



Asamblea General

Distr. limitada
21 de mayo de 2001
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia
24º período de sesiones
Nueva York, 23 de julio a 3 de agosto de 2001

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Informe del Secretario General

Índice

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Observaciones generales	1-3	3
Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia.....	4-200	3
Segunda parte. Disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia	4-200	3
I. Relación entre los procedimientos de liquidación y reorganización.....	4-18	3
1. Observaciones generales.....	4-9	3
2. Relación entre los procedimientos de liquidación y reorganización	10-18	6
II. Solicitud y apertura de procedimientos de insolvencia	19-54	8
A. Alcance	19-26	8
1. Observaciones generales.....	19-24	8
2. Resumen - Alcance	25-26	9
B. Criterios para la solicitud y apertura de procedimientos.....	27-54	9
1. Observaciones generales.....	27-50	9
2. Resumen - Solicitud y apertura.....	51-54	15
III. Consecuencias de la apertura de procedimientos de insolvencia	55-134	15
A. El patrimonio de la insolvencia.....	55-59	15
1. Observaciones generales.....	55-59	15
2. Resumen - Patrimonio de la insolvencia	--	17

B.	Suspensión del procedimiento	60-87	17
1.	Observaciones generales	60-78	17
2.	Resumen - Suspensión del procedimiento	79-87	21
C.	Tratamiento de los contratos	88-118	23
1.	Observaciones generales	88-112	23
2.	Resumen - Tratamiento de los contratos	113-118	28
D.	Acciones de anulación	119-134	29
1.	Observaciones generales: anulación de operaciones previas a la insolvencia	119-134	29
2.	Resumen - Anulación	--	33
IV.	Administración de los procedimientos	135-189	34
A.	Derechos y obligaciones del deudor	135-142	34
1.	Observaciones generales	135-142	34
2.	Resumen - Derechos y obligaciones del deudor	--	36
B.	Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia	143-148	36
1.	Observaciones generales	143-148	36
2.	Resumen - Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia	--	38
C.	Créditos y demandas de los acreedores	149-155	38
1.	Observaciones generales	149-155	38
2.	Resumen - Créditos y demandas de los acreedores	--	40
D.	Junta de acreedores	156-166	41
1.	Observaciones generales	156-166	41
2.	Resumen - Juntas de acreedores	--	43
E.	Financiación posterior a la apertura del procedimiento	167-168	44
1.	Observaciones generales	167-168	44
2.	Resumen - Financiación posterior a la apertura del procedimiento	--	44
F.	Planes de reorganización	169-189	45
1.	Observaciones generales	169-189	45
2.	Resumen - Planes de reorganización	--	50
V.	Liquidación y distribución	190-200	50
	Prioridades en la distribución	190-200	50
1.	Observaciones generales	190-197	50
2.	Resumen - Distribución	198-200	52

Observaciones generales

1. La presente nota constituye la segunda parte del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, que trata las disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia. Se ha dividido cada tema en dos secciones. En la primera sección se hace una introducción analítica a las cuestiones que se plantean en cada tema fundamental y se examinan y comparan diversas opciones normativas. En la segunda sección se resumen los planteamientos estudiados en la primera sección. Algunos de los enfoques indicados en el resumen se reflejan en los proyectos de disposición de la tercera parte (véase el documento A/CN.9/WG.V/WP.564/Add.2).

2. Siempre que es posible, los temas se examinan desde la perspectiva de la liquidación y de la reorganización, a fin de distinguir las diferentes cuestiones de interés para cada procedimiento. Los párrafos que figuran bajo el título “observaciones generales” se refieren a los procedimientos de insolvencia en general y sirven de introducción a los párrafos que les siguen.

3. El material que figura en esta segunda parte se basa en gran medida en la labor del Fondo Monetario Internacional, del Banco Asiático de Desarrollo y del Banco Mundial. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar qué otros enfoques y ejemplos cabría añadir a las secciones de cada tema para ampliar el análisis comparativo de los distintos regímenes de la insolvencia. El Grupo de Trabajo tal vez desee asimismo examinar la posibilidad de que en la Guía se aborden otros temas y aspectos, además de los ya tratados. Se han puesto entre corchetes algunas cuestiones suplementarias que tal vez convendría incluir en la Guía (por ejemplo, en el “tratamiento de los contratos” se hace una simple referencia a la compensación, a los contratos financieros y a la compensación global por saldos netos, cuestiones que aún tienen que detallarse). En todo el texto se hacen sugerencias al Grupo para que examine determinados problemas o cuestiones. En la sección B se han tratado determinados temas con miras a ayudar al Grupo de Trabajo a decidir los enfoques que puede recomendar y el modo en que esas recomendaciones pueden plasmarse en la Guía.

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Segunda parte

Disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia

I. Relación entre los procedimientos de liquidación y reorganización

1. Observaciones generales

4. Cuando un deudor se ve en la imposibilidad de pagar sus deudas y cumplir sus obligaciones cuando vencen los plazos, se hace necesario prever un mecanismo

jurídico para satisfacer colectivamente las reclamaciones pendientes sobre todos los bienes tangibles e intangibles pertenecientes a ese deudor. La mayoría de los ordenamientos jurídicos contienen reglas sobre diversos tipos de procedimientos que pueden iniciarse para hacer frente a esa situación, que cabe denominar genéricamente “procedimientos de insolvencia”. Cabe distinguir dos tipos de procedimientos de insolvencia para los que no siempre se utiliza una terminología uniforme.

5. En los procedimientos denominados de “liquidación” se prevé que una autoridad pública (que suele ser, aunque no necesariamente, un tribunal judicial que actúa por conducto de un oficial nombrado con este fin) se haga cargo de los bienes del deudor con miras a dar forma monetaria a los bienes no monetarios y a distribuir posteriormente su producto de manera proporcional entre los acreedores. Esos procedimientos suelen terminar en la liquidación o en la desaparición del deudor como entidad jurídica comercial, si bien en algunos casos los bienes pueden venderse conjuntamente como negocio en marcha.

6. El Banco Asiático de Desarrollo¹ señala que el concepto de liquidación es prácticamente universal, al igual que su aceptación y aplicación. El proceso de liquidación suele desarrollarse del modo siguiente:

- a) solicitud de la entidad insolvente o de los acreedores ante un tribunal u otro órgano competente;
- b) orden o sentencia de liquidación de la entidad;
- c) designación de un tercero independiente encargado de dirigir y administrar la liquidación;
- d) clausura de los negocios de la entidad;
- e) destitución de los cargos directivos y despido de los empleados;
- f) venta de los activos de la entidad;
- g) resolución de las reclamaciones de los acreedores;
- h) distribución de los fondos disponibles entre los acreedores (conforme a algún tipo de prelación); y
- i) disolución de la entidad.

7. El significado del segundo tipo de procedimientos (denominado a menudo “reorganización”, “rescate” (*rescue*), “reestructuración”, o “rehabilitación”) plantea mayores incertidumbres. A efectos del presente documento, y en aras de la simplicidad, se empleará el término “reorganización” para designar los procedimientos cuya finalidad sea, en última instancia, ofrecer al deudor la posibilidad de superar sus dificultades financieras y de reanudar o proseguir con normalidad sus operaciones comerciales. Para ello se puede modificar la organización de la entidad comercial o reescalonar o reorganizar la deuda. Las distinciones entre las modalidades de reorganización pueden depender del tamaño de la empresa y del grado de complejidad de la situación específica. [*Nota para el Grupo de Trabajo: puede ser conveniente incluir en el texto un análisis comparativo*

¹ Law and Policy Reform at the Asian Development Bank, Report on RETA 5795: Insolvency Law Reforms in the Asian and Pacific Region, abril de 2000, pág. 15.

más detallado de las otras formas en que pueden presentarse los procesos descritos.]

8. El Banco Asiático de Desarrollo² observa que si bien el proceso de reorganización no es tan universal como el de liquidación y, por consiguiente, no presenta siempre las mismas características, cabe enumerar una serie de elementos clave o esenciales del proceso, a saber:

- a) la sumisión voluntaria de una entidad al proceso, que puede entrañar o no procedimientos judiciales y control o supervisión judicial;
- b) la suspensión automática y obligatoria de todas las acciones y de todos los procedimientos entablados respecto de los bienes de la entidad, lo cual afecta a todos los acreedores durante un período limitado;
- c) la continuación de la actividad comercial de la entidad a cargo de la dirección existente o de un director independiente o con una combinación de ambas opciones;
- d) la formulación de un plan en que se prevé el tratamiento que se dará a los acreedores, a los accionistas y a la propia entidad;
- e) el examen del plan por parte de los acreedores y una votación de éstos sobre su aceptación;
- f) posiblemente, la sanción judicial del plan aceptado; y
- g) la ejecución del plan.

9. Otra de las dificultades podría deberse a que no siempre es nítida la distinción entre los procedimientos convencionales de liquidación y los de reorganización. El término “reorganización” se usa a veces para definir un modo particular de asegurar la conservación y una posible revalorización del valor del patrimonio de la insolvencia en el contexto de los procedimientos de liquidación. Este es el caso, por ejemplo, cuando la ley prevé que la liquidación se lleve a cabo mediante el traspaso de la empresa, como negocio en marcha, a otra entidad. Si bien este procedimiento puede evocar la idea del “rescate” (*rescue*), concepto generalmente asociado al de reorganización, no implica de hecho ninguna reorganización. En esas situaciones, el término “reorganización” designa simplemente una técnica distinta de la liquidación tradicional (es decir, la venta pura y simple de los bienes), que se utiliza con el fin de obtener el máximo valor posible del patrimonio de la insolvencia³.

² Véase la nota 1 *supra*, págs. 16 y 17.

³ En el informe del Banco Mundial (abril de 2001) se define la rehabilitación del modo siguiente: “Proceso de reorganización (reestructuración) de las relaciones financieras de una empresa para restablecer su bienestar económico y darle viabilidad financiera. Este proceso puede incluir medidas de organización, así como la reestructuración de las relaciones comerciales y mercantiles de la empresa mediante la condonación o el reescalonamiento de la deuda, la transformación de ésta en capital social y otras medidas. También puede entrañar la venta de la empresa como negocio en marcha, en cuyo caso el procedimiento puede ser equivalente a las ventas similares realizadas en un procedimiento de liquidación”.

2. Relación entre los procedimientos de liquidación y reorganización

10. En ciertas circunstancias, el mejor modo de satisfacer las necesidades derivadas de la insolvencia de un deudor radica en la liquidación de todos los bienes de éste y en la subsiguiente distribución del producto entre los acreedores. Sin embargo, en otras circunstancias, es posible que la liquidación no sea el mejor medio para maximizar el valor de los recursos de la empresa insolvente. En realidad, ocurre a veces que la liquidación pura y simple de los bienes sólo permite a los acreedores cobrar una parte del valor nominal de sus créditos. En tales casos, la reorganización de la empresa con el fin de conservar sus recursos humanos y la buena voluntad de ésta pueden resultar más eficaces para maximizar el valor de los créditos de los acreedores, permitiéndoles recibir un trato más favorable o incluso cobrar íntegramente la deuda. Este puede ser el caso cuando, por ejemplo, el valor del negocio se base en bienes intangibles (como derechos de propiedad intelectual) y no en bienes tangibles.

11. También puede haber, en un determinado ordenamiento jurídico, razones políticas y sociales para preferir la reorganización a la liquidación. Es posible que en algún país se considere crucial proteger a los empleados de una empresa en dificultades. Además, algunos países pueden estimar que los procedimientos de reorganización pueden cumplir una amplia función social, no sólo alentando a los deudores a recurrir a la reorganización antes de que sus dificultades financieras lleguen a un extremo sino también ofreciéndoles una “segunda oportunidad”, con lo cual se fomenta el desarrollo económico y el crecimiento. En consecuencia, muchos países reconocen que para que un régimen de la insolvencia sea eficaz y funcione debe prever procedimientos tanto de liquidación como de reorganización.

12. Si bien la mayoría de los países prevén procedimientos de liquidación y de reorganización, se regula de muy distintas maneras la estructura del procedimiento para llegar a uno de esos resultados. Algunos países prevén un procedimiento de insolvencia unitario y flexible, que culmina con la liquidación o la reorganización según las características del caso. Otras legislaciones establecen dos procedimientos distintos, cada uno de ellos con sus requisitos concretos de solicitud y apertura y con diferentes posibilidades de pasar de un tipo de procedimiento a otro.

13. Las legislaciones que regulan por separado los procedimientos de liquidación y reorganización se guían por distintas consideraciones de política social y comercial con miras a cumplir diferentes objetivos (véase la primera parte). No obstante, los procedimientos de liquidación y reorganización tienen mucho en común, por lo que se producen considerables vínculos y duplicaciones entre ellos, tanto en cuestiones de procedimiento como de fondo, como se verá en el análisis que figura a continuación en esta segunda parte.

14. Cuando se regulan por separado los dos procedimientos, para elegir el adecuado debería determinarse, al menos teóricamente, si la empresa del deudor insolvente es viable. Ahora bien, en la práctica resulta a menudo imposible determinar de forma definitiva, al iniciar uno de los dos procedimientos, si la empresa es financieramente viable. De ahí que la legislación deba prever vínculos entre ambos tipos de procedimiento a fin de poder pasar del uno al otro en caso de necesidad. Es conveniente prever mecanismos para impedir que se utilicen los procedimientos de reorganización con el fin de evitar o de demorar la liquidación; por ejemplo [...].

15. Cuando se prevé tanto la liquidación como la reorganización, la relación entre ambos tipos de procedimientos se regula de muchas formas. En algunos países, la parte que solicita el procedimiento de insolvencia puede optar inicialmente por la liquidación o la reorganización. Cuando uno o más acreedores inician un procedimiento de liquidación, la legislación prevé a veces un mecanismo para que el deudor pueda solicitar que el procedimiento pase a ser de reorganización.

16. Cuando el deudor solicita un procedimiento de reorganización, tanto por iniciativa propia como a raíz de una solicitud de liquidación hecha por un acreedor, sería lógico que se decidiera en primer lugar sobre la reorganización. No obstante, a fin de proteger a los acreedores, algunos regímenes de la insolvencia prevén un mecanismo en virtud del cual la reorganización puede transformarse en liquidación si se comprueba que la reorganización no tiene posibilidades de prosperar. Otro mecanismo de protección de los acreedores puede consistir en que se fije un plazo máximo para toda reorganización decidida en contra de la voluntad de los acreedores.

17. En virtud de un principio general, normalmente los procedimientos de liquidación y reorganización, aunque suelen regularse por separado, se llevan a cabo de forma consecutiva, es decir, sólo se pondrá en marcha un procedimiento de liquidación si la reorganización tiene pocas posibilidades de prosperar o si fracasan los esfuerzos de reorganización. En algunos regímenes de la insolvencia, se parte del principio general de que debe procederse a la reorganización de la empresa y de que sólo pueden iniciarse procedimientos de liquidación cuando fracasen todos los intentos de reorganización. En algunos regímenes que prevén la transformación de un tipo de procedimiento en otro, según las circunstancias enunciadas por la legislación, el deudor, los acreedores o el representante de la insolvencia pueden pedir que el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación. Entre estas circunstancias puede figurar la de que el deudor no pueda pagar las deudas posteriores a la solicitud en la fecha de vencimiento; el hecho de que no se haya aprobado el plan de reorganización; o el incumplimiento por parte del deudor de las obligaciones enunciadas en un plan aprobado o el intento del deudor de defraudar a los acreedores. Si bien es a menudo posible transformar un procedimiento de reorganización en otro de liquidación, la mayoría de los regímenes de la insolvencia no permiten volver a la reorganización una vez que se haya pasado de reorganización a liquidación.

18. Las dificultades para determinar desde el principio si la empresa del deudor debe ser objeto de liquidación, y no de reorganización, han hecho que algunos países revisaran su régimen legal de la insolvencia y sustituyeran los procedimientos diferenciados por un procedimiento "unitario". En virtud de este enfoque "unitario", se aplica el mismo procedimiento a toda situación de insolvencia; así, durante un período inicial (generalmente denominado "período de observación", que en las legislaciones unitarias existentes pueden durar hasta tres meses) no existe ninguna presunción sobre si la empresa será reorganizada o liquidada. La decisión sobre si habrá un procedimiento de liquidación o de reorganización no se adopta hasta que se comprueba si es posible o no proceder a la reorganización. La ventaja fundamental de esta modalidad radica en la simplicidad del procedimiento. Además, un procedimiento unitario simple que permita tanto la reorganización como la rehabilitación puede alentar a los deudores con dificultades financieras a recurrir sin

tardanza al procedimiento, con lo cual aumentarán las probabilidades de éxito en la rehabilitación de las empresas.

II. Solicitud y apertura de procedimientos de insolvencia

A. Alcance

1. Observaciones generales

19. Una importante cuestión de contenido que debe decidirse al formular un régimen de la insolvencia es la de qué entidades pueden estar sujetas, como deudores, a un régimen general de la insolvencia. Si una entidad queda excluida del proceso, no gozará de la protección que éste ofrece ni estará sujeta a su disciplina. En las disposiciones pertinentes se determinará qué tipo de personas jurídicas o qué empresas de personas físicas podrán ser objeto de liquidación o de reorganización y qué empresas quedarán excluidas del ámbito de aplicación del régimen.

20. Un régimen general de la insolvencia puede ser aplicable a todos los tipos de empresas con actividades mercantiles, tanto privadas como estatales, especialmente a las empresas estatales que compiten en el mercado como entidades comerciales o mercantiles diferenciadas pero que están sujetas a los mismos procesos comerciales y económicos que las entidades privadas. Puede haber excepciones, como en el caso de que un gobierno haya decidido eximir de responsabilidad a esas empresas o darles una garantía explícita. La propiedad estatal en sí no es suficiente para que una empresa no esté sujeta al régimen general de la insolvencia.

21. Si bien puede ser conveniente que la protección de un régimen de la insolvencia beneficie a la más amplia gama posible de entidades, y que éstas estén sujetas a la disciplina del régimen, cabe prever un tratamiento diferenciado para ciertas entidades. Este trato diferenciado puede justificarse por varias razones, como los criterios de orden público que afectan, por ejemplo, a los consumidores, o el carácter especializado de esas entidades y los reglamentos jurídicos a menudo detallados a que están sujetas. Entre esas entidades pueden figurar las instituciones bancarias y las compañías de seguros, las empresas de servicios públicos y los agentes de valores bursátiles o productos básicos.

22. *Centro de principales intereses:* Además de los atributos comerciales necesarios, el deudor debe tener una vinculación suficiente con el Estado huésped para estar sujeto a su legislación de insolvencia. Si bien algunas leyes fijan condiciones como el principal establecimiento, la CNUDMI ha adoptado, en la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, el criterio del “centro de principales intereses” del deudor. Este concepto figura también en el proyecto de convención de la CNUDMI sobre la cesión de créditos y en el Reglamento N° 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, del Consejo (CE) relativo a los procedimientos de insolvencia (en adelante, “el Reglamento de la CE”). En la Ley Modelo no se define la expresión; en el Reglamento de la CE se indica que esa expresión debe entenderse como “el lugar en que el deudor administra ordinariamente sus intereses y que, por lo tanto, los terceros pueden determinar”. Según dispone el párrafo 3 del artículo 16 de la Ley Modelo de CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, salvo prueba en contrario, se presumirá que el domicilio social del deudor o su residencia habitual, si se trata de una persona natural, es el centro de sus principales intereses.

23. *Establecimiento*: Algunas legislaciones prevén que pueden iniciarse procedimientos de insolvencia en la jurisdicción en que el deudor tenga su establecimiento. En el artículo 2 de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza se define el término “establecimiento” como “todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios”. El Reglamento de la CE contiene una definición similar que, sin embargo, omite la referencia a “servicios”. La definición es importante para la estructura de la Ley Modelo, ya que determina los procedimientos que sólo pueden reconocerse como procedimientos no principales; los procedimientos principales requieren la presencia de un centro de principales intereses. Del mismo modo, el Reglamento de la CE dispone que pueden entablarse procedimientos de insolvencia en la jurisdicción en que el deudor tenga un establecimiento, pero que esos procedimientos sólo podrán ocuparse de los bienes del deudor que estén situados en el territorio de ese Estado.

24. *Presencia de bienes*: Algunas legislaciones prevén la posibilidad de entablar procedimientos contra un deudor que tenga o haya tenido activos en la jurisdicción sin exigir que haya un establecimiento o un centro de principales intereses en la jurisdicción. La existencia de activos plantea cuestiones que pueden afectar a varias jurisdicciones, como los procedimientos múltiples y las cuestiones de coordinación y cooperación que pueden ser del ámbito de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. En consecuencia, cuando se requiera la presencia de bienes, puede ser apropiado incluir la protección ofrecida por la Ley Modelo en lo relativo a la coordinación y cooperación.

2. Resumen - Alcance

25. Los regímenes de la insolvencia deberían ser aplicables a todos los deudores que sean empresas comerciales, incluidas las empresas estatales, con excepciones limitadas, que pueden ser las entidades altamente reglamentadas como los bancos y las compañías de seguros.

26. Pueden iniciarse procedimientos de insolvencia contra un deudor si el centro de sus principales intereses se encuentra en el Estado promulgante. Salvo prueba en contrario, se presumirá que una persona jurídica tiene el centro de sus principales intereses en el Estado promulgante si su domicilio social se encuentra en ese Estado y, en el caso de una persona física, si tiene su residencia habitual en ese Estado.

B. Criterios para la solicitud y apertura de procedimientos

1. Observaciones generales

27. Los criterios para la solicitud y apertura de procedimientos sirven para determinar qué entidades estarán sujetas a los mecanismos disciplinarios y de protección del proceso de insolvencia y quién podrá someterlas a esos mecanismos. En esta sección se abordan los criterios que deben cumplirse antes de solicitar e iniciar un procedimiento y, en el caso de los procedimientos involuntarios (véase “liquidación” *infra*), se especifica la parte que puede solicitar el procedimiento de insolvencia contra el deudor.

28. Como principio general, y a reserva de las salvaguardias debidas y adecuadas para prevenir el abuso del proceso, es conveniente que el acceso al proceso de insolvencia sea apropiado, poco costoso y rápido a fin de alentar a las empresas insolventes o que se hallan en situación de precariedad financiera a someterse voluntariamente al proceso. Si se imponen condiciones de acceso restrictivas, es posible que los deudores y los acreedores no se animen a recurrir al procedimiento, y al mismo tiempo la demora puede resultar perjudicial propiciando la dispersión de los bienes y reduciendo las posibilidades de reorganización.

29. Los criterios para la apertura de procedimientos son un elemento central de la concepción de un régimen de la insolvencia. Al fijarse esos criterios se determinan los requisitos para solicitar procedimientos, el modo en que deben entablarse, el plazo entre la solicitud y el comienzo del procedimiento y lo que debe ocurrir durante ese período.

a) Liquidación

30. Los regímenes de la insolvencia prevén por lo general que los procedimientos de liquidación sean iniciados por uno o más acreedores (procedimientos a menudo calificados de involuntarios), por el deudor (a menudo calificados de voluntarios) o en virtud de la ley, cuando el incumplimiento de algún requisito legal por parte del deudor desencadena automáticamente un procedimiento de insolvencia (también calificado de involuntario).

31. Las legislaciones difieren en los criterios concretos que deben cumplirse antes de que pueda ponerse en marcha el procedimiento. Varias leyes prevén otros posibles criterios y hacen también una distinción entre los criterios aplicables a la liquidación y los aplicables a la reorganización.

32. Un criterio que se usa ampliamente para la apertura de procedimientos de liquidación es el del nivel de liquidez o de corriente de efectivo que requiere una cesación general del pago de obligaciones a su vencimiento. No obstante, el modo de aplicación de este criterio varía de un país a otro. En algunos países, constituye la base para iniciar un procedimiento que puede ser de liquidación o de reorganización y, si se opta por la liquidación, puede transformarse posteriormente en procedimiento de reorganización. En otros países, este criterio sólo permite poner en marcha un procedimiento de reorganización, que sólo puede pasar a ser de liquidación si se demuestra que no hay posibilidades de reorganizar la empresa. En un tercer enfoque, se sigue ese criterio para iniciar un procedimiento unitario y se deja para más adelante la elección entre liquidación o reorganización (véase la sección I *supra*).

33. La aplicación de la norma de la cesación general de pagos tiene la finalidad de activar los procedimientos lo suficientemente pronto durante el período de precariedad financiera del deudor, a fin de evitar una pugna entre los acreedores para hacerse con los bienes, que supondría la desintegración de la empresa en detrimento de todos los acreedores. Otra posibilidad consiste en adoptar el criterio contable de exceso de obligaciones respecto de los haberes como indicación de una mayor precariedad financiera. Este enfoque tiene el inconveniente de que a menudo cuando se inician los procedimientos se han desvanecido todas las posibilidades de reorganización. Además, puede ser difícil de probar y puede eludir el objetivo de maximización del valor. Asimismo, puede dar una medida inexacta de la insolvencia

si las normas contables y las técnicas de evaluación dan lugar a valores distorsionados que no reflejan el justo valor en el mercado o si los mercados no están suficientemente desarrollados ni son lo suficientemente estables para poder establecer ese valor. En general, un experto habría de examinar los libros, los archivos y los datos financieros para determinar el justo valor de la empresa en el mercado, lo cual resulta especialmente difícil cuando los archivos no se llevan correctamente o no están fácilmente disponibles. Este criterio no es necesariamente relevante para determinar si el deudor está en condiciones de negociar colectivamente con sus acreedores mientras mantiene la empresa en marcha. El criterio contable puede utilizarse como referencia para definir la insolvencia, pero tal vez no sea lo suficientemente fiable para adoptarlo como único elemento de definición.

34. Los problemas que se derivan del criterio de la cesación general de pagos, como la puesta en marcha de procedimientos de liquidación de empresas en situación precaria pero financieramente viables, pueden resolverse disponiendo que se desestime el procedimiento o se transforme en otro tipo de procedimiento (por ejemplo, pasando de la liquidación a la reorganización - véase la sección I) a petición del deudor, de un acreedor o del representante de la insolvencia. Pueden surgir otros problemas si se abusa del proceso, como cuando un deudor utiliza la insolvencia para protegerse de un único acreedor, o cuando se utiliza la solicitud de insolvencia para eludir los procedimientos de ejecución de la deuda (que tal vez no estén muy desarrollados) o cuando los acreedores se sirven de la insolvencia para tratar de echar empresas viables del mercado o para obtener pagos preferentes.

i) Solicitud de procedimiento por parte del deudor

35. Si bien técnicamente el requisito de “cesación general de pagos” puede aplicarse tanto a las solicitudes del deudor como a las de los acreedores, en la práctica la solicitud del deudor suele ser el último recurso de éste cuando llega al punto en que no puede pagar sus deudas. Así pues, si bien la legislación de la mayoría de los países puede aplicar, en teoría, un criterio similar a los procedimientos de liquidación iniciados por el deudor y a los iniciados por los acreedores, en la práctica no se aplicará estrictamente este criterio en el caso de las solicitudes presentadas por el deudor. En algunas legislaciones, el deudor puede presentar solicitudes sin que tenga que cumplir un determinado requisito de dificultades financieras. En vista de estas consideraciones, puede ser conveniente que el deudor haga la solicitud en el marco del régimen de la insolvencia presentando una simple declaración sobre su situación financiera. En el caso de una persona jurídica, deben hacer la declaración los cargos directivos u otros miembros del órgano rector de la empresa.

36. Se puede argumentar que esa norma puede dar pie a que el deudor abuse del proceso falseando la situación y privando a los acreedores del pago íntegro de las deudas en un breve plazo. Para hacer frente a tal eventualidad, la legislación podría prever la posibilidad de que el tribunal competente declarara que el deudor ya no está sujeto al régimen de la insolvencia. [*Nota para el Grupo de Trabajo: ¿podría haber otras soluciones?*]. En algunos países se deniega el acceso al procedimiento cuando se comprueba que con su solicitud el deudor pretende en realidad utilizar el sistema para eludir otras disposiciones legales y otras obligaciones legítimas.

37. Una cuestión relacionada con los procedimientos de insolvencia iniciados por el deudor es la posible imposición a éste de la obligación de solicitar un procedimiento al llegar a un determinado grado de precariedad financiera. Puede ser ventajoso prever la obligación de actuar con prontitud; en el caso de la reorganización, las probabilidades de éxito aumentan si se actúa a tiempo, y en el caso de la liquidación, se protegen los intereses de los acreedores al impedir una mayor dispersión de los bienes del deudor. No obstante, al verse obligada a presentar una solicitud, la dirección de la empresa puede ver con reticencia la posibilidad de concertar un acuerdo extrajudicial de reorganización (que en determinados casos puede ser la opción más apropiada), puesto que si tarda en solicitar un procedimiento formal, puede incurrir en responsabilidad personal. Tal vez sea mejor adoptar incentivos (como la protección frente a posibles acciones de ejecución), para alentar a los deudores a iniciar pronto procedimientos, que prever penas para forzar al deudor a actuar con prontitud.

ii) Solicitud de procedimiento por parte de los acreedores

38. En el caso de una solicitud presentada por acreedores, aunque éstos puedan demostrar que el deudor no les ha pagado las sumas adeudadas, tal vez no resulte fácil aportar pruebas de que ha habido cesación general de pagos. En la práctica, el acreedor debe poder presentar pruebas de forma relativamente simple que documenten la presunción de la insolvencia del deudor sin imponer a los acreedores una carga de la prueba excesivamente onerosa.

39. Las legislaciones de insolvencia regulan de diversas formas la solicitud de procedimiento por parte de los acreedores. Se exige, por ejemplo, que la solicitud sea presentada por más de un acreedor (a fin de minimizar el riesgo de que un único acreedor trate de utilizar el proceso de insolvencia como mecanismo de ejecución de deudas), que las sumas adeudadas a los acreedores representen un determinado importe de créditos vencidos (o también un número de reclamaciones y un determinado importe), o que el deudor facilite información al tribunal que permita determinar si ha habido cesación general de pagos (véase la sección IV.1). La especificación de un determinado valor de los créditos tal vez no sea un requisito óptimo, dado que el valor de las monedas varía y puede haber que enmendar la legislación. Un requisito razonable, adecuado y objetivo puede ser la exigencia de que el deudor no haya pagado una deuda vencida en un plazo especificado después de haberse presentado por escrito una solicitud de pago.

iii) Solicitud de procedimiento por parte de una autoridad gubernamental

40. Además de las posibilidades descritas en los anteriores apartados a) y b), la legislación sobre la insolvencia puede conferir a un organismo gubernamental (normalmente a la oficina del fiscal o a la entidad equivalente) la facultad no exclusiva de iniciar procedimientos de liquidación contra toda empresa que suspenda sus pagos o, como ocurre más generalmente en algunos países, cuando se considera que la solicitud de procedimiento es de interés público. En este último caso, es posible que no sea necesario demostrar la falta de liquidez, con lo cual los gobiernos tienen la posibilidad de poner fin a las actividades de empresas solventes que han realizado ciertas actividades, por ejemplo, de carácter fraudulento o delictivo. Si bien en ciertas circunstancias puede ser adecuado ejercer ese poder

policial, es evidente que conviene evitar que se abuse de esa facultad, que debe ejercerse conforme a directrices claras.

b) Reorganización

41. Si bien en general las legislaciones sobre insolvencia prevén que los procedimientos de liquidación sean iniciados por un acreedor o por el deudor, no hay consenso sobre si los acreedores deben poder solicitar también procedimientos de reorganización. Dado que uno de los objetivos de esos procedimientos es dar a los acreedores la oportunidad de incrementar el valor de sus créditos mediante la reorganización de la empresa, puede convenir no dar exclusivamente al deudor la iniciativa para entablar tales procedimientos. La posibilidad de que los acreedores puedan solicitar una reorganización es también importante para decidir si los acreedores pueden proponer un plan de reorganización (véase la sección IV.6). Varios países adoptan el criterio de que, como en muchos casos el éxito de una reorganización beneficia principalmente a los acreedores, debe dárseles la oportunidad de proponer el plan. Si se sigue ese criterio, parece razonable prever asimismo que los acreedores puedan solicitar procedimientos de reorganización.

i) Solicitud de procedimiento por parte del deudor

42. A fin de alentar a los deudores a abordar con prontitud sus dificultades financieras, convendría no exigirles que esperaran hasta la cesación general de pagos (es decir, hasta que fueran insolventes) para presentar la solicitud. Diversos países han adoptado este criterio de la previsión de falta de liquidez, aunque de distintas formas. En algunas legislaciones, el procedimiento de reorganización no entraña de hecho la aplicación de una criterio de fondo y el deudor puede presentar la solicitud cuando lo desee. Otras legislaciones especifican que el deudor puede presentar una solicitud si prevé que no estará en condiciones de pagar sus deudas en la fecha de vencimiento. Este requisito de la previsión de falta de liquidez se ha adoptado, respecto de las solicitudes presentadas por deudores, incluso en países con procedimientos unitarios.

43. Estos criterios menos estrictos para solicitar procedimientos podrían inducir a los deudores a abusar del proceso. Por ejemplo, un deudor sin dificultades financieras podría tratar de iniciar un procedimiento y presentar un plan de reorganización que le permitiera liberarse de obligaciones onerosas, como los contratos laborales. La posibilidad de tales abusos depende del modo en que se formulen los elementos del procedimiento de reorganización, como el grado de control de la empresa que el deudor puede conservar en virtud de la ley una vez iniciado el procedimiento. Una forma de resolver el problema de las solicitudes de deudores que constituyan un abuso del proceso consistiría en permitir que el tribunal desestimara la solicitud de procedimiento a petición de una parte interesada, a condición de que esa denegación fuera lo más conveniente para los acreedores.

ii) Solicitud de procedimiento por parte de los acreedores

44. La aplicación del mismo criterio mínimo a la solicitud de procedimientos de reorganización por parte de los acreedores puede ser más difícil de justificar. Si la ley permite al deudor solicitar un procedimiento basándose en la previsión de falta de liquidez, será difícil saber de qué modo obtendrán los acreedores información

suficiente para determinar si se ha cumplido ese criterio. De modo general, no parece razonable que se inicie cualquier tipo de procedimiento en contra de la voluntad del deudor, a menos que los acreedores puedan demostrar que se han vulnerado sus derechos.

45. Por estas razones, puede ser apropiado aplicar el mismo criterio para el inicio, por parte de los acreedores, de procedimientos tanto de liquidación como de reorganización (por ejemplo, la cesación general de pagos; véase 1 b) *supra*). El criterio parece estar en consonancia con el enfoque dual y el enfoque unitario (tratados en la sección I *supra*), en que la aplicación de un criterio distinto depende más de si el solicitante es el deudor o un acreedor que del tipo de procedimiento iniciado. La excepción en la aplicación de este criterio sería el caso en que se impidiera a un deudor o a un acreedor solicitar un procedimiento de liquidación hasta que se determinara la imposibilidad de una reorganización. En tal caso, el criterio para entablar un procedimiento de liquidación no sería la cesación general de pagos sino la evidencia de que la reorganización no puede prosperar.

46. Al igual que en la liquidación, entre los criterios para la protección de solicitudes de reorganización por acreedores puede figurar el requisito de que la solicitud sea presentada por un determinado número de acreedores o por acreedores cuyos créditos vencidos alcancen un determinado valor, o una combinación de ambos requisitos.

c) Cuestiones de procedimiento

47. Los procedimientos de insolvencia plantean una serie de problemas de procedimiento. La cuestión preliminar es la forma en que puede iniciarse el proceso. En muchos países, la práctica habitual consiste en que un tribunal de la jurisdicción competente determine, sobre la base de la solicitud de procedimiento, si se cumplen los requisitos para entablar tal procedimiento. Algunas legislaciones siguen criterios diferentes, permitiendo, por ejemplo, que se solicite un proceso voluntario de reorganización presentando una declaración ante una autoridad administrativa. [*Nota para el Grupo de Trabajo: ¿Hay otros ejemplos?*]

48. Cuando un tribunal deba adoptar la decisión sobre la apertura de un procedimiento, puede resultar necesario en la práctica asegurar que el procedimiento no sufra demoras. Una forma de garantizarlo puede consistir en fijar un determinado plazo, tras la presentación de la solicitud, durante el cual deba decidirse la apertura del procedimiento.

49. En caso de una solicitud voluntaria del deudor, los acreedores u otras personas interesadas tienen un derecho directo a recibir notificación de la solicitud y la oportunidad de impugnar las presunciones sobre el cumplimiento de los requisitos para el procedimiento por parte del deudor y sobre la insolvencia, para lo cual tal vez convenga fijar un plazo concreto a fin de que el procedimiento no se prolongue innecesariamente. Los acreedores conocidos pueden recibir directamente la notificación, pero puede haber otros acreedores sobre los que no se disponga de datos y que deben ser igualmente informados; para ello los legisladores han previsto el requisito de divulgación en una publicación gubernamental oficial o en un diario nacional económico o de amplia difusión. En el caso de los procedimientos solicitados por acreedores, puede haber que notificar al deudor y darle la oportunidad de impugnar las presunciones de que los créditos de los acreedores

tienen un determinado valor, han vencido y no se han cobrado. En la sección IV.1 se analizan las disposiciones por las que se requiere al deudor que proporcione la información necesaria y por las que se autoriza a los acreedores a solicitar esa información.

d) Costos

50. Las solicitudes de procedimiento de insolvencia presentadas por deudores y acreedores pueden estar sujetas al pago de tasas que pueden servir para sufragar los gastos del proceso de insolvencia. Al fijarse el importe de las tasas, debe procurarse que no sean excesivamente elevadas, para no desanimar a los deudores deseosos de presentar una solicitud, pero que sirvan para cubrir una parte importante de los gastos del procedimiento. [*Nota para el Grupo de Trabajo: ¿Hasta qué punto es conveniente abordar cuestiones de costos en la Guía?*]

2. Resumen - solicitud y apertura

51. Las solicitudes de liquidación pueden ser presentadas por:

- a. un deudor, sobre la base de una cesación general de pagos [o de su incapacidad para pagar las deudas en la fecha de su vencimiento];
- b. uno o más acreedores, a condición de que un determinado número de acreedores puedan demostrar que tienen créditos que ya han vencido y que el deudor no ha pagado;
- c. una autoridad [gubernamental] [prescrita].

52. Las solicitudes de reorganización pueden ser presentadas por:

- a. un deudor, cuando prevea que no estará en condiciones de pagar sus deudas en la fecha de su vencimiento o cuando, llegado ese momento, no pueda hacerlo;
- b. uno o más de sus acreedores, a condición de que un determinado número de acreedores puedan demostrar que tienen créditos que ya han vencido y que el deudor no ha pagado.

53. La solicitud de apertura de un procedimiento debe presentarse ante el tribunal, el cual debe adoptar una decisión al respecto en un plazo especificado.

54. La solicitud debe notificarse al deudor (en caso de que la haya presentado un acreedor) y a los acreedores (en caso de que la haya presentado el deudor).

III. Consecuencias de la apertura de procedimientos de insolvencia

A. El patrimonio de la insolvencia

1. Observaciones generales

55. En todo proceso de insolvencia, ya sea de liquidación o de reorganización, es fundamental determinar, reunir, preservar y proteger los bienes que constituyen el

patrimonio que debe administrarse, y disponer de ellos. Todos los regímenes prevén de un modo u otro el concepto del patrimonio de la insolvencia o determinan los bienes que estarán sujetos a los procedimientos de insolvencia. Algunas legislaciones excluyen por completo de la administración del proceso de insolvencia ciertos tipos de bienes o los bienes que son objeto de ciertos derechos. Cuando los bienes están sujetos a garantías reales en beneficio de un acreedor, algunos regímenes prevén que estarán sujetos a los procedimientos de insolvencia (y, por consiguiente, a la suspensión o a otros efectos de la apertura de un procedimiento), mientras que otros disponen que estos bienes no se verán afectados por la insolvencia y que los acreedores pueden proceder a ejecutar sus derechos legales y contractuales (véase la sección III.2: Suspensión del procedimiento). Otras legislaciones requieren que todos los bienes estén sujetos a los procedimientos desde el comienzo, a reserva de que se demuestren daños o perjuicios. La determinación de lo que está sujeto o no a los procedimientos (y de lo que, por lo tanto, forma parte o no del concepto de “patrimonio”, cuando se usa ese término) afectará al alcance y a la marcha de los procedimientos y será un factor decisivo para el éxito de una reorganización.

a) Bienes que deben considerarse parte del patrimonio

56. Entre los bienes del patrimonio figuran normalmente los que tiene el deudor en la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia, así como los bienes adquiridos por el representante de la insolvencia después de esa fecha, ya sea en ejercicio de sus poderes de anulación (véase la sección III.4: Acciones de anulación) o en el curso normal de la administración de los negocios del deudor. En el caso de una persona física, el patrimonio podría excluir los bienes relacionados, por ejemplo, con las ganancias obtenidas después de la solicitud del procedimiento por la prestación de servicios personales, los bienes necesarios para la subsistencia del deudor y los bienes personales y domésticos.

57. Cabe considerar que los bienes del deudor comprenden todos los bienes sobre los que éste tenga un derecho, independientemente de si están en su posesión en el momento de entablarse el procedimiento, incluidos los bienes corporales e inmateriales. Los bienes corporales (dinero en efectivo, equipo, inventario y bienes inmuebles) deberían poder encontrarse fácilmente en los libros de contabilidad del deudor. Los bienes clasificables como inmateriales [sobre los que tenga derechos el deudor] varían de un Estado a otro según la legislación. En el caso de las personas físicas, el patrimonio puede incluir también bienes como los derechos sucesorios a los que pueda aspirar el deudor o que éste tenga al iniciarse el procedimiento de insolvencia o que nazcan durante el procedimiento.

b) Bienes de terceros

58. Pueden plantearse cuestiones complejas al determinar si un bien es propiedad de una empresa o si pertenece a un tercero pero está en posesión del deudor en virtud de un acuerdo de utilización, arrendamiento o licencia. En general, los bienes que son propiedad de un tercero pero están en posesión del deudor al entablarse el procedimiento no se consideran parte del patrimonio. Los bienes que utilice el deudor pero que estén sujetos a un acuerdo de arrendamiento en que el arrendador conserve la titularidad jurídica pueden requerir especial atención. En los países en que se da considerable importancia a la financiación mediante títulos (en que el

proveedor de fondos tiene la titularidad o la propiedad del bien, a diferencia de lo que ocurre con las hipotecas o las garantías reales), puede ser necesario respetar la titularidad del acreedor sobre el bien y permitirle separar el bien del patrimonio (a reserva de lo dispuesto en las reglas de la sección III.3 Tratamiento de los contratos: el derecho a separar un bien del patrimonio puede estar limitado si el representante de la insolvencia ratifica el contrato de arrendamiento). Otros países pueden optar por analizar a fondo estos arreglos de financiación para determinar si el arrendamiento es, en realidad, un acuerdo encubierto de préstamo garantizado, en cuyo caso el arrendador estaría sujeto a las mismas restricciones que el prestamista garantizado.

c) Recuperación de bienes

59. La determinación de los bienes que estarán sujetos al procedimiento puede requerir una acción del representante de la insolvencia para recuperar los bienes del patrimonio indebidamente transferidos o los bienes que se transfirieron durante la insolvencia violando el principio de *pari passu* (en virtud del cual los acreedores de la misma categoría deben recibir idéntico trato y cobrar de los bienes del patrimonio una parte proporcional a sus créditos). La mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén un medio para anular y recuperar el valor de ciertas transacciones anteriores, concretamente aquellas por las que se haya dado un trato preferente a algunos acreedores, que hayan sido de carácter fraudulento o que se hayan llevado a cabo para impedir a los acreedores materializar sus derechos (véase la sección III.4: Acciones de anulación).

2. Resumen - Patrimonio de la insolvencia

[...]

B. Suspensión del procedimiento

1. Observaciones generales

60. La imposición de una suspensión o “moratoria” sobre las acciones y los procedimientos entablados por los acreedores contra los bienes del deudor es una medida con la cual se reconoce la naturaleza colectiva de los procedimientos de insolvencia. Al impedir que los acreedores desmembren la empresa comercial del deudor para satisfacer sus intereses, la suspensión puede permitir que el procedimiento de insolvencia se administre de forma equitativa y ordenada. Una de las cuestiones clave para elaborar un régimen eficaz de la insolvencia es la necesidad de tener en cuenta, por una parte, los beneficios inmediatos que obtiene la entidad con una amplia suspensión que limite las demandas de los acreedores y, por otra, los beneficios a más largo plazo que puede reportar una suspensión que no obstaculice excesivamente las relaciones contractuales con los acreedores.

61. El alcance de los derechos afectados por la suspensión varía considerablemente entre los países. La necesidad de suspender las acciones entabladas por los acreedores con créditos no garantizados contra el deudor o sus bienes apenas se debate. En cambio, la aplicación de la suspensión a los acreedores con créditos garantizados puede resultar más difícil y requiere que se tengan en cuenta distintos intereses opuestos, por ejemplo, el derecho a que se cumplan los

contratos; a asegurar que los acreedores cobren de los bienes del patrimonio una parte proporcional a sus créditos; a maximizar el valor de los bienes para todos los acreedores; y, en casos de reorganización, a que el proceso prospere y la empresa resulte viable.

a) Aplicación de la suspensión

62. La cuestión preliminar es si la suspensión debe ser automática o si el tribunal puede imponerla discrecionalmente. Si bien la opción elegida puede depender de cuestiones de política nacional y de factores como la disponibilidad de información financiera fiable y la posibilidad de que el deudor y los acreedores tengan acceso a un poder judicial independiente con experiencia en cuestiones de insolvencia, la suspensión automática es un rasgo característico de muchos regímenes modernos de la insolvencia.

i) Liquidación

63. En un procedimiento de liquidación, la suspensión permite a los acreedores de la misma categoría participar de forma equitativa y ordenada en la materialización y distribución de los bienes del deudor, en beneficio de todos los acreedores. Se hace hincapié en la venta total o parcial de los bienes, a fin de que los acreedores puedan cobrar lo antes posible el producto de esa venta. El objetivo primordial del proceso es obtener el máximo valor.

64. A pesar de ese objetivo, deben tenerse en cuenta, además de los derechos de los acreedores garantizados, los derechos de los acreedores no garantizados en general. Está claro que cuando no hay ningún interés en preservar la integridad de la empresa para su venta como negocio en marcha, en un procedimiento de liquidación deben favorecerse los derechos contractuales de los acreedores garantizados. Al mismo tiempo, al proteger esos derechos garantizados, puede tenerse en cuenta que para maximizar el valor tal vez sea necesario vender los bienes de la empresa en bloque, y no por partes. Este es el caso particularmente cuando el valor de los bienes no disgregados es superior al que se obtendría si se dividieran, por lo que la primera opción resultaría más beneficiosa para los acreedores en general. La mayoría de las veces, los acreedores garantizados disponen de garantías sobre los bienes más importantes de la empresa.

65. Algunos países se guían por el criterio de que para que la suspensión sea eficaz, debe ser muy amplia, hacerse extensiva a todos los recursos y procedimientos administrativos, judiciales o personales contra el deudor y sus bienes, e impedir que los acreedores no garantizados y garantizados ejerzan sus derechos de ejecución y que los gobiernos ejerzan sus derechos de prelación. La suspensión afecta a menudo a las acciones legales contra el deudor y se puede prever, en caso necesario, su reanudación. En algunos países, la suspensión no se aplica a las demandas de los empleados contra el deudor, pero sí a las acciones de ejecución resultantes de esos procesos.

66. Es preciso especificar claramente qué acreedores entrarán en las categorías sujetas a la suspensión. Por ejemplo, si ha de quedar excluida alguna categoría de acreedores, como los acreedores preferentes (incluidos los empleados), los titulares de gravámenes legales, los gobiernos y los funcionarios y sus respectivos representantes y empleados, es conveniente que esa exclusión esté claramente

enunciada. También puede convenir tener en cuenta la necesidad de otras exenciones, como las de los derechos de compensación y la liquidación global de contratos financieros por saldos netos, los bienes que no suelen necesitarse para vender la empresa como negocio en marcha, como las garantías en efectivo, o exenciones para proteger los intereses de orden público o para prevenir abusos, como la utilización de los procedimientos de insolvencia para encubrir actividades ilegales.

67. Las repercusiones negativas que pueda tener la suspensión en los derechos de los acreedores garantizados pueden paliarse al regular la duración de la suspensión o la protección del valor de la garantía y también ofreciendo a los acreedores garantizados la posibilidad de levantar la suspensión cuando los derechos de garantía no estén suficientemente protegidos o cuando la garantía no sea necesaria para la venta de toda la empresa o de una parte productiva de ésta.

ii) Reorganización

68. En los procedimientos de reorganización, la suspensión concede al deudor una pausa y la posibilidad de reorganizar sus negocios y de preparar un plan de reorganización y otras medidas necesarias para garantizar el éxito del proceso. En la reorganización, la suspensión tiene de por sí un mayor impacto y reviste, por lo tanto, mayor trascendencia que en la liquidación; además, puede suponer un importante incentivo para los deudores a la hora de solicitar procedimientos de reorganización. Varias de las consideraciones ya examinadas con respecto a la imposición de una suspensión en un procedimiento de liquidación son igualmente pertinentes en el caso de los procedimientos de reorganización, a saber, el momento de aplicación de la suspensión, la cuestión de si la suspensión es automática o está sujeta a la discreción del tribunal y el alcance de la suspensión.

69. A fin de proteger los bienes que puedan utilizarse para reorganizar la empresa, habría que imponer la suspensión a todos los acreedores desde el comienzo formal del procedimiento de reorganización. A diferencia de lo que ocurre en los procedimientos de liquidación, en algunos regímenes de la insolvencia las acciones legales no se ven afectadas por la suspensión.

b) Medidas cautelares y momento de aplicación de la suspensión

70. Una cuestión que se plantea es la del momento en que debe surtir efecto la suspensión tanto en una liquidación como en una reorganización. En muchos países, puede transcurrir cierto tiempo entre el momento en que se presenta la solicitud y la apertura del procedimiento de insolvencia. Durante ese lapso, existe la posibilidad de que los bienes del deudor se dispersen; el deudor puede transferir bienes fuera de su empresa o los acreedores pueden adoptar medidas para prevenir los efectos de una eventual suspensión ulterior. Una de las posibilidades consiste en dictar la suspensión cuando el deudor presente la solicitud o, en caso de solicitud de un acreedor, después de iniciarse el procedimiento. Si la suspensión no entra en vigor hasta la apertura del procedimiento, existe también la posibilidad de permitir que se dicten medidas cautelares o provisionales durante el período que media entre la presentación de la solicitud y la apertura del procedimiento. Entre esas medidas pueden figurar la designación de un representante preliminar de la insolvencia; la prohibición de que el deudor disponga de sus bienes; el embargo total o parcial de los bienes del deudor; y la suspensión de la ejecución de derechos de garantía contra

el deudor. Algunos regímenes consideran nulas las transacciones concertadas por el deudor durante este período. Dado que este tipo de medidas se adoptan antes de que se decida si se cumplen o no los criterios para iniciar un procedimiento, puede pedirse a los acreedores que las solicitan que aporten pruebas de que la medida es necesaria y, en algunos casos, que paguen una caución.

c) Duración de la suspensión

i) Acreedores con créditos no garantizados - Liquidación y reorganización

71. Tanto en los procedimientos de liquidación como en los de reorganización, muchas legislaciones disponen que la suspensión es aplicable a los acreedores no garantizados mientras dure el procedimiento.

ii) Acreedores con créditos garantizados - Liquidación

72. La aplicación de la suspensión a los acreedores garantizados se regula de diversos modos. Algunos ordenamientos jurídicos excluyen a los acreedores garantizados de la suspensión, mientras que otros les aplican automáticamente la suspensión, desde el comienzo del procedimiento, durante un breve período de 30 ó 60 días, salvo cuando la garantía no sea esencial para la venta de la totalidad de la empresa. En otros países, la suspensión afecta a los acreedores garantizados durante todo el procedimiento, a reserva de que un tribunal dicte en su favor una medida en sentido contrario. Cuando la suspensión esté limitada en el tiempo, la ley puede prever su prórroga a petición del representante de la insolvencia si puede demostrarse que la prórroga es necesaria para maximizar el valor de la empresa. Puede haber que demostrar, por ejemplo, que hay una posibilidad razonable de vender la empresa, o algunas de sus dependencias, como negocio en marcha. Para ofrecer una protección suplementaria, puede convenir que el legislador limite el período de prórroga de la suspensión.

iii) Acreedores con créditos garantizados - Reorganización

73. En los procedimientos de reorganización puede ser necesario que la suspensión se aplique a los acreedores garantizados mientras duren los procedimientos, a fin de que la reorganización transcurra sin tropiezos, evitando que se separe algún bien del patrimonio antes de que concluya la reorganización. Puede ser necesario prever excepciones cuando una garantía no sea esencial para la reorganización o cuando el acreedor pueda demostrar otras razones para que se levante la suspensión.

d) Levantamiento de la suspensión

74. Tanto en la liquidación como en la reorganización pueden surgir circunstancias en que sea apropiado prever disposiciones que permitan levantar la suspensión o dejar de aplicarla. Para atender esas circunstancias, la ley puede prever, por ejemplo, que el acreedor pueda solicitar el levantamiento de la suspensión cuando no reciba una protección adecuada para el valor del bien dado en garantía. Cuando esa protección no sea posible o suponga una carga excesivamente onerosa para el patrimonio, el representante de la insolvencia puede tomar la iniciativa de liberar la garantía. Existen ejemplos de leyes que permiten a un acreedor no garantizado no estar sujeto a la suspensión a fin de que, por ejemplo, pueda resolverse una reclamación en otro foro en que la acción legal del acreedor ya esté muy adelantada

y le convenga llevarla hasta el final, o a fin de que pueda hacerse valer un crédito frente a un asegurador del deudor.

75. En una liquidación, puede ser también necesario prever la posibilidad de entregar al acreedor garantizado bienes sobre los que tenga una garantía, cuando se compruebe la validez de su garantía y los bienes garantizados no tengan ningún valor para el patrimonio de la insolvencia, o cuando el representante de la insolvencia no pueda hacerlos efectivos en un plazo razonable.

e) Protección del valor económico

76. Otras medidas encaminadas a hacer frente a la repercusiones negativas de la suspensión para los acreedores con créditos garantizados son las que tienen por objeto mantener el valor económico de los créditos garantizados durante el período de la suspensión (denominadas, en algunas jurisdicciones, medidas de “protección adecuada”). Uno de los criterios consiste en proteger el valor de la garantía en sí en el entendimiento de que, cuando se haga la liquidación, el producto de la venta de la garantía se distribuirá directamente al acreedor proporcionalmente al valor de la parte garantizada de su crédito. Además del levantamiento de la suspensión, esto puede suponer una serie de medidas como la indemnización por depreciación, el pago de intereses, y la protección y la indemnización por utilización de la garantía.

77. Otra forma de proteger los intereses de los acreedores con créditos garantizados consiste en proteger el valor de la parte garantizada del crédito. Inmediatamente después de iniciarse el procedimiento, se valora el bien gravado y, sobre la base de esta evaluación, se determina el valor de la parte garantizada del crédito del acreedor. Este valor permanece invariable durante todo el procedimiento y, al procederse a la distribución tras la liquidación, el acreedor garantizado cobra con prioridad el crédito en función de ese valor. Durante el procedimiento, el acreedor garantizado podría también cobrar el tipo de interés contractual correspondiente a la parte garantizada del crédito como compensación por la demora impuesta por el procedimiento. En algunos regímenes de la insolvencia, el pago de intereses se limita a las situaciones en que el valor de la garantía es superior al de la suma reclamada. De otro modo, el pago de compensación por la demora agotaría los bienes disponibles para los acreedores con créditos no garantizados.

78. Puede precisarse orientación para determinar el momento y la forma en que los acreedores que dispongan de algún tipo de garantía sobre los bienes del deudor pueden tener derecho a los tipos de protección antes descritos. Si bien en un procedimiento de reorganización los acreedores garantizados pueden ver ligeramente mermada su situación con respecto a la garantía, no es conveniente que lleve la carga exclusiva o principalmente un único acreedor garantizado o un grupo de acreedores garantizados, ni que todos los acreedores se vean materialmente perjudicados por la continuación del procedimiento de reorganización.

2. Resumen - suspensión del procedimiento

79. La aplicación de la suspensión puede ser automática o discrecional.

a) Momento de aplicación de la suspensión

80. Tanto en una liquidación como en una reorganización puede suspenderse el procedimiento:

- a. En el momento en que el deudor presenta la solicitud;
- b. En el momento de iniciarse el procedimiento (en caso de solicitud por parte de un acreedor).

b) Partes afectadas por la suspensión

i) Liquidación

81. Cabe adoptar dos criterios distintos:

- a. Suspensión tanto para los acreedores garantizados como para los no garantizados; o
- b. Suspensión para los acreedores no garantizados, con una disposición que prevea que la suspensión podrá afectar también a los acreedores garantizados a petición del deudor o del representante de la insolvencia.

ii) Reorganización

82. La suspensión puede afectar tanto a los acreedores garantizados como a los no garantizados, a reserva de eventuales medidas cautelares.

c) Duración de la suspensión

i) Acreedores con créditos no garantizados

83. Tanto en la liquidación como en la reorganización, la suspensión puede surtir efecto durante todo el procedimiento.

ii) Acreedores con créditos garantizados

84. En una liquidación, la suspensión puede afectar a los acreedores garantizados durante un período limitado (30 a 60 días), con la posibilidad de prever excepciones, por ejemplo, cuando la garantía no sea esencial para la venta de la totalidad de la empresa.

85. En una reorganización, la suspensión puede afectar a los acreedores garantizados durante todo el procedimiento, salvo si se determina que la garantía no es necesaria para el procedimiento de reorganización.

d) Medidas contra la suspensión: liquidación y reorganización

86. Un acreedor garantizado puede solicitar el levantamiento de la suspensión si puede demostrar que sufre graves perjuicios (por ejemplo, si no recibe una protección adecuada para el valor económico de la garantía). La suspensión puede dejar de aplicarse si el representante de la insolvencia determina que la protección del valor de la garantía no es factible o resulta demasiado onerosa.

e) Protección del valor económico

87. [Se insertarán medidas concretas]

C. Tratamiento de los contratos

1. Observaciones generales

88. Es inevitable que al iniciarse el procedimiento de insolvencia el deudor sea parte en un contrato que aún no se haya cumplido íntegramente. Muchos regímenes de la insolvencia prevén que el representante de la insolvencia pueda intervenir en esos contratos, rechazándolos y rescindiéndolos o manteniéndolos (con la posibilidad de cederlos posteriormente). Un ejemplo de ello sería un contrato en que el deudor hubiera convenido en adquirir un determinado bien a un precio equivalente a la mitad de su precio en el mercado en el momento de la insolvencia; es evidente que el representante de la insolvencia tendría interés en seguir adquiriendo el bien a ese precio inferior para venderlo al precio del mercado. Naturalmente, en tal caso la otra parte desearía liberarse de un acuerdo que ya no sería rentable, pero en muchos regímenes no puede hacerlo, aunque tenga el derecho a que se le garantice el pago íntegro del precio del contrato.

89. Al igual que en las acciones de anulación (véase la sección III.4), el poder de decisión que tiene el representante de la insolvencia con respecto a los contratos se justifica por la necesidad de obtener el máximo valor del patrimonio. Para lograr ese objetivo puede convenir aprovechar los contratos beneficiosos que aporten valor y rechazar los que resulten onerosos o que reporten beneficios inferiores a los costos del momento. En la maximización del valor deben tenerse en cuenta otros intereses concurrentes como los problemas sociales que plantean algunos tipos de contratos, por ejemplo los contratos laborales, y las consecuencias que tiene para la previsibilidad de las relaciones comerciales y financieras la capacidad del representante de la insolvencia para adoptar decisiones sobre las condiciones de los contratos no cumplidos. Sean cuales sean las reglas adoptadas para mantener vigente o rescindir un contrato, es conveniente que sólo se pueda mantener o rescindir el contrato en su totalidad, a fin de evitar que el representante de la insolvencia pueda mantener ciertas partes de un contrato y rescindir otras.

90. A medida que se desarrolla una economía, cada vez es mayor la parte de su riqueza que puede dimanar de contratos y cada vez menor la que dimana de las tierras. Por consiguiente, el tratamiento de los contratos en la insolvencia reviste una importancia decisiva. En la formulación de normas jurídicas al respecto se plantean dos dificultades generales. La primera de ellas radica en que los contratos se diferencian de todos los demás bienes del patrimonio de la insolvencia por estar generalmente vinculados a obligaciones o créditos. Así, ocurre a menudo que el patrimonio debe cumplir o pagar para disfrutar de los derechos que pueden representar activos de valor. A consecuencia de ello deben adoptarse decisiones difíciles sobre cómo proceder con un contrato que reportará el mayor valor al patrimonio. Normalmente se encomienda esta evaluación al representante de la insolvencia. Algunas legislaciones requieren también la aprobación judicial.

91. La segunda dificultad radica en la gran diversidad de contratos. Existen simples contratos de compraventa de bienes; arrendamientos de tierras o de bienes personales a corto o a largo plazo; y contratos de enorme complejidad para franquicias o para la construcción y explotación de grandes instalaciones, por no citar más que algunos tipos de contratos. Además, puede darse el caso de que el deudor haya sido comprador o vendedor, proveedor o cliente en virtud de un

contrato, y los problemas que se plantean en la insolvencia pueden verse de forma muy distinta por una u otra parte. La solución más habitual consiste en prever reglas generales para todos los tipos de contratos y excepciones para ciertos contratos especiales, tal como se expone a continuación.

92. En caso de quiebra, los contratos se dividen en dos categorías financieras: los contratos celebrados por el deudor antes de la insolvencia y los contratos celebrados una vez iniciado el procedimiento de insolvencia. En muchos regímenes, el incumplimiento de un contrato previo a la insolvencia da lugar a un crédito no garantizado anterior a la insolvencia que suele pagarse por prorrateo, mientras que el incumplimiento de un contrato posterior a la insolvencia suele generar un crédito con prelación que, por consiguiente, se paga íntegramente con los fondos disponibles para la administración de la insolvencia. La distinción entre ambos supuestos desaparece cuando el representante de la insolvencia trata de cumplir un contrato previo a la insolvencia basándose en una evaluación conforme a la cual el cumplimiento del contrato reportará más beneficios netos que su incumplimiento. Si la administración mantiene el contrato, hace suyo el contrato del deudor y cualquier incumplimiento ulterior constituirá también, en la mayoría de los regímenes, un crédito con máxima prelación para la administración (véase la sección V.1).

93. Algunas clases de contratos plantean problemas sociales que pueden requerir un tratamiento especial en los regímenes de la insolvencia. Se trata, por ejemplo, de los acuerdos laborales, las operaciones en los mercados financieros (véase ... *infra*) y los contratos de servicios personales, en que la identidad de la parte que debe cumplir el acuerdo, ya sea el deudor o un empleado de éste, es de particular importancia. Puede limitarse, por ejemplo, la capacidad del representante de la insolvencia para rescindir contratos de trabajo por temor a que se utilice la liquidación como medio para eliminar expresamente las medidas de protección que prevén esos contratos para los empleados. Un problema conexo es el de las circunstancias en que el representante de la insolvencia puede alterar las cláusulas y condiciones de los tipos de contratos que requieren especial tratamiento.

a) Rescisión

i) Liquidación

94. En general, es conveniente que el representante de la insolvencia esté facultado para rescindir un contrato cuando ninguna de las dos partes haya cumplido plenamente las obligaciones previstas en él. Pueden adoptarse distintos mecanismos para facilitar la rescisión. Una de las posibilidades es exigir al representante de la insolvencia que adopte medidas para rescindir el contrato. Otra posibilidad consiste en considerar automáticamente rescindido el contrato si, en un determinado plazo, el representante de la insolvencia no opta por mantener el contrato. Si se rescinde tal contrato, la otra parte queda dispensada del cumplimiento del resto del contrato y la única cuestión importante por determinar es el cálculo de los daños y perjuicios no garantizados que se deriven de la rescisión. La otra parte pasa a ser un acreedor no garantizado con un crédito de valor equivalente a los daños y perjuicios. Puede haber circunstancias en que sea conveniente prever recursos especiales en caso de cancelación de ciertos tipos de contratos, como los de arrendamiento, tanto si el deudor es el arrendatario como si es el arrendador. Si el deudor es el arrendatario, puede fijarse un tope para los daños y perjuicios a fin de que el crédito correspondiente a un arrendamiento de larga duración no perjudique los créditos de

otros acreedores. Normalmente, los arrendadores pueden mitigar las pérdidas realquilando los bienes. Si el deudor es un arrendador, puede ser necesario proteger los derechos de ocupación del arrendatario.

ii) *Reorganización*

95. Las posibilidades de que prospere una reorganización pueden aumentar si se permite al representante de la insolvencia rechazar los contratos onerosos cuyo cumplimiento tenga un costo superior a los beneficios que pueda reportar o también cuando, por ejemplo, un contrato de arrendamiento aún no expirado prevea un precio de alquiler superior al del mercado.

iii) *Excepciones*

96. Independientemente del grado de poder conferido al representante de la insolvencia para mantener o rescindir contratos, pueden requerirse excepciones para ciertos contratos. Una importante excepción es la facultad para poner fin a contratos laborales. Si bien esos contratos son particularmente pertinentes en una reorganización, también lo son en una liquidación cuando el representante de la insolvencia trata de vender la empresa como negocio en marcha. Puede obtenerse un precio más alto si el representante de la insolvencia está habilitado para poner fin a contratos de empleo onerosos. A fin de evitar que se utilice el procedimiento de insolvencia para eliminar la protección de los empleados, algunos países limitan específicamente la capacidad para poner fin a los contratos laborales. También cabe imponer una limitación similar al derecho de rescisión en el caso de los acuerdos de arrendamiento cuando el deudor sea el arrendador o el que conceda una franquicia o cuando el deudor sea el otorgante de una licencia de propiedad intelectual y la anulación de la licencia pueda poner fin al negocio del licenciataria, particularmente cuando la ventaja para el deudor sea relativamente limitada.

b) Mantenimiento de la vigencia de los contratos

i) *Reorganización*

97. En toda reorganización, procedimiento cuyo objetivo es conseguir que la empresa sobreviva y continúe con sus negocios en la medida de lo posible, puede ser crucial que exista la posibilidad de mantener vigentes contratos beneficiosos para el negocio que aporten un valor económico suplementario a la empresa. Si un régimen de la insolvencia no fija límites para la eficacia de las cláusulas de rescisión de los contratos al solicitarse o iniciarse una reorganización, el procedimiento puede tener menos posibilidades de prosperar.

98. La cuestión que se plantea de entrada es si el contrato pertinente contiene una cláusula en virtud de la cual la apertura de un procedimiento de insolvencia constituye un acto de incumplimiento que da a la otra parte un derecho incondicional a la rescisión, aceleración o algún otro derecho. Algunas legislaciones mantienen la validez de tales cláusulas y el representante de la insolvencia sólo puede mantener el contrato si la otra parte no opta por rescindir o acelerar el contrato o se la puede convencer para que no opte por tales posibilidades. Cuando la otra parte pueda poner fin a un contrato, el régimen de la insolvencia puede prever un mecanismo para persuadir a esa parte para que mantenga el contrato, disponiendo, por ejemplo, que el contrato dé prioridad al pago de los servicios

prestados después de iniciarse el procedimiento. Otras legislaciones disponen que el representante de la insolvencia puede mantener el contrato pese a la oposición de la otra parte, lo cual significa que la ley prevalece sobre cualquier derecho a rescindir o acelerar el contrato por el mero hecho de que el inicio de un procedimiento de insolvencia se considere un acto de incumplimiento.

99. Entre los argumentos a favor que no prevalezcan las cláusulas de rescisión y aceleración en un procedimiento de reorganización figuran la necesidad de incrementar el potencial de ganancias de la empresa, de reducir el poder de negociación de un proveedor esencial, de obtener valor de los contratos del deudor en beneficio de los acreedores; [...].

100. Entre los argumentos en contra de que no prevalezca el derecho de la otra parte a poner fin al contrato cabe citar la necesidad de impedir que el deudor actúe de forma selectiva cumpliendo los contratos rentables y cancelando otros, una ventaja de la que no dispone la otra parte; las consecuencias que tendría para la compensación por saldos netos una disposición en virtud de la cual no prevalecieran las cláusulas de rescisión y aceleración; la convicción de que como en general una empresa insolvente no podrá pagar, todo aplazamiento de la rescisión de los contratos puede hacer aumentar la deuda; la capacidad de los creadores de propiedad intelectual para controlar la utilización de esa propiedad; y las repercusiones que puede tener para la empresa de la otra parte la rescisión de un contrato con respecto a un bien inmaterial general.

101. Cuando los regímenes de la insolvencia prevén que las cláusulas de rescisión pueden no prevalecer, los acreedores pueden adoptar medidas preventivas y poner fin al contrato antes de la solicitud del procedimiento de insolvencia. Esta situación puede atenuarse disponiendo que el representante de la insolvencia está facultado para volver a dar vigencia a esos contratos, siempre y cuando se cumplan las obligaciones anteriores y posteriores al comienzo del procedimiento.

102. Los contratos mantenidos en vigor se consideran obligaciones continuas de la empresa que deben cumplirse, y todas las obligaciones contractuales del patrimonio pasan a ser obligaciones posteriores al comienzo del procedimiento. En algunos regímenes de la insolvencia, los créditos derivados del cumplimiento del contrato después de la apertura del procedimiento de insolvencia se tratan como gastos administrativos (véase la sección V.1) y se les da prioridad en la distribución. Cuando el representante de la insolvencia viola un acuerdo después de ser mantenido en vigor, la parte perjudicada por el incumplimiento puede tener derecho a ejercer sus derechos y a utilizar los recursos que prevea el acuerdo de conformidad con la legislación aplicable al margen del régimen de la insolvencia y puede tener derecho al pago de daños y perjuicios, lo cual puede clasificarse también como crédito administrativo (por oposición a crédito no garantizado).

103. Si el deudor ya ha incumplido un contrato antes de la solicitud de procedimiento, conviene determinar si es equitativo requerir a la otra parte que negocie con un deudor insolvente cuando ya hubo incumplimiento antes de la insolvencia. Algunas legislaciones requieren, para la continuación del contrato, que el representante de la insolvencia subsane los incumplimientos del contrato y asegure su futuro cumplimiento aportando, por ejemplo, una caución o una garantía.

ii) Liquidación

104. En la liquidación, el mantenimiento de la vigencia de los contratos tal vez sea menos importante que en la reorganización, salvo cuando el contrato pueda añadir valor económico a la empresa o a un determinado bien, promoviendo así su venta como negocio en marcha. Un acuerdo de arrendamiento, por ejemplo, en que el alquiler esté por debajo del valor en el mercado y que aún le falte mucho tiempo para expirar, puede resultar crucial para cualquier propuesta de venta de la empresa.

105. Entre los argumentos a favor de que no prevalezcan las cláusulas de rescisión en una liquidación figuran la necesidad de mantener la integridad de la empresa para maximizar su valor de venta o incrementar sus posibilidades de ingresos; la necesidad de reducir el poder de negociación de un proveedor esencial; y la conveniencia de asociar a todas las partes al trámite final de disposición de la empresa.

iii) Excepciones

106. Las excepciones a la facultad del representante de la insolvencia para mantener vigentes los contratos suelen dividirse en dos categorías. Con respecto a la primera categoría, cuando el representante de la insolvencia está facultado para dejar sin efecto las disposiciones de rescisión, puede haber excepciones concretas para contratos como los contratos financieros a corto plazo (por ejemplo, los acuerdos de permuta o de futuros). La segunda categoría se refiere a los contratos en que, independientemente del modo en que el régimen de la insolvencia regula las disposiciones de rescisión, no es posible mantener el contrato porque prevé que el deudor preste servicios personales insustituibles (por ejemplo, los de un cantante de ópera).

c) Cesión

107. Los contratos mantenidos en vigor pueden cederse posteriormente en beneficio del patrimonio. En algunos regímenes de la insolvencia se requiere el asentimiento de la otra parte o de todas las partes, mientras que en otros los procedimientos de insolvencia anulan las cláusulas de intransferibilidad. En tales casos, el representante de la insolvencia tiene libertad para ceder el contrato en beneficio del patrimonio. Si bien en algunos países esta última opción se considera de importancia crucial en los procedimientos de liquidación, otros países la desconocen por completo o la prohíben.

108. El hecho de que el representante de la insolvencia pueda optar por mantener en vigor y ceder contratos en contra de lo dispuesto en el contrato puede resultar muy provechoso para el patrimonio y, por lo tanto, para los beneficiarios del producto de la distribución tras la liquidación. Ahora bien, esta facultad del representante de la insolvencia mina claramente los derechos contractuales de la otra parte en el contrato y puede causar perjuicios, especialmente cuando esa parte no tiene apenas derecho a intervenir en la selección del cesionario o no puede intervenir en absoluto. Algunas legislaciones prevén que si la otra parte no consiente en la cesión, el representante de la insolvencia podrá ceder el contrato con la autorización del tribunal si puede demostrarse que la otra parte no tiene motivos razonables para denegar su consentimiento. Algunas legislaciones que permiten el mantenimiento y

la cesión de los contratos exigen que el representante de la insolvencia demuestre a la otra parte que el cesionario puede cumplir adecuadamente con el contrato.

d) Cuestiones de procedimiento

109. Algunas legislaciones permiten al representante de la insolvencia adoptar una decisión sobre el mantenimiento de la vigencia de los contratos, mientras que otras requieren la aprobación del tribunal. A fin de no demorar innecesariamente el procedimiento, es conveniente que esa decisión se adopte en un determinado plazo. Dada la naturaleza del procedimiento, es posible que ese plazo sea más largo para la reorganización que para la liquidación y que se prevea cierta flexibilidad para prorrogar el plazo cuando pueda ser beneficioso para la reorganización. En caso de que la decisión no se adopte en el plazo especificado por la ley o dispuesto por el tribunal (si la otra parte en el contrato pide al tribunal que adopte una decisión al respecto porque el representante de la insolvencia no lo ha hecho), algunas legislaciones prevén disposiciones supletorias, como la rescisión del acuerdo de forma automática o por decisión de la otra parte.

110. Muchas legislaciones no exigen que el representante de la insolvencia notifique la rescisión, salvo en los casos de contratos de empleo y de arrendamiento (de bienes inmuebles). No obstante, algunas legislaciones exigen que el representante de la insolvencia cumpla los requisitos contractuales relativos a la notificación, aunque pueden preverse disposiciones para reducir el plazo requerido para la notificación en casos de contratos de arrendamiento de larga duración.

111. [Compensación]

112. [Contratos financieros y compensación global por saldos netos]

2. Resumen - Tratamiento de los contratos

a) Rescisión

113. En procedimientos de liquidación y reorganización, el representante de la insolvencia puede poner fin a los contratos. La rescisión puede surtir efecto:

- a. Cuando el representante de la insolvencia la notifique; o
- b. Automáticamente, al no haberse adoptado en un determinado plazo la decisión de mantener vigentes los contratos.

114. La rescisión da lugar a un crédito no garantizado en forma de daños y perjuicios, que la parte afectada puede reclamar.

115. En procedimientos de reorganización debería limitarse el derecho a poner fin a ciertos tipos concretos de contratos, como los de empleo.

b) Mantenimiento en vigor

116. Con la aprobación del tribunal o sin ella, el representante de la insolvencia puede mantener en vigor los contratos, con la excepción de ciertas clases especificadas de contratos. Cuando en virtud de una cláusula del contrato, éste quede rescindido al comenzar el procedimiento de insolvencia, existen varias posibilidades:

- a. El representante de la insolvencia o el tribunal pueden considerar la cláusula nula y sin efecto.
- b. La legislación sobre la insolvencia puede disponer que la cláusula es nula y sin efecto.

117. Los contratos mantenidos en vigor por el representante de la insolvencia pasan a ser obligaciones del patrimonio desde la apertura del procedimiento.

c) Cesión

118. El representante de la insolvencia puede ceder un contrato mantenido en vigor:

- a. Considerando nula toda cláusula de intransferibilidad;
- b. Si la otra parte [todas las partes] da [dan] su consentimiento;
- c. Cuando la otra parte [ninguna de las partes] no dé [dé] su consentimiento, el tribunal puede aprobar la cesión.

D. Acciones de anulación

1. Observaciones generales: anulación de operaciones previas a la insolvencia

119. Muchas legislaciones consideran que algunas operaciones ejecutadas antes del comienzo de un procedimiento de insolvencia no son equitativas y causan perjuicios económicos a todas las partes que tienen reclamaciones pendientes con el deudor, especialmente si se ejecutan en previsión de una probable insolvencia. Una operación puede entrar en esta categoría retrospectivamente, es decir, puede ser una operación perfectamente lícita en circunstancias ordinarias pero que, ante la perspectiva de una insolvencia, puede considerarse perjudicial. Como ya se ha dicho antes, en esta cuestión deben sopesarse cuidadosamente dos factores sociales opuestos: la utilidad de prever poderes fuertes para obtener el máximo valor del patrimonio en beneficio de todos los acreedores, por una parte, y la posible pérdida de previsibilidad contractual y certeza, por otra. Cuando al sopesar esos factores se llegue a la conclusión que de una determinada operación es perjudicial, ésta puede convertirse en legalmente “anulable”, es decir, puede llegar a ser considerada legalmente nula, de modo que el representante de la insolvencia puede estar capacitado para recuperar, en beneficio de todos los interesados, los bienes que el deudor haya transferido o una suma equivalente a su valor.

120. Puede transcurrir mucho tiempo entre el momento en que el deudor se percata de que no podrá evitar un procedimiento de insolvencia y la fecha en que comienza el proceso. Mientras tanto, el deudor puede tener numerosas oportunidades de eludir las consecuencias del procedimiento tratando de ocultar bienes a los acreedores, contrayendo obligaciones artificiales, haciendo donaciones a parientes y amigos o pagando a ciertos acreedores y no a otros. En la perspectiva del procedimiento de insolvencia, todas esas actividades perjudican a los acreedores con créditos no garantizados en general que hayan quedado al margen de tales actividades y que no gocen de la protección de una garantía, y minan el objetivo del tratamiento equitativo de todos los acreedores. La principal finalidad de los poderes de anulación es asegurar que los bienes del deudor insolvente se repartan

equitativamente entre los acreedores con arreglo a las prioridades establecidas para el pago.

121. Las disposiciones de anulación se presentan de diversos modos. Uno de ellos se basa en criterios generalizados y objetivos para determinar si los actos son anulables, por ejemplo, si la operación tuvo lugar en un plazo especificado previo al comienzo del procedimiento o si la transferencia u operación tiene algunas de las características generales previstas por la ley (por ejemplo, el requisito de aportar un valor económico apropiado). Aunque los criterios generales pueden ser de fácil aplicación, si son los únicos aplicables, pueden dar lugar a resultados arbitrarios, convirtiendo en nulas operaciones legítimas y útiles realizadas en el plazo especificado y protegiendo otras de carácter fraudulento o preferente efectuadas fuera de ese plazo. Las disposiciones de anulación también pueden poner de relieve criterios subjetivos en función de cada caso, como el hecho de que haya pruebas de que el deudor intentó ocultar bienes a los acreedores, de que el deudor fuera insolvente al realizar la operación y de que la otra parte tuviera conocimiento de la insolvencia. Si se combinan de forma equilibrada elementos de ambas modalidades se pueden reducir al mínimo los inconvenientes de los criterios estrictamente generalizados.

122. La mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén cuatro tipos comunes de operaciones anulables: las transferencias efectuadas con objeto de defraudar a los acreedores, las transferencias hechas por un valor inferior al real, los pagos preferentes a determinados acreedores, y las garantías reales carentes de validez. Algunas operaciones pueden entrar en más de una de esas categorías, según las circunstancias concretas de cada contrato. Por ejemplo, es posible que operaciones que puedan parecer preferentes sean más bien fraudulentas si se realizan cuando el deudor es casi insolvente o si dejan al deudor sin activos suficientes para continuar sus negocios. Con respecto a cada categoría, los ordenamientos jurídicos no regulan del mismo modo la posibilidad de exigir al beneficiario de la transferencia (la persona que recibió los bienes) que proceda a la devolución si había realizado la operación con toda inocencia, había correspondido aportando valor económico al deudor y desconocía los hechos cruciales. Algunos ordenamientos prevén la devolución si se cumplen esas condiciones, mientras que otros exigen que se restituyan los bienes independientemente de cualquier consideración, aunque dando cierta protección al valor económico que el beneficiario de la transferencia haya aportado al deudor.

123. La razones por las que los tres primeros tipos de operaciones se declaran anulables son, entre otras las siguientes:

- i) Para prevenir el fraude (por ejemplo, cuando el deudor transfiere bienes para ocultarlos y beneficiarse posteriormente de ellos);
- ii) Para prevenir el favoritismo, evitando así que el deudor favorezca a ciertos acreedores en detrimento de los demás;
- iii) Para prevenir una pérdida súbita del valor de una empresa justo antes de que se imponga la supervisión judicial; y
- iv) Para crear un marco para el arreglo extrajudicial: al saber que pueden excluirse las transferencias o los embargos de bienes realizados en el

último momento, los acreedores estarán más dispuestos a colaborar con los deudores a fin de concertar un arreglo viable sin intervención judicial.

124. La anulabilidad del cuarto tipo de operación, la garantía real inválida, no es más que un ejemplo de aplicación de las reglas relativas a esas garantías en el contexto de la insolvencia. Así, por ejemplo, los regímenes que requieren la inscripción de determinados tipos de garantías en un registro público pueden disponer que sin tal inscripción la garantía será inejecutable o nula. Con ello se atiende a lo dispuesto en las leyes que permiten la concesión de garantías a los acreedores. Por otra parte, una garantía real que sea válida en virtud de esas leyes puede ser anulable en una insolvencia por entrar en una de las tres primeras categorías enumeradas. Por ejemplo, puede considerarse que la concesión de una garantía real poco antes de la insolvencia, aunque normalmente sería válida, ha favorecido injustamente a un determinado acreedor en detrimento de los demás.

a) Operaciones fraudulentas

125. Las transferencias fraudulentas son aquellas que efectúa la dirección de la empresa del deudor con el fin de defraudar a los acreedores o de impedir o demorar el cobro de los créditos mediante la transferencia de bienes a un tercero que esté fuera del alcance de los acreedores. Muchos regímenes de la insolvencia no limitan el período durante el cual deben haberse realizado esas operaciones para poder ser anuladas.

b) Operaciones infravaloradas

126. Las operaciones pueden anularse cuando el valor recibido por el deudor a raíz de la transferencia a un tercero sea nominal o muy inferior al valor real del bien transferido. Algunas legislaciones requieren también que se demuestre que el deudor era insolvente en el momento de la transferencia o que la insolvencia fue resultado de la transferencia.

c) Operaciones preferentes

127. Normalmente, las transferencias preferentes son los pagos con los que se viola el principio *pari passu* al darse la preferencia a algunos acreedores o a terceros en detrimento de otros acreedores que pueden quedar sin cobrar durante el período previo al comienzo del procedimiento. Esas operaciones pueden ser anulables cuando la transferencia a un acreedor por una deuda se haya efectuado durante un período definido (“el período de sospecha”) antes de la solicitud de procedimiento de insolvencia y cuando, a raíz de esa transferencia el acreedor vaya a recibir una parte de los bienes del deudor superior a la que lícitamente le correspondería conforme al prorrateo. Muchos países requieren asimismo pruebas de que cuando se realizó la operación el deudor era insolvente o estaba a punto de serlo. Otra categoría de operaciones preferentes puede incluir las transferencias efectuadas después de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia pero antes de que éste comience, a menos que la operación esté autorizada por las disposiciones del régimen de la insolvencia.

128. Las donaciones pueden ser actos fraudulentos o actos realizados con toda inocencia, pero en ambos casos pueden resultar injustos para los acreedores y ser, por tanto, anulables. Una compensación concertada poco tiempo antes del comienzo

del procedimiento de insolvencia puede considerarse perjudicial y estar sujeta a anulación (véase la sección III.4).

129. [Transferencias no autorizadas que se realizan después de iniciarse el procedimiento; anulación de pagos previos durante el período de sospecha; operaciones gravemente incompatibles con las prácticas comerciales normales.]

d) Determinación del período de sospecha

130. En algunos regímenes de la insolvencia se define explícitamente el período de sospecha que puede ser de un determinado número de días o meses antes del comienzo de la insolvencia; durante ese período cada uno de esos tipos de operaciones sería anulable. En otras legislaciones, el período de sospecha es definido retrospectivamente por el tribunal después de iniciarse el procedimiento. En esas legislaciones, la decisión del tribunal se basa a menudo en el momento en que el deudor dejó de pagar sus deudas con normalidad (“cesación de pagos”). [Examínense las ventajas de ambas modalidades]. Algunas legislaciones fijan un único período de sospecha para todos los tipos de operaciones anulables, mientras que otras prevén distintos períodos según si el perjuicio causado a los acreedores es intencionado o si el beneficiario de la transferencia es un “iniciado” (*insider*) (por ejemplo, una persona con estrechos vínculos empresariales o familiares con el deudor o sus acreedores). Dado que las operaciones fraudulentas entrañan actos deliberadamente ilícitos, se fijan muchas veces períodos de sospecha muy largos, que pueden oscilar entre uno y seis años. Cuando en las operaciones preferentes han intervenido acreedores que no son iniciados, el período de sospecha puede ser relativamente breve, de tan sólo unos meses. Cuando intervienen iniciados del entorno del deudor, muchos países consideran que deben aplicarse reglas más estrictas y prevén períodos de sospecha más largos y transferencias de la carga de la prueba. Por ejemplo, una transferencia infravalorada en beneficio de un iniciado puede ser anulada, aunque el deudor no fuera insolvente en el momento de efectuarla ni hubiera pasado a serlo a raíz de la transferencia.

e) Responsabilidad de los beneficiarios de transferencias

131. Con respecto a cada uno de estos tipos de operaciones se plantea la cuestión de si el beneficiario puede quedar exento de responsabilidad o de si es conveniente anular la transferencia. Esta decisión puede depender de distintas consideraciones para cada tipo de operación y deberán sopesarse los requisitos de equidad con respecto a las partes inocentes, por un lado, y las dificultades de demostración del motivo y del conocimiento de la situación y el daño ocasionado a los acreedores independientemente de las intenciones del beneficiario, por otro. En el caso de las operaciones fraudulentas, por ejemplo, el pago de una suma adecuada por parte de beneficiario y su conocimiento de la verdadera intención del deudor de defraudar a los acreedores serán factores pertinentes. En el caso de las transferencias infravaloradas, se tendrá en cuenta la cuestión de si el beneficiario es o no un iniciado que está al corriente de la insolvencia del deudor o de la inminencia de ésta o de que el deudor será insolvente a raíz de la transferencia.

132. Las acciones de anulación de operaciones preferentes pueden enfocarse de dos modos. El primero consiste en disponer que si el acreedor beneficiario actúa de buena fe e ignora que el deudor es insolvente en el momento de la transferencia o que pasará a serlo a raíz de esa operación, el acreedor no incurrirá en

responsabilidad y no se anulará la transferencia. La segunda posibilidad consiste en prever el mismo resultado cuando el deudor hace la transferencia prácticamente al mismo tiempo que nace el crédito del acreedor, cuando el acreedor aporta subsiguientemente su contraprestación en valor, o cuando la transferencia se produce en el curso ordinario de los negocios

f) Operaciones nulas y anulables

133. Cuando una operación entre en una de estas categorías, los regímenes de la insolvencia la declararán anulable o automáticamente nula. Cuando en virtud de la ley la operación es anulable, se exige al representante de la insolvencia que decida si la anulación de la operación será beneficiosa para el patrimonio, teniendo en cuenta las demoras en la recuperación de los bienes que han sido objeto de la operación, o de su valor, o los posibles costos de las acciones judiciales. En general, esta facultad discrecional del representante de la insolvencia está sujeta a su obligación de maximizar el valor del patrimonio, de no cumplir esa obligación, el representante de la insolvencia puede incurrir en responsabilidad. Cuando el representante de la insolvencia no adopta medidas para anular ciertas operaciones, algunos regímenes prevén que un acreedor o la junta de acreedores pueda adoptar medidas para requerir al representante de la insolvencia que inicie una acción de anulación si se considera que tal recurso puede beneficiar al patrimonio. Otras legislaciones permiten también al propio acreedor o a la junta de acreedores entablar una acción para anular esas operaciones. Cuando se permite tal acción, algunas legislaciones disponen que los bienes o el valor de éstos que recupere el acreedor sean considerados parte del patrimonio; en otros casos, todo lo que se recupere puede emplearse para satisfacer el crédito del acreedor que entable la acción.

g) Cuestiones probatorias

134. Los regímenes de la insolvencia prevén distintos requisitos para establecer los elementos de una acción de anulación. Algunas legislaciones exigen al deudor que demuestre que la operación no entra en ninguna categoría de operaciones anulables. En virtud de otras legislaciones, el acreedor u otra persona que impugne la operación, como el representante de la insolvencia, tiene la obligación de demostrar la existencia de cada elemento de una acción de anulación. Algunas legislaciones permiten que se transfiera a otra persona la carga de la prueba, por ejemplo, cuando sea difícil para el representante de la insolvencia probar que el deudor se propone realmente defraudar a los acreedores y para demostrarlo sólo disponga de indicios externos, manifestaciones objetivas u otras pruebas indirectas de tal propósito. En esas legislaciones, la carga de la prueba, es decir, la obligación de demostrar que el deudor actuó sin intención de fraude, se hace recaer en el beneficiario de la transferencia.

2. Resumen - Anulación

[...]

IV. Administración de los procedimientos

A. Derechos y obligaciones del deudor

1. Observaciones generales

a) Control de la gestión del deudor

i) Liquidación

135. Una vez iniciado el procedimiento de liquidación, la conservación del patrimonio requiere la adopción de amplias medidas para proteger el patrimonio no sólo de las acciones de los acreedores sino también de los directores o propietarios de la empresa del deudor. Por esta razón, muchos regímenes de la insolvencia despojan a la dirección de la empresa del deudor o a sus propietarios de todos los derechos de gestión y explotación del negocio y designan a un representante de la insolvencia al que confieren todas estas responsabilidades. Concretamente, este representante puede tener derecho a entablar y defender acciones judiciales en nombre del patrimonio y a cobrar todos los pagos dirigidos al deudor. Normalmente, una vez iniciado el procedimiento de liquidación, serán nulas todas las medidas adoptadas por el deudor que perjudiquen al patrimonio.

136. Cuando se determine que el modo más eficaz de liquidar el patrimonio es venderlo como negocio viable, algunas legislaciones facultan al representante de la insolvencia para permitir que los directores de la empresa del deudor o sus propietarios mantengan cierto control a fin de facilitar la venta de los bienes y de la empresa bajo la supervisión y el control del representante de la insolvencia. Estas legislaciones pueden responsabilizar al representante de la insolvencia de los actos ilícitos que cometa el deudor durante el período en que éste haya estado bajo el control del representante de la insolvencia.

ii) Reorganización

137. En el caso de los procedimientos de reorganización existen divergencias sobre si es realmente apropiado privar al deudor del control de la empresa y sobre la conveniencia de asignar algún tipo de función estable a la dirección de la empresa del deudor. En muchas circunstancias, la dirección, pese a ser responsable de las dificultades financieras de la empresa, dispondrá de conocimientos inmediatos y de primera mano sobre los negocios del deudor. Estos conocimientos pueden ser un criterio para dar a la dirección de la empresa atribuciones estables para adoptar decisiones de gestión a corto plazo. Por razones similares, la dirección de la empresa del deudor está a veces en buena posición para proponer un plan de reorganización que se someta a la aprobación de los acreedores y del tribunal. En tales circunstancias, el hecho de relevar totalmente de sus funciones a la dirección de la empresa del deudor, aunque haya contribuido a crear las dificultades financieras del deudor, puede tener como consecuencia que éste ya no tenga incentivos para iniciar pronto un procedimiento de reorganización y que la reorganización no tenga probabilidades de prosperar.

138. Existen varias formas de tener en cuenta todas estas consideraciones. Una de ellas consiste en fijar un reparto de funciones entre el deudor y el representante de la

insolvencia con arreglo al cual este último supervise las actividades del deudor y apruebe las operaciones importantes, mientras que el deudor siga ocupándose de la gestión cotidiana de la empresa. Esta modalidad puede tener que secundarse con reglas relativamente precisas para que no haya dudas sobre la división de responsabilidades entre el representante de la insolvencia y el deudor y se sepa con certeza el modo en que se procederá a la reorganización. No obstante, si hay pruebas de muy mala gestión o de malversación de fondos o si el objetivo de la reorganización ya no es realista, puede convenir que los directores de la empresa del deudor o sus propietarios sean relevados por mandamiento judicial, a iniciativa propia o a petición del representante de la insolvencia o tal vez de los acreedores o de la junta de acreedores. Cuando se confieran poderes a los acreedores o a la junta de acreedores, puede convenir instituir garantías para prevenir posibles abusos por parte de los acreedores que traten de hacer fracasar el procedimiento de reorganización o de conseguir una influencia indebida. Para ello, puede requerirse, por ejemplo, el voto de una mayoría adecuada de acreedores antes de tratar de adoptar esas medidas.

139. Otra modalidad, a la que se recurre en muy pocos regímenes de la insolvencia, consiste en permitir que el deudor mantenga el control total de la explotación de la empresa sin que, por lo tanto, el tribunal designe un representante independiente al iniciarse el procedimiento (método denominado del “deudor en posesión”). Si bien esta modalidad puede tener ventajas contribuyendo al éxito de la reorganización, puede tener también inconvenientes. Por ejemplo, se puede recurrir al proceso cuando sea evidente que no tiene perspectivas de prosperar y se abuse de él para retrasar lo inevitable, mientras continúan dispersándose los bienes; también puede ocurrir que la dirección actúe irresponsablemente o incluso cometa actos fraudulentos durante el período de control, minando así el proceso de reorganización y la confianza de los acreedores. Estas dificultades pueden mitigarse previendo ciertas salvaguardias, como la designación de un representante de la insolvencia para supervisar al deudor o un mecanismo que permita al tribunal (por iniciativa propia o a petición de los acreedores) transformar la reorganización en una liquidación, y también dando a los acreedores una función importante de supervisión o vigilancia del deudor. Sin embargo, esta modalidad es muy compleja, afecta a distintos aspectos de la concepción de un régimen de la insolvencia y requiere un detenido examen.

140. A fin de ayudar al deudor a cumplir sus obligaciones, algunas legislaciones le permiten contratar, previa autorización, a profesionales como contables, abogados, peritos y otros expertos que resulten necesarios. Algunas legislaciones prevén que esta autorización la dé el representante de la insolvencia, mientras que en otras le corresponde hacerlo al tribunal o a los acreedores.

b) Suministro de información

141. A fin de que el tribunal, los acreedores y las partes afectadas puedan evaluar razonablemente las necesidades inmediatas de liquidez del deudor y la conveniencia de nueva financiación, así como las perspectivas comerciales de la empresa y su viabilidad a largo plazo, y a fin de que puedan determinar si la dirección de la empresa está cualificada para seguir llevando los negocios, deberán disponer de información sobre la empresa que puede ser facilitada por deudor. Para satisfacer esa necesidad en los dos tipos de procedimientos de insolvencia, pero

particularmente en el de reorganización, es conveniente que el deudor esté continuamente obligado a informar con cierto detalle sobre su situación comercial y financiera. Para que la información pueda ser de utilidad para esos fines, debe ser actual y, por consiguiente, debe ser comunicada lo antes posible después de iniciarse el procedimiento. Cuando el deudor no sea una persona física, la información puede ser comunicada al representante de la insolvencia por oficiales y otros terceros pertinentes relacionados con el deudor. Otra posibilidad consiste en requerir que uno o varios de los directores estén obligados a asistir a una reunión principal de acreedores, o a estar representados en ella, a fin de responder a preguntas, salvo cuando esto sea físicamente imposible por no encontrarse los directores en el lugar en que se celebren las reuniones de acreedores. Se da a menudo el caso de que la información es muy delicada desde el punto de vista comercial y, por consiguiente, conviene que la legislación sobre insolvencia prevea la protección de la información confidencial. Para el caso en que no se quiera revelar la información, puede ser necesario prever un mecanismo que obligue a comunicar la información pertinente. Este mecanismo puede consistir en una “investigación pública” del deudor o, en la imposición de sanciones penales, conforme a la práctica de varios países.

142. Para facilitar el suministro de información por parte del deudor, algunas legislaciones prevén formularios normalizados en que se especifica la información requerida. Estos formularios deben ser cumplimentados por el deudor (que en caso de presentar información falsa o que induzca a error será objeto de sanciones) o por una persona independiente o un administrador.

2. Resumen - Derechos y obligaciones del deudor

[...]

B. Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia

1. Observaciones generales

143. El representante de la insolvencia desempeña una función central en el cumplimiento eficaz de la ley. Cuando el representante de la insolvencia es un oficial designado por un tribunal, muchas legislaciones disponen que está obligado a velar por una aplicación eficaz e imparcial de la ley. Dado que es la persona que dispone de más información sobre la situación del deudor, está en condiciones óptimas para adoptar decisiones con conocimiento de causa. Esto no significa que el representante de la insolvencia haga las veces del tribunal; si surgiera una disputa entre el representante de la insolvencia y una parte interesada, le correspondería al tribunal de la jurisdicción competente dirimirla. Incluso en los países en que se restringe el papel del tribunal en los procedimientos de insolvencia, la autoridad que normalmente se confiere al representante de la insolvencia tiene un límite.

a) Selección y nombramiento del representante de la insolvencia

144. En algunos ordenamientos jurídicos, el tribunal selecciona, nombra y supervisa al representante de la insolvencia. En otros lo selecciona, a instancias del tribunal, una determinada oficina o un instituto que se encarga de reglamentar la situación general de todos los representantes de la insolvencia. Una tercera posibilidad consiste en permitir a los acreedores intervenir en la recomendación y selección del representante de la insolvencia que deba nombrarse, siempre y cuando esa persona esté cualificada para ejercer tal función en un determinado caso. Si bien estos últimos métodos pueden contribuir a evitar sentimientos de parcialidad, pueden tener el inconveniente de requerir infraestructura y recursos suplementarios.

b) Calificaciones

145. El representante de la insolvencia puede seleccionarse entre personas procedentes de distintos ambientes profesionales, por ejemplo, entre empresarios, entre los empleados de una entidad gubernamental especializada o entre personas cualificadas pertenecientes a una agrupación privada. Se plantea la cuestión conexas de si el representante de la insolvencia debe ser una persona física o de si también puede designarse una persona jurídica para ejercer esa función. Independientemente de la modalidad de nombramiento, dada la complejidad de muchos procedimientos de insolvencia, es conveniente que el representante tenga conocimientos de la ley, sea imparcial y disponga de suficiente experiencia en cuestiones comerciales y financieras. Si se requieren conocimientos especializados, siempre se puede recurrir a la contratación de expertos. En algunos países, los conflictos de intereses derivados de una relación anterior entre la persona seleccionada para el cargo y el deudor, un acreedor o un miembro del tribunal pueden ser motivo suficiente para que esa persona quede descartada como representante de la insolvencia.

c) Obligación de diligencia

146. La norma de diligencia a que debe atenerse el representante de la insolvencia y su responsabilidad personal son factores importantes para dirigir los procedimientos de insolvencia. El representante de la insolvencia actúa como fiduciario en el cumplimiento de sus obligaciones y tiene un deber general de lealtad al patrimonio y a las diversas partes afectadas por el caso. Como tal, el representante de la insolvencia puede incurrir en responsabilidad por el incumplimiento de esas obligaciones. Para fijar el grado necesario de dedicación, diligencia y aptitud, es preciso adoptar criterios que tengan en cuenta las difíciles circunstancias que el representante de la insolvencia debe afrontar al cumplir su mandato, por ejemplo con respecto a la negligencia. Algunos regímenes de la insolvencia requieren que el representante pague una caución o se asegure contra el incumplimiento de sus obligaciones. Cuando el patrimonio sufre pérdidas por la negligencia, incompetencia o la falta de honradez de los agentes y empleados del representante de la insolvencia, algunas leyes disponen que éste no será considerado personalmente responsable salvo si no actúa con la debida diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones. [*Nota para el Grupo de Trabajo: ¿Hay otras formas de regular la responsabilidad del representante de la insolvencia?*]

147. Algunos regímenes de la insolvencia requieren autorización judicial para que el representante de la insolvencia pueda disponer de contables, abogados, peritos y otros profesionales que precise para cumplir sus obligaciones. Otras legislaciones no

exigen autorización judicial. En lo que respecta a la remuneración de esos profesionales, algunas legislaciones requieren que se presente una solicitud al tribunal y que éste la apruebe; otra posibilidad consiste en requerir la aprobación del conjunto de los acreedores. Los profesionales pueden cobrar sus honorarios periódicamente, durante el procedimiento, o pueden tener que esperar hasta que éste concluya.

d) Sustitución o destitución

148. Para el caso de fallecimiento o renuncia del representante de la insolvencia, conviene prever la designación de un sucesor, a fin de evitar trastornos en el procedimiento y las demoras que puede ocasionar tal situación. Algunos regímenes de la insolvencia permiten destituir al representante de la insolvencia en determinadas circunstancias, como pueden ser el hecho de que haya violado o incumplido las obligaciones jurídicas que le imponga el régimen de la insolvencia, haya demostrado suma incompetencia o haya cometido una grave negligencia. La destitución puede producirse, según las modalidades, por decisión del tribunal, adoptada por iniciativa propia o a petición de una parte interesada, o por decisión de una determinada mayoría de acreedores no garantizados.

2. Resumen - Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia

[...]

C. Créditos y demandas de los acreedores

1. Observaciones generales

149. En los procedimientos de insolvencia, los créditos sirven de criterio para determinar qué acreedores podrán votar y cómo podrán hacerlo (según la clase de acreedores a que pertenezcan) y para proceder a la distribución. Las legislaciones permiten presentar demandas para el cobro de distintos tipos de créditos. En algunas se hace la distinción entre créditos garantizados y no garantizados. Un acreedor que tenga un crédito garantizado no suele presentar demandas, a menos que entregue su garantía o que ésta no cubra totalmente el importe del crédito (es decir, cuando el valor del crédito sea superior al de la garantía material) y a menos que el acreedor desee reclamar la parte no garantizada (puede tratarse de una demanda provisional). Algunas legislaciones no admiten ciertas demandas por motivos de orden público, por ejemplo, créditos en divisas, créditos derivados de sentencias obtenidas mediante fraude, multas y sanciones, y deudas derivadas del juego.

a) Presentación de demandas

150. Para presentar demandas pueden utilizarse distintos mecanismos. Las leyes de muchos países imponen a los acreedores la obligación de presentar al representante de la insolvencia pruebas de sus créditos para que las examine. Algunas legislaciones prevén un primer paso consistente en que el tribunal o el deudor prepare una lista de acreedores y de las sumas reclamadas. Una vez elaborada la lista, se puede invitar a los acreedores a presentar sus demandas al representante de la insolvencia. La preparación de esa lista por parte del deudor tiene la ventaja de que los conocimientos que éste tiene de sus acreedores y de sus respectivos créditos permiten al representante de la insolvencia conocer, en esta etapa inicial, el estado de la empresa. En general, la presentación de demandas por los acreedores y su subsiguiente verificación por el representante de la insolvencia suelen asegurar una distribución adecuada.

b) Demandas provisionales

151. Las demandas de los acreedores pueden ser de dos tipos: las demandas en que se exige el pago de una determinada suma y aquéllas en que no se ha determinado o no se puede determinar la cantidad adeudada por el deudor. Estas demandas pueden ser contractuales o extracontractuales y pueden derivarse de créditos tanto garantizados como no garantizados. Cuando no se pueda determinar o no se haya determinado el importe reclamado en el momento en que deba presentarse la demanda al representante de la insolvencia, muchas legislaciones prevén que pueda presentarse una demanda provisional o que pueda fijarse provisionalmente su importe. La admisión de demandas provisionales plantea una serie de cuestiones, como la evaluación del crédito y la parte que debe efectuarla; la participación de los acreedores provisionales en votaciones sobre cuestiones importantes como la decisión de si se va a proceder a una liquidación o a una reorganización o de aprobar el plan de reorganización; y la cuestión de si, como acreedores minoritarios, pueden quedar vinculados por un plan con el que no estén de acuerdo (véase la sección IV.6: Plan de reorganización).

c) Verificación de demandas

152. Si bien la mayoría de las legislaciones obligan al representante de la insolvencia a verificar las demandas de los acreedores, algunas leyes no exigen tal verificación a menos que se impugne una demanda. El proceso de verificación no consiste únicamente en evaluar la legitimidad de una demanda y su importe sino también en determinar a qué categoría de crédito corresponde a efectos de votación y distribución (por ejemplo, se distingue entre créditos garantizados y no garantizados o entre los créditos previos al procedimiento y los nacidos posteriormente).

d) Cuestiones de procedimiento

i) Notificación de los acreedores

153. La mayoría de las legislaciones disponen que todos los acreedores conocidos e identificables tienen derecho a que se les notifiquen las demandas presentadas. La notificación puede efectuarse mediante una comunicación personal o la difusión de avisos en publicaciones comerciales pertinentes. Además, se puede requerir al representante de la insolvencia que prepare una lista de demandas, tanto de las [admitidas] [aprobadas] como de las impugnadas, y que la presente al tribunal o a otro órgano administrativo para facilitar la notificación de los acreedores desconocidos; también puede exigírsele que proporcione información actualizada sobre la [admisión] [aprobación] o desestimación de demandas impugnadas.

ii) Requisitos para la presentación de demandas

154. A fin de asegurar que las demandas se presenten oportunamente y que los procedimientos de insolvencia no se alarguen innecesariamente, puede ser útil fijar plazos para la presentación de demandas ante el representante de la insolvencia. Pueden preverse distintas consecuencias para cuando los acreedores no cumplan esos plazos. Por ejemplo, puede excluirseles del cobro de dividendos o de las distribuciones o puede limitarse su participación en la distribución de los bienes de modo que sólo puedan beneficiarse de los bienes que queden después de verificarse las demandas.

155. En algunas legislaciones, el representante de la insolvencia está facultado para verificar demandas y las impugnaciones deben resolverse ante el tribunal. En otras legislaciones, el tribunal verifica todas las demandas y dirige las impugnaciones. Algunas legislaciones permiten únicamente al representante de la insolvencia impugnar las demandas, mientras que otras dan también esta posibilidad a otras partes interesadas, incluidos los acreedores. En tal caso, se puede prever un examen final de la lista de demandas de los acreedores, preparada por el representante de la insolvencia o por el tribunal, en una junta de acreedores. En caso de disputas sobre las demandas, ya sea entre un acreedor y el representante de la insolvencia o entre el deudor y dicho representante, incluidas las controversias relativas a la garantía en sí o a los derechos de garantía, es esencial disponer de un mecanismo de solución rápida para que el procedimiento pueda avanzar de forma eficiente y ordenada. Si no se pueden resolver las controversias con rapidez y eficiencia, existe el riesgo de que se utilice la posibilidad de impugnar una demanda para entorpecer el procedimiento y provocar demoras innecesarias.

2. Resumen - Créditos y demandas de los acreedores

[...]

D. Juntas de acreedores

1. Observaciones generales

156. Una vez iniciado un procedimiento de insolvencia, los acreedores tienen notables derechos sobre la empresa. Por lo general, estos derechos se salvaguardan con el nombramiento de un representante de la insolvencia. No obstante, tanto en procedimientos de liquidación como de reorganización pueden conferirse también poderes decisorios a los acreedores en varias cuestiones importantes. En algunas legislaciones, por ejemplo, pueden destituir al representante de la insolvencia, aprobar la venta privada de la empresa en liquidación, proponer y aprobar un plan de reorganización y solicitar o recomendar medidas judiciales como la transformación de una reorganización en liquidación. Los poderes que se dan a los acreedores en el proceso de insolvencia obedecen a diversas razones. Al ser las partes con mayores intereses económicos que dependen del resultado del procedimiento, los acreedores pueden perder confianza en un proceso en que las decisiones cruciales sean adoptadas por personas que, en su opinión, carezcan de suficientes conocimientos especializados o de suficiente experiencia o independencia. Además, los acreedores son a menudo los que están en mejor situación para vigilar la actuación del representante de la insolvencia, con lo cual se pueden evitar el fraude, los abusos y los gastos administrativos excesivos.

157. Cuando hay un gran número de acreedores, puede establecerse una junta de acreedores para facilitar la participación de éstos en la administración del caso, tanto si se trata de una liquidación como de una reorganización. Se pueden encomendar a la junta de acreedores diversas tareas como vigilar la evolución del caso, consultar a otras partes en el procedimiento, especialmente al representante de la insolvencia y a la dirección de la empresa del deudor, y hacer llegar al representante de la insolvencia los deseos del conjunto de los acreedores. La junta debe representar los intereses de la totalidad de los acreedores. Como órgano representativo, no tiene ninguna responsabilidad ni obligación fiduciaria frente a los propietarios de la empresa insolvente.

a) Participación de los acreedores en el proceso decisorio

158. El grado de participación de los acreedores en el proceso decisorio del procedimiento puede variar. En algunos regímenes, el representante de la insolvencia adopta todas las decisiones cruciales sobre cuestiones generales de administración y liquidación que no están en disputa, mientras que los acreedores desempeñan un papel marginal y gozan de escasa influencia. Esta modalidad puede resultar muy eficiente con un representante de la insolvencia experimentado, ya que permite evitar las demoras que ocasiona la organización de la participación de los acreedores. Esta modalidad puede ser aconsejable cuando el régimen prevea ya un alto nivel de reglamentación del proceso y de sus participantes. Algunas modalidades que limitan la participación de los acreedores distinguen entre liquidación y reorganización, y sólo permiten a los acreedores intervenir en la decisión de si se procederá a una liquidación o a una reorganización y votar sobre un plan de reorganización.

159. Otras legislaciones prevén una mayor participación de los acreedores en el procedimiento. Por ejemplo, en un procedimiento de liquidación los acreedores pueden estar facultados para seleccionar y sustituir al representante de la

insolvencia, aprobar la continuación temporal de la actividad de la empresa a cargo del representante de la insolvencia y aprobar las ventas privadas de bienes. En procedimientos de reorganización, los acreedores pueden desempeñar una función vital, ejerciendo el control principal de las actividades de la empresa (especialmente cuando el régimen permita al deudor seguir en posesión de la empresa después de iniciarse el procedimiento) y del representante de la insolvencia, y proponiendo y aprobando planes de reorganización. También pueden intervenir solicitando o recomendando medidas judiciales, concretamente recomendando al tribunal que el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación.

b) Acreedores representados en la junta

160. La composición de las juntas de acreedores puede regularse de diversos modos. En algunos regímenes de la insolvencia, aunque la junta de acreedores representa por lo general sólo a los acreedores con créditos no garantizados, se reconoce que puede haber casos en que se justifique crear otra junta para los acreedores con créditos garantizados. Este criterio se basa en el hecho de que los intereses de los distintos tipos de acreedores no siempre coinciden y es posible que, con su participación en la junta y su influencia en las decisiones de ésta, los acreedores garantizados no siempre favorezcan o satisfagan los intereses de otros acreedores. Otros regímenes prevén la representación de ambos tipos de acreedores en la misma junta. En esos regímenes, se considera que una exclusión de los acreedores garantizados equivale a impedir de hecho su participación en decisiones importantes. La participación de los accionistas de la empresa puede ser una cuestión controvertida, especialmente cuando la junta de acreedores tenga poder de decisión sobre los derechos de los acreedores garantizados o cuando los accionistas tengan vínculos con la dirección de la empresa del deudor.

c) Formación de la junta de acreedores

161. Cuando la ley prevé la formación de juntas de acreedores, regula a menudo también los detalles sobre la forma en que debe constituirse la junta, el alcance y la magnitud de sus obligaciones, sus reglamentaciones y su funcionamiento, concretamente los criterios para poder votar y los poderes, el quórum y la dirección de los debates, así como el relevo y la sustitución de sus miembros. Otra cuestión que se plantea es la de si la información que deben aportar no sólo los miembros de la junta sino también todos los acreedores es apropiada, y la forma de obtenerla.

162. Para facilitar la administración y supervisión de la junta, algunas legislaciones sobre la insolvencia regulan el número de miembros que debe tener, preferiblemente impar a fin de evitar empates y de garantizar una mayoría en las votaciones. Puede limitarse la composición de la junta dando cabida en ella sólo a los mayores acreedores no garantizados, que sean representativos del conjunto de los acreedores. Estos acreedores pueden seleccionarse de diversos modos, por ejemplo, solicitando a los directores de la empresa del deudor que enumeren en una lista los mayores acreedores del deudor. A fin de garantizar la igualdad de tratamiento de los acreedores, pueden tener derecho a formar parte de la junta las categorías de acreedores cuyos créditos aún no hayan sido aprobados y los acreedores extranjeros.

163. Los representantes ante la junta pueden designarse o seleccionarse de diversos modos. Uno de ellos consiste en que los designe el representante de la insolvencia. También cabe disponer que, con el consentimiento del representante de la

insolvencia o de conformidad con lo dispuesto por la ley, los acreedores puedan seleccionar a los miembros de la junta en una asamblea inicial de acreedores. Otra posibilidad consiste en que el tribunal o algún otro órgano autorizado designe a los miembros de la junta de acreedores. Puede ser necesario supervisar la labor de la junta para cerciorarse de que cumple su función de representar equitativamente a los acreedores no garantizados; esta tarea de supervisión puede encomendarse al representante de la insolvencia.

d) Obligaciones de la junta de acreedores

164. La junta puede cumplir una serie de funciones, como la de reunirse periódicamente con el representante de la insolvencia para ser informada de la evolución del caso, concretamente de las propuestas de venta de importantes bienes, para gestionar una parte o la totalidad de los negocios del deudor, y para entablar o abandonar acciones judiciales o convenir soluciones; además, le corresponde examinar los créditos y negociar las propuestas de reorganización en nombre de los acreedores no garantizados. Para desempeñar sus funciones, la junta puede requerir asistencia administrativa y pericial. La legislación puede prever que la junta pueda pedir autorización al representante de la insolvencia para contratar, con cargo al patrimonio de la insolvencia, un secretario y, si las circunstancias lo justifican, consultores y profesionales.

e) Votación de los acreedores

165. Cuando las medidas que vayan a adoptarse durante el procedimiento puedan tener una gran trascendencia para el conjunto de los acreedores, es conveniente que todos ellos tengan derecho a recibir notificación de tales medidas y a votar sobre ellas. El procedimiento de votación puede regularse de diversos modos, según la naturaleza de la cuestión sobre la que deba votarse. Algunas legislaciones prevén que se vote en una asamblea de acreedores, mientras que otra disponen que, cuando haya un gran número de acreedores o cuando éstos no sean residentes locales, se pueda votar por correo o por un poder.

166. En las legislaciones se regulan de diversos modos los tipos de votaciones requeridas para vincular a los acreedores. En algunos países basta con lograr una supermayoría (de tres cuartas partes o de dos tercios) del valor de los créditos de los acreedores votantes para que la votación sea vinculante para todos los acreedores. En otros países, la ley dispone que es suficiente una mayoría simple para cuestiones como la elección o destitución del representante de la insolvencia. En algunos regímenes, los acreedores garantizados sólo pueden votar sobre cuestiones concretas como la selección del representante de la insolvencia y cuestiones que afecten a sus garantías.

2. Resumen - Juntas de acreedores

[...]

E. Financiación posterior a la apertura del procedimiento

1. Observaciones generales

167. Para la reorganización es fundamental que la empresa siga funcionando. Para que pueda seguir funcionando, es importante que el representante de la insolvencia [o el deudor] pueda obtener crédito para pagar el suministro de bienes y servicios cruciales y para mantener en marcha las actividades comerciales. La legislación sobre la insolvencia puede reconocer la necesidad de obtener crédito después de iniciarse el procedimiento, prever su autorización y determinar la prelación del derecho de quien conceda ese crédito a su reembolso. La cuestión central es el alcance de ese poder, en particular, los incentivos que el representante de la insolvencia puede ofrecer a un posible acreedor a fin de obtener crédito. Si la solución adoptada afecta a los derechos de los acreedores garantizados o a aquellos que tengan un derecho anterior sobre ciertos bienes, es conveniente que al regularse la financiación posterior al comienzo del procedimiento se tenga en cuenta tanto la necesidad general de mantener los contratos comerciales rentables como la de proteger los derechos de los acreedores y su grado de prelación.

168. En muchos países, el representante de la insolvencia puede obtener crédito no garantizado sin aprobación del tribunal ni de los acreedores, mientras que otras legislaciones requieren que el tribunal o los acreedores den su visto bueno en determinadas circunstancias. También puede obtenerse crédito dando una garantía real sobre bienes no gravados o una garantía real de prelación inferior sobre bienes ya gravados. Cuando estos incentivos no sean suficientes o no existan, puede haber otras posibilidades para obtener el crédito necesario. Los prestamistas de antes del procedimiento de insolvencia tendrán un interés vital en que, al negociar las garantías otorgadas para obtener fondos después del comienzo del procedimiento, se respete la prelación de sus propias garantías sobre toda otra garantía posterior. En algunos regímenes de la insolvencia, las partes que conceden crédito a la empresa después de comenzar el procedimiento tienen prelación absoluta frente a todos los acreedores a la hora de ser reembolsados. Esta prelación supone, de hecho, una sobrecarga para todo el patrimonio. Otro tipo de prelación es la prelación de los créditos derivados de la administración de la insolvencia (véase la sección V.1: Prioridades en la distribución), que da derecho a cobrar antes que los acreedores no garantizados en general, pero no antes que un acreedor garantizado con respecto a su garantía. Un criterio intermedio consiste en permitir que los prestamistas y los proveedores que entreguen mercancías por adelantado adquieran un derecho real sobre los bienes gravados y no gravados del deudor. Algunos países también autorizan al representante de la insolvencia a conceder una prelación administrativa privilegiada, es decir, una prelación sobre otros acreedores de la administración de la insolvencia. Un criterio extremo es el que permite conceder una garantía real con prelación privilegiada sobre todas las garantías existentes. Algunos ordenamientos jurídicos prevén todas estas opciones. En algunos países, el representante de la insolvencia puede aprobar esas prelaciones, mientras que en otros se exige la aprobación del tribunal o de los acreedores para algunos tipos de prelación.

2. Resumen - Financiación posterior a la apertura del procedimiento

[...]

F. Planes de reorganización

1. Observaciones generales

169. Los regímenes de la insolvencia pueden regular diversos detalles de la formulación del plan de reorganización, como el momento en que debe prepararse el plan, quién está capacitado para prepararlo, qué debe figurar en él, cómo debe aprobarse y qué efectos tiene.

a) Preparación de un plan

170. Algunas legislaciones adoptan el criterio de que el plan de reorganización forma parte de la solicitud del procedimiento de reorganización (en cuyo caso la solicitud puede denominarse “propuesta” de reorganización), mientras que otras prevén que el plan sea preparado tras el comienzo del procedimiento de reorganización.

171. La ley puede encomendar la preparación del plan de reorganización a diversos participantes en el procedimiento. En virtud de algunos regímenes de la insolvencia, corresponde al deudor preparar el plan de reorganización. Esta modalidad puede tener la ventaja de alentar a los deudores a recurrir al procedimiento de reorganización y de aprovechar al máximo el conocimiento de la empresa por parte del deudor, que puede saber qué medidas son necesarias para que su empresa pueda volver a ser viable. Esta oportunidad puede ser exclusiva o valer para un determinado plazo, con la posibilidad de que el tribunal pueda prorrogar ese plazo si ello resulta beneficioso para el procedimiento de reorganización.

172. Dado que el plan sólo prosperará si es aprobado con la mayoría requerida de acreedores, existe siempre el riesgo de que la reorganización fracase si el plan presentado por el deudor no es aceptable. Por ejemplo, es posible que los acreedores sólo estén dispuestos a aprobar un plan que prive a los accionistas del deudor de la participación dominante en el capital social de la empresa y quizás que impida también a sus directivos seguir ocupándose de la gestión. Si el deudor es el único que puede preparar el plan y se niega a aceptar condiciones de esta índole, se corre el riesgo de que fracase la reorganización y que con ello se perjudique a los acreedores, a los empleados y a la empresa. Para evitarlo, algunas legislaciones disponen que si el deudor no presenta un plan aceptable, los acreedores podrán proponer otro cuando concluya el período de exclusividad del deudor. En ello podría intervenir una junta de acreedores (véase la sección IV.4: Juntas de acreedores). Esta opción puede dar a una de las partes (los acreedores) el peso necesario para conseguir que la otra parte (el deudor) acepte una solución de transacción.

173. Otra modalidad consiste en dar al representante de la insolvencia la oportunidad de preparar el plan, en vez de encomendárselo al deudor o a los acreedores o para complementar el plan que preparen éstos. La importancia de la participación del representante de la insolvencia o de los acreedores está en función de los fines de la ley. En circunstancias en que la aprobación por la mayoría requerida de acreedores sea un requisito necesario para la eficacia del plan, tendrán mayores probabilidades de ser aprobados los planes que tengan en cuenta propuestas aceptables para los acreedores que los que no cumplan esa condición. Esta consideración no será pertinente si la ley dispone que la aprobación de los

acreedores no es necesaria o que el tribunal puede dictar una medida que la deje sin efecto. Cuando la ley dé a diversas partes la oportunidad de participar en la preparación del plan, la elaboración simultánea de varios planes puede complicar el proceso, si bien puede contribuir también a que se formule un plan aceptable para las partes interesadas.

174. Algunas legislaciones disponen que el tribunal debe tomar en consideración las opiniones de terceros sobre el plan, por ejemplo, de organismos gubernamentales y sindicatos. Dado que este trámite puede alargar el proceso, tal vez sólo resulte conveniente si está sujeto a una cuidadosa supervisión y si debe realizarse en un plazo concreto.

b) Contenido del plan

175. Las leyes de la mayoría de los países exigen que en el plan de reorganización se informe suficientemente y con claridad a todas las partes sobre la situación financiera de la empresa y sobre la renegociación de los derechos que proponga el autor del plan. La cuestión de lo que debe figurar en el plan guarda una estrecha relación con todo lo referente a la aprobación y a los efectos del plan. Si un plan puede aprobarse e imponerse a los acreedores que no hayan dado su beneplácito, puede ser necesario prever una protección adecuada para los acreedores disconformes.

176. El contenido del plan plantea también problemas de conflictos con otras leyes. Por ejemplo, si el derecho de sociedades de un país no permite la transformación de deuda en capital social, no podrá aprobarse ningún plan que prevea tal medida. Dado que la conversión de la deuda en capital social puede ser una característica importante del proceso de reorganización, sería necesario eliminar la prohibición para poder incluir esa medida en el plan y aprobarla. Del mismo modo, si el plan se limita a condonar la deuda o a prorrogar las fechas de vencimiento, es posible que no reciba de los acreedores el apoyo suficiente para prosperar. En algunos casos de insolvencia se plantean cuestiones igualmente claras y poco polémicas sobre la relación entre el régimen de la insolvencia y otras leyes. En cambio, en otros casos pueden surgir problemas más complicados, como la limitación de las inversiones extranjeras, especialmente en los casos en que muchos de los acreedores no sean residentes, o los derechos de los empleados en la legislación laboral cuando, por ejemplo, la reorganización pueda requerir la modificación de los convenios colectivos.

c) Aprobación y efectos del plan

177. Al redactarse las disposiciones legales que regulen la aprobación del plan y sus efectos deben ponderarse factores diversos. Por una parte, puede ser conveniente prever la forma de imponer a una minoría de acreedores disconformes un plan acordado por mayoría, a fin de que la reorganización tenga más probabilidades de prosperar. Por otra parte, si el procedimiento de aprobación causa un perjuicio notable a los derechos de los acreedores sin el consentimiento de éstos, existe el riesgo de que más adelante no estén dispuestos a conceder crédito.

i) Créditos garantizados y con prelación

178. La aprobación del plan por los acreedores con créditos garantizados y por los que tienen prelación se pueden regular de distintos modos. En muchos casos, los créditos garantizados representarán una parte importante del valor adeudado. Según una de las modalidades, cuando la ley garantiza que el plan aprobado no impedirá a los acreedores garantizados ejercer sus derechos, no es necesario en general dar a esos acreedores el derecho de voto, ya que el plan no perjudicará sus intereses. Con este tipo de disposiciones, los acreedores con prelación se encuentran en una situación similar en que el plan no puede menoscabar el valor de sus créditos ni su derecho a cobrarlos íntegramente. Esta modalidad tiene el inconveniente de que puede reducir las probabilidades de éxito de la reorganización, particularmente cuando los bienes dados como garantía de los créditos sean de importancia vital para el éxito del plan; si el acreedor garantizado decide ejercer sus derechos, puede hacer imposible la aplicación del plan. Del mismo modo, el plan puede prever que, para su viabilidad, los acreedores con prelación perciban un valor inferior al de sus créditos.

179. A fin de resolver algunas de estas dificultades, puede permitirse que los acreedores garantizados y los que tengan prelación voten por separado, como categorías distintas de acreedores, sobre todo plan que pueda menoscabar el valor de sus créditos. Al crearse esas categorías de acreedores, se reconoce que sus respectivos derechos e intereses difieren de los de los acreedores sin garantía. Si tanto los acreedores garantizados como los que gozan de prelación votan mayoritariamente a favor, quedarán vinculados por el plan. En tales circunstancias, las legislaciones suelen requerir que los acreedores disconformes tengan derecho a percibir por lo menos lo que habrían percibido en una liquidación.

ii) Acreedores no garantizados en general

180. Aun cuando no se permita votar a los acreedores garantizados o a los que tengan prelación, es conveniente que los acreedores no garantizados en general dispongan de un medio eficaz para votar sobre el plan. Para ello puede recurrirse a distintos mecanismos.

181. *Mayorías.* Algunas legislaciones exigen un nivel mínimo de apoyo de los acreedores no garantizados en general para que éstos queden vinculados por el plan y fijan los procedimientos de votación para determinar el grado de apoyo requerido. Una cuestión importante es el criterio conforme al cual se calculan los votos para fijar ese umbral, que puede ser un determinado porcentaje que representen los acreedores partidarios del plan respecto del valor total de la deuda combinado a veces con el número de acreedores que apoyan el plan. Por ejemplo, algunas legislaciones exigen que el plan esté respaldado por los dos tercios del valor de la deuda y por la mitad del número de acreedores. Algunos regímenes prevén otras combinaciones. Si bien este procedimiento dificulta la aprobación, puede justificarse por el hecho de que protege el carácter colectivo de los procedimientos. Por ejemplo, si la mayor parte del valor de los créditos corresponde a un único acreedor, el doble requisito impedirá que el acreedor mayoritario imponga el plan a todos los demás acreedores.

182. Con respecto a los procedimientos de votación, muchos países calculan el porcentaje de apoyo requerido sobre la base del número de personas que efectivamente votan, considerando que los ausentes no tienen mucho interés por el

procedimiento. Esta modalidad requiere disposiciones adecuadas de notificación que deben aplicarse eficazmente, especialmente cuando los acreedores sean no residentes.

183. *Categorías.* Algunos países que han establecido categorías de acreedores garantizados y acreedores con prelación dividen también a los acreedores no garantizados en distintas categorías. La finalidad de estas divisiones es mejorar las perspectivas de éxito de la reorganización al menos de tres modos: estableciendo un medio útil para determinar los diversos intereses económicos de los acreedores no garantizados; creando un marco para estructurar las condiciones del plan; y previendo un medio por el cual el tribunal pueda fundarse en el cumplimiento de la mayoría requerida de una categoría de acreedores para declarar vinculante el plan a otras categorías de acreedores que no lo hayan apoyado.

184. *Poder de imposición.* Algunos de los países que prevén votaciones de los acreedores garantizados y de los que tienen prelación y la división de los acreedores no garantizados en varias categorías han establecido también un mecanismo mediante el cual un plan aprobado por una categoría de acreedores puede vincular sin su consentimiento a otras categorías de acreedores (incluidos los garantizados y los que gozan de prelación). Es una disposición denominada a veces de “imposición” (*cram-down*). La creación de categorías y la aplicación de esas reglas complican el régimen de la insolvencia y su aplicación por el representante de la insolvencia y el tribunal y pueden requerir, por ejemplo, un considerable poder discrecional en cuestiones económicas, como la posibilidad de que el tribunal divida a los acreedores no garantizados en categorías basadas en sus respectivos intereses económicos. Si este poder discrecional no se ejerce de manera fundada, independiente y previsible, puede minarse la confianza de los acreedores.

185. *Accionistas.* Algunas legislaciones prevén que los accionistas de la empresa del deudor aprueben los planes, al menos cuando puedan afectar a la forma de la empresa, a la estructura de su capital o a la composición del cuerpo de accionistas. Además, cuando la dirección de la empresa del deudor propone un plan, es posible que sus disposiciones ya hayan sido aprobadas por los accionistas (hay empresas cuya carta fundacional lo exige). Así ocurre a menudo cuando el plan afecta directamente a los accionistas al prever la transformación de la deuda en capital social, ya sea transfiriendo las acciones existentes o emitiendo nuevas acciones.

186. En circunstancias en que la ley permita a los acreedores o a un representante de la insolvencia proponer un plan, y cuando este plan prevea la transformación de la deuda en capital social, algunos países permiten la aprobación del plan pese a la oposición de los accionistas, independientemente de lo que prevean la carta fundacional de la empresa. Por lo tanto, estos planes pueden dejar sin voz ni voto a los accionistas.

187. *Aprobación del tribunal.* Normalmente, el tribunal debería aprobar un plan votado por la mayoría requerida de acreedores. Muchos países permiten a los tribunales desempeñar un papel activo declarando vinculante el plan para los acreedores e imponiendo su ejecución a una categoría de acreedores que se haya opuesto a él. Inversamente, cuando el plan haya sido aprobado por la mayoría requerida de acreedores, el tribunal podrá normalmente rechazarlo si estima que no se han protegido debidamente los intereses de los acreedores disconformes (porque,

por ejemplo, recibirían menos de lo que habrían percibido en una liquidación) o si hay pruebas de fraude en el proceso de aprobación.

188. Algunas legislaciones autorizan también al tribunal a rechazar un plan cuando considere que no es viable. Esta decisión puede justificarse, por ejemplo, cuando los acreedores garantizados no estén vinculados por el plan pero éste no garantice la plena satisfacción de los créditos garantizados de dichos acreedores. En este caso, el tribunal puede rechazar el plan si considera que los acreedores garantizados ejercerán sus derechos contra el bien dado en garantía, con lo cual imposibilitarán la aplicación del plan. Este riesgo puede preverse en las disposiciones que regulen la preparación y aprobación del plan.

189. Varios países asignan también al tribunal una función de supervisión continua del deudor desde la aprobación y confirmación del plan hasta que concluya su ejecución. Esta función puede ser importante cuando se planteen cuestiones de interpretación del cumplimiento de las obligaciones de deudor u otras cuestiones.

[Nota para el Grupo de Trabajo:

El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de que en la parte del texto referente a la reorganización se traten las siguientes cuestiones:

a) El papel del plan de reorganización: ¿es el plan la etapa final del procedimiento de reorganización en que se dispone el pago de un dividendo íntegro y la liquidación definitiva de todas las deudas (que a veces se denomina transacción o plan de avenencia) o es un instrumento concebido al principio del procedimiento que determina la forma en que debe tratarse al deudor y a la empresa durante el período de reorganización?;

b) ¿Pueden prepararse planes de reorganización no sólo en procedimientos de reorganización sino también en los de liquidación?;

c) Requisitos mínimos del plan de reorganización, previendo la distribución de fondos y el mantenimiento en vigor o la rescisión de contratos no cumplidos en su totalidad o de arrendamientos no vencidos, la liquidación de los créditos, la venta del bien dado en garantía, el pago de un dividendo mínimo a los acreedores, el procedimiento de divulgación y aceptación, el derecho a que los acreedores con créditos impugnados participen en el proceso de votación y disposiciones para regular los créditos impugnados; los derechos de voto y poderes de los iniciados (“insiders”), es decir, de las personas que disponen de información de primera mano sobre la empresa; la restricción del contenido del plan;

d) La modificación del plan de reorganización;

e) La transformación del procedimiento en liquidación cuando no se aprueba un plan o fracase su aplicación;

f) Las impugnaciones del plan de reorganización;

g) La supervisión de la ejecución del plan de reorganización;

h) La liquidación de las deudas y el cobro de los créditos;

i) La decisión de poner fin al procedimiento.]

2. Resumen - Planes de reorganización

[...]

V. Liquidación y distribución

Prioridades en la distribución

1. Observaciones generales

190. A efectos de determinar la prelación en la distribución del producto del patrimonio en caso de liquidación, muchas legislaciones adoptan el principio general de una clasificación de los acreedores en categorías que reflejen las relaciones jurídicas y comerciales establecidas con el deudor. Este método tiene la finalidad de preservar las expectativas comerciales legítimas y de promover la previsibilidad en las relaciones comerciales. Si bien los criterios de distribución reflejan opciones que reconocen importantes intereses públicos, estos intereses públicos más amplios compiten a veces con intereses privados y pueden causar una distorsión de los incentivos comerciales normales.

a) Acreedores con créditos garantizados

191. El método de distribución entre los acreedores garantizados depende del método utilizado para proteger a este tipo de acreedores durante el procedimiento. Si esos intereses se protegen preservando el valor de la garantía, el acreedor garantizado dispondrá de un derecho de máxima prelación sobre el producto de su garantía por un valor equivalente al del crédito garantizado. En cambio, si los intereses del acreedor garantizado se protegen fijando el valor de la parte garantizada del crédito en el momento de comenzar el procedimiento, el acreedor tendrá un derecho de máxima prelación sobre el producto general con respecto a ese valor. Es conveniente limitar las excepciones a la regla de máxima prelación. Una de las excepciones puede ser para los gastos administrativos derivados del mantenimiento de la garantía.

b) Créditos derivados de la administración de la insolvencia

192. En los procedimientos de insolvencia se requiere a menudo la asistencia de profesionales y debe contratarse, por ejemplo, el representante oficial de la insolvencia y asesores del deudor o del representante de la insolvencia. Las actividades de las juntas de acreedores también pueden entrañar gastos. Estos gastos del procedimiento de insolvencia tienen a menudo, al igual que los créditos derivados de todo el proceso administrativo, prioridad máxima sobre otros créditos y suelen recibir un trato diferenciado a fin de asegurar que se pague adecuadamente a las partes que intervienen en el proceso de insolvencia. Los gastos de los procedimientos de insolvencia pueden incluir muchas de las deudas posteriores al comienzo del procedimiento, o todas ellas, y no sólo los honorarios que el deudor, el representante de la insolvencia y la junta de acreedores deban pagar a profesionales sino también las reclamaciones de empleados, los gastos de arrendamiento y créditos similares posteriores al comienzo del procedimiento.

c) Acreedores privilegiados

193. Una vez cobrados los créditos garantizados y satisfechos los gastos administrativos, las modalidades de distribución de los recursos restantes varían considerablemente entre los países. Las legislaciones sobre la insolvencia determinan a menudo los derechos prioritarios, que son derechos de ciertas deudas (principalmente no garantizadas) cuyo pago debe tener prelación, en virtud del derecho interno, sobre el de otras deudas no garantizadas y no preferentes (o menos preferentes). En algunos países hay derechos, como los de los empleados, que tienen prelación sobre los de los acreedores garantizados. Al perjudicar a las deudas ordinarias no garantizadas, los derechos de prelación van en contra del principio de la distribución *pari passu*. Los tipos de créditos privilegiados que prevén los países varían, pero predominan especialmente dos categorías: los sueldos y las prestaciones de los empleados (los pagos de seguridad social y de pensiones) y los créditos fiscales del Estado. Si bien en algunas legislaciones recientes sobre la insolvencia se ha reducido notablemente el número de derechos con prelación debido a que ha disminuido la aceptación pública de ese trato preferente, en otros países se tiende a incrementar las categorías de deudas con prelación. El mantenimiento de distintas categorías de preferencia para muchos tipos de créditos puede complicar los objetivos fundamentales del proceso de insolvencia y dificultar la eficacia y eficiencia del proceso. También puede crear injusticias y, en una reorganización, complicar la preparación del plan.

d) Acreedores con créditos no garantizados

194. Una vez satisfechos los créditos de todos los acreedores privilegiados, se prorratea el saldo entre los acreedores no garantizados. Dentro de esta categoría puede haber subdivisiones que prevean la subordinación de algunos créditos. Algunos países dan menor prelación a créditos como las gratificaciones, las multas y sanciones, los préstamos de accionistas y los derechos a créditos no garantizados generales posteriores a la solicitud de procedimiento, mientras que otros países excluyen esos créditos.

e) Propietarios

195. Muchos regímenes de la insolvencia adoptan la regla general de que los propietarios de la empresa no tienen derecho a la distribución del producto de los bienes hasta que se haya pagado íntegramente a los acreedores, que gozan de mayor prelación. Esto puede requerir o no el pago de intereses. La distribución se hace de conformidad con la clasificación de las acciones que prevean el derecho de sociedades y la carta fundacional de la empresa.

f) Método de distribución

196. En los regímenes en que las deudas preferentes de la misma categoría gozan de idéntica prioridad entre ellas, una vez abonados los gastos del procedimiento de insolvencia, esas deudas se pagarán en su totalidad a menos que los bienes de los que dependa su pago no sean suficientes para abonarlas. En ese caso, el pago de cada deuda se reduce proporcionalmente según su grado de prelación. De este modo, se paga íntegramente a los acreedores con mayor prelación antes de pagar al siguiente grupo por orden de prelación, y así sucesivamente. Cuando se llega a un nivel de prelación para el que no queden fondos suficientes para pagar íntegramente a todos los acreedores de esa categoría, se prorratea entre ellos la suma restante. En algunos regímenes que no prevén distintos grados de prelación, cuando no hay fondos suficientes para el pago íntegro, el prorrato se hace entre todos los acreedores. En los procedimientos de reorganización, puede ser conveniente supeditar la confirmación del plan a que los acreedores con prelación cobren íntegramente sus créditos, a menos que dichos acreedores convengan otra cosa.

197. [En el plan de reorganización se pueden proponer prioridades de distribución distintas de las previstas por la legislación, siempre y cuando esa modificación haya sido aprobada por los acreedores que voten sobre el plan.]

2. Resumen - Distribución

198. Con la suma disponible para los acreedores se pagarían, por el siguiente orden:

- a. [Los créditos garantizados]
- b. Los gastos y remuneraciones que se deriven del nombramiento, de las obligaciones y de las funciones del representante de la insolvencia;
- c. Los gastos administrativos;
- d. [Otros créditos aprobados].

199. Los derechos prioritarios pueden [mantenerse para los créditos de los empleados y otros acreedores privilegiados] [mantenerse a un nivel mínimo].

200. Los créditos pertenecientes a cada una de estas categorías gozan, entre ellos, de idéntico grado de prelación. Una vez pagados íntegramente todos los créditos de la primera categoría, se pasa a la siguiente, y así sucesivamente. De no disponerse de fondos suficientes para pagarlos en su totalidad, se pagan proporcionalmente.