice toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia;
- c) se paralice la finalización de todo contrato en el que el deudor sea parte;⁸ y

⁷ Ver el art. 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Se pretende que las acciones individuales mencionadas en el párrafo a) de la recomendación 35) abarquen también las acciones entabladas ante un tribunal arbitral. Sin embargo, tal vez no sea siempre posible paralizar automáticamente las actuaciones arbitrales, como en los supuestos en que el arbitraje no se celebre en el propio Estado sino en el extranjero. En todo caso, el interés de las partes puede ser una razón para que se deje proseguir el procedimiento arbitral, interés previsto en el párrafo a).

⁸ Ver capítulo III.D 2) a) de la Segunda Parte y la recomendación 53) [42]].

d) se suspendan las transmisiones, gravámenes u otras formas de enajenación de cualquier bien de la masa de la insolvencia.⁹

*Otras medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento*¹⁰

36) [29] El régimen de la insolvencia debe disponer que, si es necesario para proteger los intereses de los acreedores, los bienes del deudor, o la posibilidad de reorganizar la empresa del deudor, el tribunal podrá, después de la apertura de un procedimiento de insolvencia conceder otras limitaciones de las medidas automáticamente aplicables en el momento de la apertura del procedimiento (del tipo a que se refiere la recomendación 35)).

37) El régimen de la insolvencia puede disponer que se notifique adecuadamente la adopción por el tribunal de cualquier medida adicional a las partes afectadas.

Momento y duración de la aplicación de las medidas de protección

38) [30] El régimen de la insolvencia debe decir claramente el momento preciso en que son efectivas las medidas cautelares (recomendación 30)) y las medidas automáticamente aplicables en el momento de la apertura del procedimiento (recomendación 35)).¹¹

39) [31] El régimen de la insolvencia debe disponer que las medidas automáticamente aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia (recomendación 35)) se apliquen (con sujeción a la recomendación 40) y a su aplicación a los titulares de créditos garantizados) por la duración del procedimiento de insolvencia.

Acreedores garantizados

40) [32] El régimen de la insolvencia debe disponer que las medidas automáticamente aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia (recomendación 35)) se apliquen a los acreedores garantizados:

a) con respecto a un procedimiento de reorganización, por la duración de dicho procedimiento;

b) con respecto a un procedimiento de liquidación, por un período de [30 a 60] días, a menos que el tribunal prolongue ese período [por otro período de [...] días] desde que se demuestre que:

i) es necesaria una prolongación para elevar al máximo el valor de los bienes en beneficio de los acreedores; y

⁹ La limitación del derecho a transmitir bienes de la masa de la insolvencia o a disponer de ellos puede ser sometida a una excepción en los casos en que se autoriza la continuación de sus actividades comerciales y el deudor puede transmitir, gravar sus bienes o disponer de ellos de otra manera en el curso ordinario de sus negocios.

¹⁰ Ver el artículo 21 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

¹¹ Por ejemplo, en el momento de emitir el mandamiento, retroactivamente desde el comienzo del día en que el mandamiento se emitió o cualquier otro momento determinado.

ii) el acreedor garantizado no [experimentará un perjuicio irrazonable] [resultará perjudicado] como consecuencia de una prolongación.

41) [32)] Un acreedor garantizado tiene derecho a una limitación del tipo de medidas automáticamente aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento a que se refieren los incisos a) y b) de la recomendación 35) por motivos que pueden ser, entre otros:

- a) que el bien gravado no tiene valor para la masa¹² y no es necesario,
 - i) para la perspectiva de una reorganización del negocio del deudor; o
 - ii) para la perspectiva de una venta de la empresa como negocio en marcha;
- b) que, en el supuesto de una reorganización, el plan de la reorganización no se aprueba al cabo de [...] días (cuando el régimen de la reorganización comporta un plazo en ese sentido); o
- c) que el valor económico del bien gravado se esté mermando y que el bien no esté protegido contra la pérdida de su valor.
- d) ~~que no existe perspectiva razonable de una reorganización de la empresa del deudor.~~

42) [33)] El régimen de la insolvencia debe abordar la disminución del valor de los bienes gravados y proporcionar la protección adecuada. En supuestos en los que el valor de los bienes gravados supere el monto del crédito garantizado y resulte suficiente para satisfacerlo, posiblemente no será necesaria protección alguna. En supuestos en los que el valor de los bienes gravados no supere el monto del crédito garantizado o resulte ser insuficiente para satisfacerlo, si el valor del crédito garantizado se ve mermado, es posible prever algún tipo de protección frente a una disminución del valor de bienes gravados, como por ejemplo,

- a) pagos en efectivo;
- b) aporte de una garantía adicional; o
- c) otro medio que el tribunal determine que brindará esa protección.

¹² Ver también las recomendaciones sobre bienes gravados, sin valor y los difícilmente convertibles en efectivo: inciso C del capítulo III.