



# Asamblea General

Distr. general  
13 de agosto de 2001  
Español  
Original: inglés

## Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

35° período de sesiones  
Nueva York, 10 a 28 de junio de 2002

### Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor de su 24° período de sesiones (Nueva York, 23 de julio a 3 de agosto de 2001)

## Índice

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción .....	1-16	2
II. Deliberaciones y decisiones .....	17-18	5
III. Examen del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia .....	19-155	5
A. Observaciones generales .....	19	5
B. Objetivos fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia ..	20	6
C. Disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia .....	21-155	6
1. Relación entre los procedimientos de liquidación y reorganización .....	21-22	6
2. Solicitud y apertura de procedimientos de insolvencia .....	23-44	7
3. Consecuencias de la apertura del procedimiento de insolvencia .....	45-89	12
4. Administración de los procedimientos .....	90-143	23
5. Liquidación y distribución .....	144-155	37
IV. Otros posibles procesos oficiosos de insolvencia .....	156-161	39

## I. Introducción

1. En su 33º período de sesiones, la Comisión tomó nota de la recomendación que había hecho el Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en el informe del período de sesiones de sondeo que celebró en Viena del 6 al 17 de diciembre de 1999 (A/CN.9/469, párr. 140) y encomendó al Grupo la preparación de una descripción general de los objetivos fundamentales y las características básicas de un régimen bien estructurado en materia de insolvencia y de las relaciones jurídicas entre deudores y acreedores, incluso un procedimiento de reorganización de empresas insolventes por vía extrajudicial, y de una guía legislativa con soluciones flexibles para la aplicación efectiva de esos objetivos y características, que incluyera un examen de las diversas soluciones posibles y sus correspondientes ventajas e inconvenientes.
2. En ese período de sesiones, la Comisión también recomendó que al realizar su tarea el Grupo de Trabajo había de tener presente la labor en curso o ya realizada de otras organizaciones, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Asiático de Desarrollo, la Federación Internacional de Profesionales en Materia de Insolvencia (INSOL) y el Comité J de la Sección de Derecho Mercantil de la Asociación Internacional de Abogados. Se tomó nota de que, a fin de conocer las opiniones y beneficiarse de los conocimientos de esas organizaciones, la Secretaría, en colaboración con la INSOL y la Asociación Internacional de Abogados, que se habían ofrecido para ello, organizaría un coloquio antes del siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo<sup>1</sup>.
3. El coloquio se celebró en Viena del 4 al 6 de diciembre de 2000. Estuvo copatrocinado por la INSOL, que colaboró en su organización conjuntamente con la Asociación Internacional de Abogados. Tuvo por objeto determinar y analizar las necesidades de los países que estuvieran emprendiendo un proceso de reforma de su legislación sobre insolvencia y determinar la manera en que la Comisión y otras organizaciones podían contribuir a ese proceso de reforma.
4. Los participantes en el Coloquio se pronunciaron mayoritariamente a favor de que la Comisión emprendiera una labor sobre los elementos clave de un régimen eficaz de la insolvencia (véase el informe del Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI-INSOL-Asociación Internacional de Abogados, documento A/CN.9/495, párr. 34). Recomendaron encarecidamente que se dejara un margen de unos 6 meses para la preparación cuidadosa de los documentos que había de examinar el Grupo de Trabajo. Se observó asimismo que la Comisión había pedido al Grupo de Trabajo que tuviera presente la labor que estaban realizando o habían realizado otras organizaciones internacionales e iniciara sus trabajos una vez que hubiese recibido los informes que preparaban en esos momentos otras organizaciones, entre ellas el Banco Mundial.
5. En su 34º período de sesiones, celebrado en Viena del 25 de junio al 13 de julio de 2001, la Comisión tomó nota con satisfacción del informe del Coloquio (A/CN.9/495) y encomió la labor realizada hasta ese momento, particularmente con respecto a la celebración del Coloquio y a los esfuerzos de coordinación con la labor realizada por otras organizaciones internacionales en la esfera del derecho de

---

<sup>1</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 17, A/55/17, párr. 408.*

insolvencia. La Comisión examinó las recomendaciones del Coloquio, especialmente las relacionadas con la forma que podía adoptar la labor futura y con la interpretación del mandato que había encomendado al Grupo de Trabajo en su 33° período de sesiones.

6. En cuanto al mandato dado al Grupo de Trabajo, la Comisión opinó en general que debía interpretarse en sentido amplio a fin de que el Grupo pudiera elaborar proyectos de trabajo que reflejaran los elementos que debían incluirse conforme a dicho mandato (véase el párrafo 1 *supra* y el párrafo 13 del documento A/CN.9/495). Con respecto a la posible forma de la labor futura, se reafirmó que una ley modelo sobre las características sustantivas de un régimen de la insolvencia no sería conveniente ni viable, habida cuenta de la complejidad y la variedad de las cuestiones que entrañaba el régimen de la insolvencia y de la disparidad de los criterios adoptados en los diversos ordenamientos jurídicos. La opinión generalizada fue que se debía garantizar la máxima flexibilidad posible, y al mismo tiempo la máxima utilidad. Se expresó la inquietud de que si bien una guía legislativa podía proporcionar la flexibilidad necesaria, el resultado podría llegar a ser un texto demasiado general y demasiado abstracto para proporcionar la orientación requerida. En consecuencia, se sugirió que el Grupo de Trabajo tuviera en cuenta la necesidad de desarrollar su labor en la forma más específica posible y al respecto se sugirió que debían incluirse, en la medida de lo posible, disposiciones legislativas modelo, incluso si sólo abarcaban algunas de las cuestiones que debían figurar en la guía.

7. Se expresó la opinión mayoritaria de que la labor debía revestir la forma de una guía legislativa. Se señaló que un instrumento de esa índole podría resultar muy útil no sólo para los países que no contaban con regímenes eficaces y eficientes de la insolvencia y necesitaban crear un régimen en la materia, sino también para los países que habían iniciado o iban a iniciar el proceso de modernización y revisión de su régimen. También se expresó la opinión de que al elaborar la guía, el Grupo de Trabajo debía tener presente el objetivo de promover el intercambio comercial y no sólo el de armonizar las leyes vigentes.

8. Se sugirió que las tres partes principales con arreglo a las cuales debía organizarse el material de la guía, conforme a lo esbozado en los párrafos 30 a 33 del documento A/CN.9/495, constituían un formato adecuado para los elementos esenciales y que la labor debía proseguir sobre esa base. En cuanto al contenido sustantivo de la guía, se formularon varias propuestas, entre ellas, que en la elaboración de la guía legislativa el Grupo de Trabajo tuviera en cuenta una serie de principios y objetivos fundamentales como el respeto por las cuestiones de orden público; la promoción de la función de coordinación de los tribunales; el establecimiento de un régimen especial para los créditos públicos; la prioridad de la reorganización frente a la liquidación; la salvaguardia de la marcha del negocio y el empleo; la garantía del sueldo; el papel de los tribunales en materia de control del representante de la insolvencia; la igualdad de tratamiento a los acreedores; y la transparencia de los procedimientos colectivos. Se observó que esos principios no debían interpretarse como una limitación del mandato del Grupo de Trabajo, sino que sería conveniente que éste los tuviera en cuenta a modo de orientación y para evitar que la guía legislativa fuera demasiado general. Se sugirió que los bancos y las instituciones financieras se mantuvieran al margen de la labor o que se aplicara un régimen especial a esas entidades.

9. Entre otras sugerencias que recibieron cierto apoyo figuraron la relativa a la necesidad de tener en cuenta una serie de cuestiones respecto de las cuales se habían planteado problemas en la esfera de la insolvencia internacional, como la dificultad de reunir y difundir información sobre las empresas en relación con las cuales se tramitaban procedimientos de insolvencia, la facilitación del acceso de los acreedores extranjeros para la presentación de reclamaciones, el trato equitativo de acreedores extranjeros y el tratamiento de las reclamaciones tardías, especialmente cuando fueran presentadas por acreedores extranjeros. También se observó que la falta de cuidado al adoptar decisiones sobre la concesión de créditos resultaba ser una de las causas, aunque al parecer remota, de la insolvencia. Se recordó que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza ya abordaba varios de esos problemas. Se observó que si bien algunas de esas cuestiones también podrían ser pertinentes en el contexto del actual proyecto de elaboración de una guía legislativa, la intención del proyecto en curso no era introducir ningún tipo de cambios ni de enmiendas en la Ley Modelo.

10. Tras un debate, la Comisión confirmó que el mandato que había encomendado en su 33° período de sesiones al Grupo de Trabajo debía interpretarse en sentido amplio para garantizar que el resultado de su labor, que debía revestir la forma de una guía legislativa, tuviera la flexibilidad suficiente.

11. El Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia, que estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 24° período de sesiones en Nueva York del 23 de julio al 3 de agosto de 2001. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Canadá, Colombia, España, Estados Unidos de América, ex República Yugoslava de Macedonia, Federación de Rusia, Fiji, Francia, Honduras, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Lituania, Paraguay, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Singapur, Sudán, Suecia, Tailandia y Uruguay.

12. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Arabia Saudita, Argelia, Australia, Bangladesh, Belarús, Brunei Darussalam, Bulgaria, Dinamarca, Ecuador, Emiratos Árabes Unidos, Eslovaquia, Filipinas, Guinea, Nigeria, Nueva Zelanda, Perú, Portugal, República de Corea, República Democrática Popular Lao, Suiza, Venezuela y Yugoslavia.

13. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: American Bar Association, Association of the Bar of the City of New York, Banco Asiático de Desarrollo, Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF), Banco Mundial, Cámara de Comercio Internacional (CCI), Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL), Fondo Monetario Internacional, Groupe de Reflexion sur l'insolvabilité et sa prévention (G.R.I.P.), Grupo de los 30, Inter Pacific Bar Association, International Insolvency Institute, International Working Group on European Insolvency Law y Union Internationale des Avocats (UIA).

14. El Grupo de Trabajo eligió a las siguientes personas para que integraran la Mesa:

*Presidente:* Sr. Wisit WISITSORA-AT (Tailandia);

*Vicepresidente:* Sr. Paul HEATH (Nueva Zelanda), elegido a título personal;

*Relator:* Sr. Jorge PINZÓN SÁNCHEZ (Colombia).

15. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: el programa provisional (A/CN.9/WG.V/WP.53), dos informes del Secretario General: “Primer proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia” (A/CN.9/WG.V/WP.54, A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 y A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.2) y “Enfoques alternativos de los procedimientos de insolvencia extrajudiciales” (A/CN.9/WG.V/WP.55).

16. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Preparación de una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

## II. Deliberaciones y decisiones

17. En el período de sesiones en curso, el Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia inició la labor de preparación de una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, en cumplimiento de las decisiones adoptadas por la Comisión en sus períodos de sesiones 33° (Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000)<sup>2</sup> y 34° (Viena, 25 de junio a 13 de julio de 2001)<sup>3</sup>. En la sección III *infra* se consignan las decisiones y deliberaciones del Grupo de Trabajo con respecto a la guía legislativa.

18. Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de esas deliberaciones y decisiones, preparara una versión revisada de la guía para presentarla al Grupo de Trabajo en su 25° período de sesiones (Viena, 3 a 14 de diciembre de 2001) para que la examine y prosiga el debate correspondiente.

## III. Examen del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

### A. Observaciones generales

19. Al principio del actual período de sesiones, algunas organizaciones internacionales presentaron la situación de su labor sobre el régimen de la insolvencia. El Banco Mundial informó al Grupo de Trabajo de que en abril de 2001 había publicado su informe titulado “*Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*”. A este respecto se observó que uno de los objetivos cruciales del informe era fomentar e incrementar las posibilidades de obtener crédito dando a los acreedores una mayor certeza sobre sus derechos de modo que fueran más previsible y los acreedores pudieran evaluar con exactitud los

---

<sup>2</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 17, A/55/17, párrs. 186 a 192.*

<sup>3</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 18, A/55/18, párrs. \_\_\_\_\_ (sin terminar).*

riesgos y las consecuencias de los préstamos que otorgaran. Si bien en algunos casos podía convenir adoptar medidas que beneficiaran a su vez al deudor, se estimó que no deberían minar el régimen de la insolvencia, a menos que los objetivos de certeza y previsibilidad pudieran compatibilizarse con los derechos del deudor. Se subrayó que, con miras a aplicar el informe del Banco Mundial, se realizarían estudios nacionales para perfeccionar los mencionados Principios y adaptarlos a las necesidades concretas de los distintos ordenamientos jurídicos. Diversas organizaciones internacionales que se ocupaban del tema de la insolvencia reconocieron la necesidad de establecer mecanismos que mejoraran las posibilidades de obtención de crédito y redujeran su costo.

## **B. Objetivos fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia**

20. El Grupo de Trabajo inició el examen del proyecto de guía legislativa contenido en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.54 y adiciones 1 y 2 analizando los objetivos fundamentales expuestos en los párrafos 16 a 22 de la primera parte. Se expresó la opinión de que allí se reflejaban los objetivos fundamentales necesarios para que se pudiera establecer un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia y que no era necesario añadir mucho más. Se sugirió que entre los objetivos fundamentales se determinara claramente la necesidad de que el régimen de la insolvencia estuviera afirmado en los regímenes jurídico y comercial de un país, en la inteligencia de que el régimen comercial abarcaba no sólo el derecho comercial, sino también los usos y prácticas comerciales reconocidos como partes integrales del régimen reglamentario de un país. Se sugirió también que los objetivos fundamentales se fueran desarrollando paralelamente a las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el fondo del proyecto de guía. Se señaló en particular que la oración que estaba entre paréntesis en el párrafo 19, relativa a las sanciones por no proceder a la apertura del procedimiento de insolvencia oportunamente, planteaba cuestiones de fondo que tendrían que examinarse en el contexto de la solicitud y apertura de procedimientos, tema que figuraba en la segunda parte del proyecto de guía. Habida cuenta de la importancia que revestía para un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia contar con disposiciones relativas a cuestiones transfronterizas, se sugirió que en las deliberaciones se tuviese en cuenta la relación entre el proyecto de guía y la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza con miras a determinar posteriormente si la Ley Modelo habría de formar parte o no del producto final de la labor.

## **C. Disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia**

### **1. Relación entre los procedimientos de liquidación y reorganización**

21. La opinión general fue que en el proyecto de guía debían señalarse, en forma complementaria, las ventajas y desventajas de las diferentes clases de procedimientos de que se disponía a fin de lograr flexibilidad y garantizar que la elección del procedimiento en un caso dado estuviera centrada en la solución más eficiente. Se convino en que se incluyeran como opciones los procedimientos de liquidación y reorganización y en que se previeran tanto el procedimiento unitario

(en que la decisión de proceder a la liquidación o a la reorganización se adoptaba con posterioridad a la solicitud de apertura, cuando se hubiese podido determinar cuál era el procedimiento más apropiado para la empresa en cuestión) como el procedimiento doble (en que la parte que entablaba el procedimiento podía escoger entre la liquidación y la reorganización).

22. Si bien se observó que uno de los objetivos fundamentales era maximizar el valor de los bienes, se señaló que había casos, que se debían mencionar en el proyecto de guía, en que ese objetivo no tendría tanto peso frente a cuestiones importantes de interés social que podrían dar lugar a la adopción de un criterio diferente. Se sugirió que en el proyecto de guía había que señalar las consecuencias de elegir un procedimiento unitario o doble en función de otros componentes del régimen de la insolvencia, no recomendar la adopción de uno u otro criterio. Por ejemplo, cuando se adoptara un procedimiento doble, el régimen de la insolvencia debía prever la posibilidad de pasar de un procedimiento a otro y en el proyecto de guía debían indicarse las circunstancias en que esa conversión pudiera ser más pertinente, como en el procedimiento de reorganización entablado por el deudor o por los acreedores y en el procedimiento de liquidación entablado por los acreedores. Si bien se sugirió la posibilidad de determinar en el proyecto de guía qué parte podía pedir la conversión, ya fuese sobre la base de un criterio que reflejara los intereses de los acreedores o que equilibrara los intereses de todos los participantes, se expresó cierta preocupación de que ello pudiese entrañar cuestiones que incumbían al derecho interno. Si se prefería un procedimiento unitario, se sugirió la necesidad de establecer un período de evaluación protegido por una suspensión con objeto de que la entidad pudiera estabilizar su situación y determinar la manera más eficiente de abordar sus dificultades financieras.

## **2. Solicitud y apertura de procedimientos de insolvencia**

### *a) Alcance*

23. Se expresó preocupación con respecto a la referencia que se hacía en el párrafo 24 a la presencia de bienes como base para la apertura del procedimiento de insolvencia. Se sugirió que si bien esa vinculación podía servir de base para la apertura del procedimiento de liquidación, era demasiado endeble para la apertura del procedimiento de reorganización. También se expresó preocupación acerca de incluir en el régimen de la insolvencia a las empresas de propiedad del Estado, actuando o no con carácter de entidades comerciales.

### *b) Solicitud del procedimiento de insolvencia*

24. El Grupo de Trabajo deliberó sobre la necesidad de establecer un equilibrio entre los incentivos para que se solicitara rápidamente el procedimiento y las sanciones para obligar a hacerlo. Se expresó la opinión de que la imposición de sanciones, como las relativas a la responsabilidad de los directores por hacer negocios pese a la insolvencia, había tenido buen resultado en varios países y había dado lugar a que aumentaran las solicitudes de reorganización. En otros países, sin embargo, si bien existían sanciones, éstas no se aplicaban sistemáticamente y, en consecuencia, no eran eficaces como medio de obligar a solicitar el procedimiento.

Se sugirió que era necesario considerar cuidadosamente la necesidad de imponer sanciones a fin de evitar situaciones en que la dirección de la empresa adoptara decisiones defensivas con objeto de eludir la responsabilidad o, en el contexto de los procedimientos extrajudiciales, que la dirección tuviera que ser eximida de responsabilidad a fin de lograr un buen resultado. Se señaló que la cuestión de la responsabilidad estaba vinculada estrechamente al grado de control que conservara la dirección y a que ésta tuviera un período exclusivo para preparar un plan de reorganización.

25. Como recomendación general, se sugirió que en el proyecto de guía se considerara cada uno de los temas no sólo en función de los objetivos fundamentales consignados en la primera parte, sino también en función de las repercusiones de cada uno en otros temas y políticas.

26. Se expresaron diferentes opiniones con respecto a la solicitud de apertura del procedimiento y a la parte que podía solicitarla. En general se convino en que los deudores debían tener la posibilidad de solicitar tanto el procedimiento de liquidación como el de reorganización. En cuanto a la solicitud por parte de los acreedores, si bien se expresaron diferentes opiniones en lo que respecta a los criterios pertinentes, en general se estuvo de acuerdo en que se debía permitir que los acreedores también solicitaran cualesquiera de los dos procedimientos.

27. En el caso de la solicitud de procedimiento por parte de los acreedores, se expresó apoyo en favor de que ésta fuese presentada por uno o más acreedores, sin especificar un número en particular, aunque también se estuvo a favor de que se determinara el número. Se expresó la preocupación de que si se permitía que un solo acreedor solicitara el procedimiento de insolvencia, éste tal vez se utilizaría como alternativa en lugar de los procedimientos ordinarios de ejecución de deudas, y que podía ser más apropiado reclamar la deuda por otros medios. Se sugirió asimismo que podía ser pertinente utilizar un criterio relacionado con el valor de las deudas pendientes, de modo que un solo acreedor pudiera solicitar el procedimiento cuando el valor de la deuda que reclamara fuese considerable o que pudiese solicitarlo más de un acreedor cuando el valor compuesto de sus créditos excediera de determinada cuantía. También se sugirió que en los criterios relativos a la solicitud se hiciera referencia concretamente a los acreedores no garantizados con derecho a deudas reconocidas. Con respecto a los criterios para solicitar el procedimiento, una de las opiniones fue que debían aplicarse los mismos criterios al deudor y a los acreedores. Según otra opinión, debían aplicarse métodos diferentes. En el caso de un deudor, la solicitud podía basarse en la cesación general de pagos o en la posibilidad de que el deudor llegara a ser incapaz de pagar sus deudas a su vencimiento en el futuro. Se sugirió que en el proyecto de guía eso se expresara con una frase en el sentido de que “no haya perspectivas razonables de que el deudor pueda pagar sus deudas”.

28. En el caso de la solicitud de procedimiento por parte del acreedor, se expresó la opinión de que, como se indicaba en el apartado b. del párrafo 51 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, los acreedores habían de demostrar que tenían créditos vencidos y que el deudor no había pagado. Una de las cuestiones preliminares que se plantearon fue la necesidad de establecer claramente el significado del término “vencimiento” para evitar conflictos. Se planteó la cuestión de si las deudas realmente debían haber vencido y ser pagaderas y si la adopción de ese método tal vez no limitaría innecesariamente el acceso al procedimiento de insolvencia e influiría en forma considerable en el costo y la disponibilidad del

crédito. Se indicó que tal era el caso cuando, si bien la deuda no había vencido, quedaba claro que la situación en que se encontraba el deudor daría lugar a que no pudiera pagarla cuando venciera. No obstante, se señaló que si no se establecía ninguna restricción de acceso al procedimiento, éste se utilizaría como alternativa en lugar de los mecanismos de ejecución de deudas. También se planteaba la cuestión conexa de si para solicitar el procedimiento los acreedores debían tener créditos vencidos, o si era posible que otros acreedores con créditos que no hubieran vencido solicitaran el procedimiento sobre la base de que el deudor tenía deudas pendientes que habían vencido. Se sugirió que cuando rigiera el criterio del vencimiento, podía ser necesario establecer una excepción para atender a situaciones en que el deudor actuara de manera fraudulenta o en que se probara que se otorgaba trato preferencial a algunos acreedores.

29. Con respecto a la cuestión de si los criterios de aplicabilidad en el caso de las solicitudes de los acreedores debían ser los mismos para la liquidación que para la reorganización, se expresaron diversas opiniones. Una de ellas fue que para garantizar el acceso al procedimiento de insolvencia en forma oportuna, eficiente e imparcial, lo que constituía uno de los objetivos fundamentales consignados en la primera parte del proyecto de guía, los criterios debían ser los mismos y debían formularse en sentido amplio. A fin de tener en cuenta esa sugerencia y la necesidad de prever procedimientos unitarios y dobles, se propuso que se considerara la formulación de un texto en los siguientes términos:

“Las solicitudes para entablar o abrir un procedimiento de insolvencia pueden ser presentadas por:

- a. Un deudor, en cuyo caso éste deberá demostrar incapacidad, real o posible, para pagar deudas o que las obligaciones del deudor sobrepasan el valor de sus bienes;
- b. Uno o más acreedores que puedan reclamar deudas vencidas, en cuyo caso el (los) acreedor(es) deberán demostrar que la deuda ya ha vencido y no se ha pagado”.

30. Se observó que esa propuesta tenía por objeto establecer criterios mínimos convenidos de aplicabilidad y que en el proyecto de guía se podían prever y examinar posibles variaciones, como la exigencia de una suma mínima adeudada o que no fuera necesario que la deuda hubiese vencido. Si bien hubo acuerdo en adoptar ese criterio general, se expresó cierto apoyo en favor de que el método para determinar la aplicabilidad fuese que el deudor “no puede o no podrá pagar sus deudas en la fecha de su vencimiento”.

31. También se expresó la opinión de que los criterios de aplicabilidad debían ser más restrictivos en el caso de las solicitudes de reorganización por parte de los acreedores que en el caso del procedimiento de liquidación y que debía exigirse a los acreedores que demostraran que el negocio estaba en condiciones de continuar sus operaciones comerciales y tenía buenas perspectivas de reorganización. Se opinó que si se incorporaban esos criterios habría que dar una orientación clara sobre lo que era necesario demostrar, como la disponibilidad de efectivo para pagar deudas en las operaciones normales del negocio, que el valor de los bienes serviría de apoyo a la reorganización y que los acreedores obtendrían más que con la liquidación. Se expresó la preocupación de que si se añadían criterios se podía restringir la aplicabilidad y se sugirió que se establecieran únicamente en función de las

consecuencias de la apertura del procedimiento y de la forma en que éste se desarrollara. Se observó, por ejemplo, que en los ordenamientos jurídicos en que al abrirse el procedimiento se aplicaba una suspensión automática, la capacidad de continuar sus operaciones comerciales podía determinarse una vez abierto el procedimiento. En otros ordenamientos, esa información se podía necesitar antes de que se iniciara la reorganización, ya que la elección de ese procedimiento suponía que daría lugar a una mayor restitución. Se observó también que la elección de los criterios de aplicabilidad en el caso de la reorganización dependía del objetivo del régimen de la insolvencia; si el objetivo era maximizar el valor de los bienes, los requisitos serían diferentes de los aplicables en el caso de que se deseara reutilizar los bienes. Se reiteró la necesidad de prever esas cuestiones de política en el proyecto de guía.

32. En cuanto a la función que debían desempeñar los tribunales en la apertura del procedimiento, se expresó la opinión de que si bien los tribunales no tenían que desempeñar necesariamente una función de supervisión principal (función que tal vez podía desempeñar un organismo administrativo), las partes debían recurrir siempre a los tribunales para solucionar conflictos. Se señaló que la participación excesiva del tribunal como órgano de supervisión podía retrasar el procedimiento de reorganización y hacer que resultara antieconómico, particularmente en el caso de las empresas pequeñas y medianas. También se indicó que en algunos países, en los que el poder judicial era muy reducido, no era eficiente ni eficaz esperar que los tribunales desempeñaran una función principal. Según otra opinión, la función de los tribunales era primordial para la supervisión del procedimiento de insolvencia y no podía encomendarse a otro organismo, independientemente de su composición.

33. El Grupo de Trabajo examinó la propuesta contenida en el apartado c. del párrafo 51 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, relativo a las solicitudes de apertura del procedimiento de insolvencia por parte de autoridades gubernamentales, a la que se prestó amplio apoyo. No obstante, se manifestó la preocupación general de que otorgar a una autoridad de esa índole una facultad general para solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia podría crear incertidumbre y, por consiguiente, no sería apropiada.

34. No se prestó apoyo a la sugerencia de que se ampliara la sección explicativa del proyecto de guía a fin de mencionar transgresiones concretas de leyes que no fueran penales (por ejemplo, reglamentaciones administrativas o leyes relativas al medio ambiente) como factores desencadenantes de la solicitud de apertura del procedimiento por parte de la autoridad pública. Por otra parte, se observó que aumentar excesivamente el número de situaciones en que la autoridad pública pudiera presentar una solicitud escaparía al ámbito de aplicación del régimen de la insolvencia.

35. En consecuencia, el Grupo de Trabajo convino en que debían establecerse algunos criterios para dar orientación acerca de las situaciones que posibilitarían el ejercicio de esa facultad y sobre la manera de ejercerla, con miras a restringir la discrecionalidad de la autoridad pertinente.

36. Se sugirió también que esa facultad de la autoridad pública no sólo existiera en el caso del procedimiento de liquidación, sino también en el de reorganización, a efectos de preservar el interés público en situaciones en que la reorganización fuese posible pero el deudor y los acreedores no la solicitasen.

*c) Apertura*

37. El Grupo de Trabajo examinó varias cuestiones pertinentes a la apertura del procedimiento de insolvencia. En cuanto a la necesidad de que la solicitud de apertura se examinara rápidamente, la opinión general fue que esa decisión debía adoptarse con celeridad para evitar la dilución del valor de los bienes y garantizar la certeza y transparencia del proceso para los acreedores, en particular en la medida en que la apertura afectara a su capacidad para ejercer sus derechos. Se observó que los criterios de admisibilidad que tenían por objeto facilitar y acelerar el acceso al procedimiento también facilitarían el examen de la solicitud de apertura por el tribunal y que, por tanto, la cuestión del momento en que se abriría el procedimiento estaba estrechamente vinculada con lo que se pedía al tribunal que hiciera al adoptar la decisión con respecto a la apertura.

38. Según una opinión, la adopción de la decisión dependería más o menos directamente del grado de complejidad de los criterios de admisibilidad, que al ser más sencillos permitirían evitar demoras y conflictos. Se indicó que en algunos ordenamientos jurídicos la solicitud voluntaria por parte del deudor era un reconocimiento de insolvencia y funcionaba como apertura automática, a menos que se sugiriera que el deudor estaba abusando del procedimiento para evadir a sus acreedores. Con respecto a la reorganización, se señaló que el propósito de los criterios de admisibilidad era establecer una norma que pudiese crear una presunción razonable de insolvencia. En esos casos, a menos que se disputara la solicitud del deudor, no debería haber demoras para abrir el procedimiento, si bien la apertura no sería automática y se necesitaría una decisión formal del tribunal. Otra opinión fue que los criterios de admisibilidad eran únicamente el comienzo del proceso y que antes de adoptar una decisión el tribunal debía examinar cuidadosamente varias cuestiones conexas, entre ellas si el procedimiento que se solicitaba era el más apropiado para el deudor. Se replicó que las cuestiones de la evaluación de la solicitud del deudor y del procedimiento más apropiado para éste podían abordarse disponiendo la conversión entre liquidación y reorganización. Se apoyó la opinión de que si bien la solicitud del deudor podía dar lugar a la apertura casi automática del procedimiento, no ocurría así con la solicitud de los acreedores, que debía regularse en forma oportuna.

39. Se expresó la opinión de que si bien era preferible que la decisión se adoptara rápidamente, en la práctica el período para adoptarla variaba de un caso a otro y, por consiguiente, no sería práctico fijar plazos. Se señaló que cuando los plazos estaban fijados por ley, con frecuencia éstos no se aplicaban y era difícil imponer sanciones eficaces para hacerlos cumplir, especialmente cuando el que no lo estaba cumpliendo era un tribunal (y no una autoridad administrativa). Se observó que podía ser más apropiado imponer sanciones encaminadas a garantizar que el deudor o el acreedor presentara la solicitud en forma oportuna. Según otra opinión, debía fijarse un plazo a fin de garantizar certeza y transparencia tanto para los acreedores como para el deudor.

40. Tras un debate, se opinó en general que era indispensable aplicar un criterio flexible para tener en cuenta la conveniencia de acelerar el procedimiento y proporcionar orientación sobre lo que era razonable, aunque también cabía reconocer que los países necesitaban encuadrar sus regímenes de insolvencia en función de los recursos y limitaciones globales de sus ordenamientos jurídicos y de las necesidades locales que determinaban sus prioridades.

*d) Notificación*

41. El Grupo de Trabajo examinó la propuesta, contenida en el párrafo 54 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, de que la solicitud se notificara al deudor (en caso de que la hubiese presentado un acreedor) y a los acreedores (en caso de que la hubiese presentado el deudor).

42. El Grupo de Trabajo convino en que la notificación del procedimiento de insolvencia no sólo era apropiada, sino también esencial a fin de garantizar la transparencia del régimen de la insolvencia, conforme a los objetivos principales de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, y velar por que todos los acreedores dispusieran de la misma información en el caso de procedimientos voluntarios.

43. Con respecto al momento de efectuar la notificación, la opinión preponderante fue que ésta debía tratarse de manera diferente según se tratase del deudor o de los acreedores. La opinión mayoritaria fue que correspondía que la notificación de una solicitud presentada al deudor por los acreedores o por una autoridad pública (es decir, de un procedimiento involuntario) fuera inmediata. En cambio, notificar a los acreedores antes de la apertura del procedimiento solicitado por el deudor podía ser contraproducente, ya que podía afectar innecesariamente la posición del deudor en caso de que la solicitud fuese rechazada y alentar a los acreedores a entablar acciones de último momento para reclamar sus créditos. No se prestó apoyo a la sugerencia de que en el caso de un procedimiento voluntario no existiría ese efecto perjudicial para el deudor, dado que éste ya habría dado a entender que era insolvente. Se indicó que esas cuestiones no surgirían en ordenamientos jurídicos en que la apertura fuese un efecto automático de la solicitud.

44. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que la notificación del procedimiento involuntario no debía efectuarse antes de la apertura. Se indicó que esa solución era compatible también con el criterio utilizado en el artículo 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, en que se dejaba claro que el objeto de la notificación era la apertura del procedimiento. El Grupo de Trabajo también acogió con agrado la sugerencia de que en el proyecto de guía se diera cierta orientación con respecto a la parte que debía notificar (por ejemplo, el deudor o el tribunal) y a la manera de lograr que la notificación surtiera efecto.

### **3. Consecuencias de la apertura del procedimiento de insolvencia**

*a) El patrimonio de la insolvencia*

45. Una opinión general fue que era necesario destacar la importancia de que la legislación nacional regulara claramente los bienes que constituirían el patrimonio

de la insolvencia, en beneficio tanto de los acreedores nacionales como de los extranjeros.

46. En cuanto a los bienes específicos que habría de incluirse, la opinión general fue que debían incluirse todos los bienes sobre los que el deudor tuviese un derecho en la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia, independientemente de que fuesen corporales o incorporales y de que estuviesen o no realmente en poder del deudor. También se compartió la opinión de que el patrimonio de la insolvencia debía comprender, además, los bienes adquiridos por el representante de la insolvencia tras la apertura del procedimiento. Se sugirió asimismo que había que considerar arreglos contractuales concretos como las transferencias creadas a fin de otorgar garantía, los fondos o acuerdos fiduciarios y las mercancías consignadas. También se observó que sería conveniente que en el proyecto de guía se ampliara la explicación acerca del concepto de bienes corporales e incorporales.

47. Se expresaron diversas opiniones en lo tocante a incluir bienes sobre los que se hubiera constituido una garantía real en favor de un acreedor. Se prestó cierto apoyo a la opinión de que, como regla general, esos bienes debían excluirse, a menos que uno o más de ellos constituyera un factor determinante del éxito de la reorganización. Se señaló que tal principio aumentaría considerablemente la disponibilidad de crédito, ya que daría la seguridad a los acreedores con créditos garantizados de que sus intereses no se verían afectados negativamente por el hecho de que se abriera un procedimiento de insolvencia.

48. No obstante, se respaldó la opinión de que los bienes garantizados debían formar parte del patrimonio de la insolvencia. Se observó que permitir que los acreedores con créditos garantizados ejecutaran sus garantías reales no sólo podía socavar el principio del trato equitativo de los acreedores, sino también la posibilidad de llevar a buen término la reorganización. Se explicó que el hecho de retener prácticamente todos los bienes pertenecientes al deudor al abrirse el procedimiento era crucial para la reorganización de la empresa. Por otra parte, también se aclaró que el hecho de incluir bienes amparados por una garantía en el patrimonio de la insolvencia no significaba que los acreedores con créditos garantizados se verían privados de mecanismos adecuados para salvaguardar sus derechos. También se expresó la opinión de que no había que hacer tanto hincapié en incluir o no bienes en el patrimonio, sino en determinar si los bienes amparados por una garantía estarían sujetos al procedimiento de insolvencia.

49. No se respaldó la propuesta de establecer regímenes diferentes para la liquidación y para la reorganización de los bienes garantizados.

50. Según otra opinión, el patrimonio de la insolvencia debía estar constituido por todos los bienes pertenecientes al deudor, independientemente del lugar en que se encontraran, lo que era compatible con el criterio adoptado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Al respecto, se indicó que el propósito del proyecto de guía no era abordar cuestiones pertinentes a los aspectos transfronterizos del régimen de la insolvencia y que la labor en curso no tenía por objeto modificar ni enmendar en modo alguno la Ley Modelo.

51. Se apoyó ampliamente la idea de que cuando el deudor fuera una persona natural podían excluirse algunos bienes del patrimonio de la insolvencia y se sugirió que se excluyera el derecho a reclamar daños y perjuicios. Tras examinar la cuestión, el Grupo de Trabajo convino en que habida cuenta de los diversos criterios

adoptados en los diferentes ordenamientos jurídicos no era apropiado dar demasiados detalles en el proyecto de guía e incumbía a la legislación nacional determinar qué bienes quedarían excluidos. Al respecto, el Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que en el proyecto de guía se recomendara a los legisladores nacionales que determinaran claramente las excepciones y las redujeran al mínimo necesario para salvaguardar los derechos personales del deudor. También se sugirió que en el texto se determinaran y examinaran las opciones normativas que podían explicar los diversos criterios adoptados en los diferentes países.

52. Se examinó también la cuestión del trato de los bienes de terceros. Una de las inquietudes era que si esos bienes se excluían del patrimonio de la insolvencia se socavaría considerablemente la posibilidad de llevar a cabo la reorganización. Se indicó que en la mayoría de los casos por lo menos algunos de los bienes utilizados en el curso normal de la administración de la empresa pertenecían a una parte que no era el deudor y estaban en poder de este último en virtud de arreglos contractuales como, por ejemplo, contratos de arrendamiento y acuerdos análogos. Se sugirió que en el proyecto de guía se incorporara el principio de que los bienes de terceros no formaban parte del patrimonio de la insolvencia a menos que fueran necesarios para que la empresa siguiera funcionando y siempre y cuando se adoptaran disposiciones adecuadas para proteger al arrendador en la medida en que esos bienes se utilizaran en el procedimiento de insolvencia. Esa sugerencia fue respaldada.

53. Se opinó también que los bienes de terceros habían de tratarse en forma diferente en el caso de la liquidación que en el de la reorganización. Se observó que mientras que en el caso de reorganización la retención de los bienes que estuvieran en manos del deudor podía resultar decisiva para la posibilidad misma de salvar la empresa, esos problemas no surgían cuando se trataba de liquidación. Se opinó, en cambio, que impedir el desmembramiento del patrimonio al iniciarse el procedimiento podía resultar decisivo también para maximizar el valor de los bienes en el contexto de la liquidación.

54. Según otra opinión, la cuestión del tratamiento aplicable a los bienes que estaban en poder del deudor en virtud de un contrato debía abordarse en el contexto del tratamiento de los contratos y no en el del patrimonio de la insolvencia. Al respecto, predominó la opinión de que debían restringirse los derechos del propietario con arreglo al contrato a fin de garantizar que el bien permaneciese a disposición del procedimiento de insolvencia. En ese contexto, se aclaró que el régimen de la insolvencia no afectaría la titularidad de los bienes sino únicamente limitaría la forma en que se ejercían esos derechos, en aras de respaldar el procedimiento de insolvencia.

55. Durante el debate se puso de manifiesto que el concepto de patrimonio de la insolvencia variaba en los diferentes ordenamientos jurídicos: se observó que algunos consideraban que la cuestión de los bienes de terceros guardaba relación con los derechos de propiedad, en tanto que otros la abordaban en el contexto del tratamiento de los contratos. No obstante, predominó la opinión de que el régimen de la insolvencia debía prever mecanismos para garantizar que los bienes de terceros utilizados en el curso normal de la administración de la empresa siguieran sujetos al procedimiento de insolvencia, tanto a efectos de la reorganización como con miras a maximizar el valor de los bienes que fuesen objeto del procedimiento de insolvencia.

56. En general se reconoció el derecho del representante de la insolvencia a recuperar los bienes del deudor que hubieran sido indebidamente transferidos, en violación del principio del trato equitativo de los acreedores. También se respaldó la sugerencia de que en el proyecto de guía se establecieran claramente las razones normativas que justificaban tal derecho. Se hicieron varias sugerencias acerca del tipo de actos con respecto a los cuales se podría invocar la recuperación y a los plazos en que ésta podría efectuarse. Se opinó que si bien en el texto propuesto parecía adoptarse un criterio basado en la intención de la parte, muchos ordenamientos jurídicos se basaban, en cambio, en el efecto perjudicial de la transacción sujeta a anulación y que a ese respecto era necesario adoptar una decisión normativa. Se replicó que, habida cuenta de la variedad de criterios adoptados por los diferentes ordenamientos jurídicos en la materia, en el proyecto de guía no debían darse demasiados detalles sobre las condiciones para ejercer de ese derecho. Se señaló también que en la sección del proyecto de guía dedicada a las acciones de anulación se hacían distinciones detalladas en cuanto al tipo de transacciones y a los plazos pertinentes. En consecuencia, el Grupo de Trabajo convino en aplazar a una fecha ulterior el examen detallado de esa cuestión.

b) *Suspensión del procedimiento*

57. Al examinar si la aplicación de la suspensión debía ser automática o discrecional y si la suspensión debía aplicarse en el momento de la solicitud o de la apertura del procedimiento de insolvencia, el Grupo de Trabajo convino en la necesidad de que se hiciera distinción entre las solicitudes de procedimientos de liquidación y de reorganización y en cuanto a las partes que presentaran la solicitud. Se observó que si bien en el proyecto de guía se establecían claramente las razones para la aplicación automática de la suspensión, era necesario profundizar más el examen de las ventajas de la aplicación discrecional. Se recordó que en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza se abordaba la cuestión de aplicar una suspensión y se sugirió que el criterio que se adoptara en el proyecto de guía fuera compatible con la Ley Modelo.

58. Con respecto a los acreedores con créditos no garantizados, se sugirió que la suspensión se aplicara automáticamente a todos los acreedores al solicitarse un procedimiento de liquidación o de reorganización, independientemente de que lo solicitara el deudor o los acreedores. Cuando se tratara de una solicitud de apertura de un procedimiento de liquidación, la continuación de la suspensión después de la apertura del procedimiento podía ser discrecional, pero en los casos de reorganización, la suspensión automática se seguiría aplicando tras la apertura del procedimiento. Se observó que podría ser necesario hacer una distinción entre los casos en que la empresa fuera a venderse como negocio en marcha en el contexto de un procedimiento de liquidación y la liquidación lisa y llana de la empresa. Una sugerencia diferente que recibió cierto apoyo fue que la suspensión (que debería aplicarse automáticamente tanto en el procedimiento de liquidación como en el de reorganización, independientemente de que el procedimiento fuera solicitado por el deudor o por los acreedores) se aplicara desde la fecha de apertura del procedimiento. En cuanto al período que transcurriría entre la aplicación de la suspensión y la apertura, se convino en que se debería disponer de medidas provisionales. También se apoyó la idea de que la suspensión se aplicara automáticamente desde la fecha de la solicitud cuando ésta fuese presentada por el

deudor, a fin de evitar posibles abusos de los acreedores. Se señaló que la aplicación automática era particularmente pertinente en los ordenamientos jurídicos en que una solicitud presentada por el deudor daba lugar a la apertura automática del procedimiento, sin necesidad de una decisión formal del tribunal.

59. En cuanto a la cuestión de aplicar la suspensión a los acreedores garantizados, la opinión general fue que si la suspensión afectaba los derechos garantizados, en el proyecto de guía había que hacer hincapié en que ello no debía interpretarse como negación de esos derechos. Se expresó la opinión de que, tanto en el procedimiento de liquidación como en el de reorganización, era necesario restringir el ejercicio de los derechos garantizados a efectos de poder cumplir los objetivos de los procedimientos, aunque eso debía equilibrarse con la preservación y protección de esos derechos. También se expresó la opinión contraria de que los acreedores con créditos garantizados no debían quedar afectados por la suspensión. Se sugirió que de lo contrario la autonomía de las partes y las negociaciones entre el deudor y el acreedor garantizado podían resultar menoscabadas. En apoyo de esa opinión se sugirió que un régimen en que se previera la aplicación de la suspensión a los acreedores garantizados y se procurara equilibrar las consecuencias negativas protegiendo el valor del derecho garantizado probablemente sería complejo y costoso y exigiría que el tribunal estuviera en condiciones de adoptar decisiones comerciales difíciles sobre la cuestión de la protección apropiada. Si la suspensión no se aplicaba a los acreedores garantizados, era mejor dejar que los interesados negociaran esa cuestión. Al respecto, se indicó que en muchos ordenamientos existía un claro equilibrio entre la necesidad de establecer una suspensión y la posibilidad y eficacia de celebrar negociaciones antes de la apertura del procedimiento a fin de lograr un acuerdo entre el deudor y los acreedores sobre la manera de proceder. Se señaló que en varios ordenamientos jurídicos esas negociaciones previas resultaban eficaces para que el deudor y sus acreedores llegaran a un acuerdo, de modo que no fuera necesario establecer una suspensión. Otro criterio que contó con cierto apoyo fue el de combinar la aplicación automática de la suspensión desde la fecha de apertura del procedimiento, durante un período breve, a fin de posibilitar la evaluación de la situación financiera del deudor con miras a determinar la manera en que debía proseguir el procedimiento, con la disposición de levantar la suspensión a solicitud del tribunal si se demostraba que el bien constituido en garantía estaba perdiendo valor.

60. En lo tocante a la cuestión de los acreedores privilegiados o preferentes, se observó que esos términos se utilizaban de manera diferente en los diversos ordenamientos jurídicos y que en el proyecto de guía era necesario explicar esas diferencias claramente. Por ejemplo, en algunos ordenamientos los acreedores preferentes eran los que tenían derechos posesorios, en tanto que en otros esos acreedores únicamente tenían prelación con respecto a la distribución. Una cuestión conexas era la de los derechos que podían invocar esas diversas clases de acreedores y si esos derechos se verían afectados por la suspensión. La opinión general fue que algunos de esos tipos de acreedores entrarían en la categoría de acreedores no garantizados que se verían afectados por la suspensión, pero se sugirió que en el proyecto de guía se abordaran esas cuestiones con claridad.

*c) Tratamiento de los contratos*

61. El Grupo de Trabajo abordó las cuestiones de la rescisión, el mantenimiento en vigor y la cesión, por parte del representante de la insolvencia, de contratos que estuviesen pendientes al iniciarse el procedimiento de insolvencia. En cuanto a la rescisión, se expresó la opinión general de que existía un vínculo directo entre la capacidad del representante de la insolvencia de rescindir los contratos, por una parte, y el nivel de disponibilidad de crédito, por otra. Se observó que mientras más amplio fuese el derecho del representante de la insolvencia a rescindir el contrato, mayor sería el costo y menor la disponibilidad de crédito, y que era necesario equilibrar cuidadosamente esas dos necesidades rivales.

62. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de la eventual rescisión automática de un contrato cuando el representante de la insolvencia no hubiese adoptado dentro de un determinado plazo una decisión de mantenerlo en vigor. Según una opinión, una disposición que previera la rescisión automática podría ser útil para evitar las costas judiciales en situaciones en que el deudor claramente no estuviese en condiciones de cumplir el contrato. Además, se observó que si no se preveía un mecanismo de rescisión automática se impondría al representante de la insolvencia la carga de dar notificación de las decisiones adoptadas con respecto a todos los contratos pendientes, lo que aumentaría innecesariamente el costo del procedimiento.

63. No obstante, la opinión imperante fue que la disposición contenida en el resumen (apartado b) del párrafo 113 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1), según la cual la rescisión podría surtir efecto automáticamente al no haberse adoptado en un determinado plazo la decisión de mantener vigente el contrato, era demasiado amplia. Se expresaron varias opiniones sobre la forma en que podría precisarse más su alcance. Se sugirió, entre otras cosas, que se aclarara en el texto que la rescisión automática sólo sería posible cuando estuviese expresamente prevista en el contrato. A ese respecto, se señaló que si se adoptaba la rescisión automática como principio general el deudor podría quedar expuesto al riesgo de verse privado de ciertos suministros que podrían ser esenciales para el funcionamiento ininterrumpido de su negocio (como electricidad, agua, etc.). En respuesta a ello se señaló que la regla no tenía por objeto conceder la facultad de rescindir el contrato a la otra parte contratante, sino de posibilitar que el representante de la insolvencia no tuviese que dar notificación de la decisión de rescindir. Se aclaró además que con esa disposición no se pretendía modificar los derechos que la otra parte contratante tuviese con arreglo al contrato. Otra sugerencia consistió que se especificara el plazo después del cual se aplicaría la rescisión automática.

64. Se expresó también la opinión de que la rescisión automática debía limitarse a algunas categorías de contratos expresamente previstas en la legislación nacional. Se observó que ese mecanismo, si bien se basaba en consideraciones económicas razonables, podría crear un grado excesivo de incertidumbre, lo que menoscabaría el objetivo fundamental de la previsibilidad del sistema de insolvencia. Otra inquietud expresada al respecto era que la rescisión automática podría dar lugar a incertidumbre cuando el representante de la insolvencia no estuviese debidamente informado de los contratos pendientes.

65. Se señaló que la rescisión automática tenía la finalidad de proporcionar certeza: por un lado, el mecanismo obligaba al representante de la insolvencia a adoptar oportunamente una decisión con respecto a los contratos pendientes en el momento de la apertura del procedimiento; por otro lado, también ofrecía a la otra parte un medio de eliminar la incertidumbre en cuanto al mantenimiento de la vigencia del contrato dentro de un plazo razonable.

66. Según otra opinión, la cuestión de la rescisión automática de los contratos debía tratarse de forma diferente según si lo que estaba en juego era la liquidación o la reorganización, habida cuenta de las distintas políticas en las que se basaba cada uno de esos procedimientos. A ese respecto se observó que, mientras que en el contexto de la liquidación sería razonable presumir que si el representante de la insolvencia no adoptaba decisión alguna con respecto a un contrato lo más probable era que ello supusiese una decisión de rescindir, en caso de reorganización esa suposición podría no siempre ser pertinente.

67. Prevaleció la opinión de que debía mantenerse el mecanismo de rescisión automática siempre y cuando se limitara en alguna medida su alcance. Se expresaron opiniones favorables a que en el proyecto de guía se establecieran criterios que orientaran al representante de la insolvencia a la hora de adoptar la decisión de rescindir o no el contrato, teniendo presente que esos criterios serían diferentes según se tratase de liquidación o de reorganización. Además, se observó que sería sumamente útil esbozar las razones de política que podrían justificar la rescisión automática en los ordenamientos jurídicos que requiriesen una justificación específica cuando dicha rescisión redundase en perjuicio de derechos contractuales.

68. Además del derecho a rescindir contratos, se sugirió que el representante de la insolvencia estuviese facultado para rechazar otros bienes incluidos en el patrimonio, siempre y cuando se tratase de bienes gravados cuya retención extrañaría gastos excesivos. Si bien esa opinión fue respaldada por algunos, se observó que tal facultad tendría que ir acompañada de mecanismos que permitiesen transferir el derecho sobre los bienes rechazados a otra persona.

69. Se apoyó asimismo la idea de que el representante de la insolvencia pudiese garantizar la continuada vigencia de los contratos. Sin embargo, el Grupo de Trabajo convino en que se limitase el alcance de ese derecho excluyendo los contratos cuya vigencia fuese imposible mantener, a saber, los contratos cuyo cumplimiento dependiese fundamentalmente de las características personales del deudor. Se sugirió que en el resumen se incluyeran ejemplos a este respecto (como los esbozados en el párrafo 106 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1). Según otra opinión, la referencia a la posible intervención del tribunal (contenida en la parte introductoria y en el apartado a) del párrafo 116 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1) era incompatible con el criterio adoptado respecto de la rescisión (que no se refería al tribunal) y por tanto inapropiada.

70. Se estuvo a favor de mencionar las razones en que se fundamentaba el derecho del representante de la insolvencia a mantener el contrato en vigor, tal como se sugirió con respecto a la rescisión. Se aclaró que el derecho del representante de la insolvencia a mantener el contrato en vigor independientemente de que hubiese consentimiento de la otra parte debía equilibrarse mediante algún mecanismo de indemnización a fin de tener en cuenta los intereses de la otra parte. Se sugirió asimismo que la otra parte tuviese derecho a ser oída o consultada por el

representante de la insolvencia antes de que éste adoptara su decisión, así como a disponer de medios para impugnar esa decisión.

71. En cuanto a la cesión de los contratos, se expresó una opinión en el sentido de que debía limitarse el alcance de la disposición, al igual que el mantenimiento de la vigencia. En relación con ello se señaló que debía excluirse la posibilidad de cesión en el caso de contratos cuyo cumplimiento dependiese fundamentalmente de las características específicas del deudor. A ese respecto, se sugirió que el representante de la insolvencia no podía gozar de mayor amplitud de derechos que la que tuviese el deudor con arreglo al contrato.

72. Tras un debate, prevaleció la opinión de que se mantuviera el derecho del representante de la insolvencia a ceder los contratos que estuviesen pendientes en el momento de la apertura del procedimiento, siempre y cuando se limitara debidamente su alcance. En apoyo de esa opinión, se observó también que en algunas circunstancias la rescisión podía redundar en ventajas considerables para la otra parte contratante (por ejemplo, cuando el precio de arrendamiento con arreglo al contrato fuese inferior al del precio en el mercado) y que al disponer el mantenimiento en vigor y la cesión de un contrato podía resultar beneficiado el patrimonio de la insolvencia gracias a la eventual diferencia entre el precio estipulado en el contrato y el precio del mercado.

73. En cuanto a la cuestión de las cláusulas de intransferibilidad, se expresaron opiniones a favor de facultar al representante de la insolvencia a considerar dichas cláusulas como nulas y sin efecto, si bien en el proyecto de guía debían señalarse las consecuencias que tal tratamiento tendría para la otra parte. Se observó asimismo que esa solución era coherente con el criterio adoptado en el proyecto de convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional. Según otra sugerencia, debía aclararse la referencia a la expresión “todas las partes”, que figuraba entre corchetes en el apartado b) del párrafo 118 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, precisando que ello se refería a las partes en el contrato original y no a las partes en la cesión.

74. Según la opinión general, el proyecto de guía debía poner de relieve la necesidad de excluir los contratos financieros (en particular, las permutas monetarias, las permutas de tipos de interés, otras operaciones derivadas, etc.) del ámbito de las disposiciones que facultaban al representante de la insolvencia a intervenir en los contratos. Se observó que para garantizar la estabilidad del mercado financiero en su conjunto era esencial preservar los derechos de los inversionistas financieros (en particular, el derecho a compensar sus posiciones, el derecho a rescindir el contrato y el derecho a reclamar una garantía de conformidad con las normas y arreglos que regían tales contratos). Se señaló además que ese trato especial parecía apropiado a la luz de las peculiaridades de esos contratos y que precisamente debido a esas peculiaridades dichos contratos se habían excluido también del ámbito de aplicación del proyecto de convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional. Si bien esa opinión recibió apoyo, se convino no obstante en que en el proyecto de guía debían señalarse las razones por las cuales se apoyaba un régimen especial para esos contratos, lo que suponía una excepción importante al principio de trato equitativo de los acreedores.

75. Se respaldó ampliamente la opinión de que los contratos de empleo debían estar sujetos a un régimen especial, dadas las fuertes repercusiones sociales que

tenía su tratamiento en el contexto de la insolvencia. Se sugirió que en el proyecto de guía se mencionasen las consideraciones de política social implícitas en esta cuestión, así como las razones que justificaban su exclusión del ámbito de las normas generales. Según otra sugerencia, en el proyecto de guía debía recomendarse que, en aras de la transparencia, la ley sobre la insolvencia mencionara expresamente también la limitada facultad del representante de la insolvencia para rescindir esos contratos.

76. Prevalció la opinión de que en el proyecto de guía se tratara la cuestión de la compensación. No se apoyó la sugerencia según la cual ello no debía abordarse en el contexto del tratamiento de los contratos debido a que era más bien una cuestión de derecho privado de carácter general.

d) *Acciones de anulación*

77. Al comienzo de las deliberaciones del Grupo de Trabajo se observó que las acciones de anulación podían resultar muy caras y se sugirió que el Grupo de Trabajo se ocupara ante todo de elaborar criterios que ayudaran a simplificarlas. Se señaló que en algunos ordenamientos jurídicos la aplicación de un criterio individualizado para regular con cierto detalle factores como la intención de las partes en la operación y lo que cabía entender por el curso normal de sus negocios había producido litigios excesivos. Ese enfoque subjetivo se había sustituido ahora por un enfoque objetivo más sencillo en el que, por un lado, se preveía un breve período de sospecha (de tres a cuatro meses) y, por otro, se establecía una norma arbitraria conforme a la cual todas las operaciones realizadas durante ese período se considerarían sospechosas salvo que hubiera habido, casi simultáneamente, un intercambio de valor entre las partes en la operación.

78. Se señaló que a causa de los gastos que podían entrañar las acciones de anulación, en algunos ordenamientos jurídicos se había planteado la forma de financiarlos. Las posibles modalidades de financiación consistían en permitir a un grupo de acreedores entablar la acción cuando el representante de la insolvencia decidiera no hacerlo, siempre que los demás acreedores estuviesen de acuerdo; permitir al representante de la insolvencia ceder a un tercero a título oneroso la acción de anulación; y permitir al representante de la insolvencia recurrir a un prestamista para que le adelantara fondos con los que iniciar la acción de anulación. Se señaló que algunos de estos enfoques permitirían al acreedor que entablara la acción cobrar su crédito, o al menos parte de él con los fondos recuperados. Se observó que en otros regímenes el gobierno aportaba fondos para que el representante de la insolvencia entablara no sólo demandas de anulación para recuperar los fondos, sino también demandas contra los directivos de la empresa del deudor. Se expresaron ciertas reservas acerca de los enfoques que pudieran favorecer los intereses de determinados acreedores en detrimento de la generalidad y de la naturaleza colectiva del procedimiento de insolvencia. En apoyo de los mecanismos que permitían la financiación privada, se señaló que los países regulaban de formas muy distintas el acceso a recursos públicos para la financiación de acciones de anulación. También podría crear dificultades el requisito de que estas acciones fueran financiadas con los bienes del patrimonio, en particular porque ello podría impedir la recuperación de bienes que se hubieran retirado del patrimonio con la intención concreta de entorpecer las acciones de anulación. Tras un debate, se apoyó un mecanismo que permitiera a los acreedores llevar adelante la acción para

recuperar los fondos cuando el representante de la insolvencia no estuviera dispuesto a iniciarla u obtener financiación externa cuando no existiera otra opción.

79. El Grupo de Trabajo examinó los tipos de operaciones anulables, descritas en los párrafos 125 a 129 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1. Como cuestión preliminar, se señaló que podían entablarse acciones de anulación tanto en una liquidación como en una reorganización. Se indicó que al igual que en la liquidación, en la reorganización se procedía a la distribución conforme a la prelación. En consecuencia, el acreedor que poco antes de la apertura del procedimiento hubiese obtenido un pago que afectase su prelación no debía poder conservarlo.

80. En lo tocante a la cuestión del alcance de las facultades de anulación, se sugirió que el proyecto de guía se refiriera a operaciones y no a pagos o transferencias, dado que estos dos últimos términos no eran lo suficientemente amplios. Además, se sugirió que las categorías principales de operaciones anulables fueran únicamente las fraudulentas, las infravaloradas y las preferentes, y que como ejemplos concretos de estas tres categorías se mencionaran las garantías reales inválidas, las donaciones, las compensaciones, las transferencias no autorizadas que ocurrieran tras la solicitud de un procedimiento de insolvencia y las operaciones que supusieran una grave violación de las prácticas comerciales normales. Al tratar estas diversas categorías, la Guía no debía limitarse a señalar qué operaciones serían anulables, sino enunciar las categorías de operaciones que serían nulas. Además, se propuso que el proyecto de guía se centrara no sólo en los tipos de operaciones antes señalados, sino también en las consecuencias de tales operaciones y en la relación entre las partes interesadas. Con respecto a las consecuencias, se señaló el ejemplo de que los directivos de la empresa del deudor podrían tratar de liquidar todas las obligaciones que hubieran garantizado en el período anterior a la insolvencia. Aunque esos pagos no fueran en sí inaceptables, era necesario considerar sus efectos. En cuanto a la relación entre las partes, se señaló que las operaciones con iniciados podrían requerir especial atención. Se recordó que el Grupo de Trabajo había convenido en no facultar al representante de la insolvencia para intervenir en operaciones financieras, por lo que éstas no debían estar sujetas a anulación.

81. Según una observación general relativa al período de sospecha, se sostuvo que esos períodos deberían fijarse por ley y no dejar que los tribunales los determinaran *a posteriori*, ya que ello no contribuía a la claridad ni a la previsibilidad de la ley. Según otra opinión, cabía dar a la ley un margen de flexibilidad permitiendo que los tribunales prorrogaran en determinadas circunstancias los períodos establecidos. Se señaló que algunos países habían adoptado esta combinación de criterios objetivos y subjetivos. Se respondió a ese argumento indicando que ese planteamiento tal vez no propiciaría los objetivos fundamentales de previsibilidad y certeza, enunciados en la primera parte del proyecto de guía. Sin embargo, se indicó que en ciertas circunstancias podría ser apropiado prorrogar el período de sospecha, por ejemplo cuando una operación que se hubiera ocultado menoscabara el valor del patrimonio. Se observó también que el proyecto de guía debía indicar con claridad a partir de qué momento comenzaban los períodos de sospecha, a saber, si comenzaban al solicitarse el procedimiento de insolvencia o en el momento de su apertura (cuando este momento fuese el de la declaración de insolvencia).

82. El Grupo de Trabajo convino en que las transferencias fraudulentas debían estar sujetas a anulación. Con respecto al período de sospecha, se opinó que la

anulación de las operaciones por motivo de fraude no debía estar sujeta a ningún límite específico de tiempo. Según otra opinión, convenía fijar un período pero éste debía ser largo.

83. En cuanto a la carga de la prueba, se indicó que la cuestión que debía examinarse era si la operación tenía por objeto entorpecer, demorar o impedir la obtención de valor por parte de los acreedores o si éstos eran sus efectos. Se observó que como la intencionalidad era el elemento fundamental del fraude, para que la operación del deudor fuera fraudulenta no bastaría con que tuviera el efecto de frustrar o de demorar el cobro por parte de los acreedores; el deudor tendría que haber realizado la operación con la intención de que surtiera tal efecto. Además, se sugirió que la otra parte en la operación debía ser consciente de la intención de fraude. Como cuestión práctica, se observó que si una parte no podía explicar la finalidad comercial de una determinada operación que restara valor al patrimonio, sería relativamente fácil demostrar que la operación era fraudulenta. Se señaló al Grupo de Trabajo la necesidad de tener presente que muchas operaciones perfectamente válidas conforme al derecho aplicable al margen de un régimen de la insolvencia podían ser fraudulentas en virtud del régimen de la insolvencia.

84. Con respecto a la cuestión de si la operación debía quedar automáticamente anulada en virtud de la ley o resultar anulable a petición del representante de la insolvencia, se observó que cabía distinguir entre las operaciones fraudulentas, que no podían quedar automáticamente anuladas, y los demás tipos de operaciones que podían anularse automáticamente por haberse realizado durante el período de sospecha pertinente.

85. Al examinar las operaciones infravaloradas, se señaló que era necesario hacer una distinción entre las operaciones concertadas con acreedores y aquellas en que intervinieran terceros, dado que estas últimas también podían considerarse donaciones. Se señaló que para las operaciones infravaloradas era necesario fijar un largo período de sospecha.

86. Respecto de las operaciones preferentes, se observó que el criterio para su anulabilidad era la realización de un intercambio simultáneo de valor. Se mencionó como ejemplo todo pago irregular de deudas aún no vencidas. Se sugirió que estas operaciones eran más amplias que los meros pagos efectuados en beneficio de los acreedores y que debían incluir no sólo las operaciones que beneficiaran a éstos sino también las que se realizaran con terceros. Frente a este argumento se señaló que el carácter preferente de una operación con terceros sería difícil de definir y que toda operación que supusiera una preferencia por terceros podría entrar en la categoría de las operaciones infravaloradas o considerarse una donación (aunque se observó que algunos ordenamientos jurídicos podrían permitir ciertas donaciones). Se sugirió que también se consideraran preferentes las operaciones que entrañaran pagos en especie. En cuanto al período de sospecha requerido, se sugirió que fuera más breve que el aplicable a las operaciones fraudulentas o infravaloradas.

87. Se expresó cierta inquietud sobre lo que se entendía por garantías reales inválidas como categoría de operaciones anulables. Se convino en general en que esta categoría comprendería las garantías dadas con contraprestación anterior. Sin embargo, se señaló que también podría incluir garantías como los gravámenes que no estuvieran correctamente constituidos y que pudieran anularse en virtud del derecho general aplicable al margen del régimen de la insolvencia. El Grupo de

Trabajo añadió que, como cuestión general, los asuntos relativos a la validez o invalidez de las garantías reales debían regirse por la legislación pertinente en materia de operaciones garantizadas y ser un tema de cooperación entre el Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia y el Grupo de Trabajo que comenzaría su labor sobre las operaciones garantizadas en mayo de 2002.

88. Se expresó la opinión de que una compensación no era anulable como tal pero que podía serlo cuando tuviera el efecto de modificar el saldo de la deuda entre las partes en la compensación de manera que se creara una preferencia, o cuando la compensación se produjera en circunstancias irregulares, por ejemplo cuando no hubiera contrato.

89. Cuando se realizaran operaciones no autorizadas tras la solicitud del procedimiento y antes de su apertura, la operación debía ser nula pero, para evitar controversias, no debía ser anulable. Respecto de otra categoría, la de las operaciones incompatibles con las prácticas comerciales habituales, se expresó la opinión de que constituía más bien una excepción que se oponía a la alegación de que se trataba de una operación preferente cuando podía demostrarse que la operación era compatible con las prácticas habituales o compatible con el curso normal de los negocios con el acreedor. En contra de esta opinión, se estimó que estos tipos de operaciones debían figurar como categoría diferenciada. Sin embargo, se observó que el criterio de “incompatibilidad con las prácticas comerciales habituales” sería difícil de determinar, en particular cuando aparentemente las operaciones se hubieran realizado en el curso normal de los negocios y sólo tras examinarlas detenidamente se demostrara lo contrario. Se señaló también que ese criterio planteaba la cuestión de la persona que debía determinar lo antedicho.

#### **4. Administración de los procedimientos**

##### *a) Derechos y obligaciones del deudor*

90. Se consideró en general que la cuestión de los derechos y obligaciones del deudor se planteaba de modo diferente según se tratase de liquidación o de reorganización. Cuando había de mantenerse la empresa (ya fuese para su venta como entidad comercial o para su reorganización) se requería una mayor intervención del deudor.

91. Se expresó apoyo en general a que se estableciera la obligación del deudor de revelar oportunamente información completa sobre la situación financiera y económica de la empresa con miras a mantener la confianza y a permitir al representante de la insolvencia evaluar correctamente la situación. Con respecto a la reorganización, se señaló que la pronta presentación de información por el deudor podía resultar útil para aumentar la confianza de los acreedores en la capacidad del deudor de continuar administrando los negocios de la empresa. Se sugirió que dicha obligación se hiciera extensiva a toda la información pertinente y que además incluyera la relativa a los años anteriores a la solicitud del procedimiento.

92. Con respecto a la reorganización, el Grupo de Trabajo convino en que era conveniente y adecuado que el deudor continuara ocupándose de la gestión de la empresa. Se señalaron las ventajas posibles de esta modalidad, especialmente con respecto a simples empresas o a pequeños consorcios. En los casos en que el deudor conservara una función importante en la administración, como con el modelo del

deudor en posesión, era necesaria la supervisión de un tribunal (y ello podría incluir la designación de un representante de la insolvencia). Se consideró en general que las facultades dadas al deudor en una reorganización debían compaginarse con los intereses de los acreedores, previéndose mecanismos eficaces que les permitieran adoptar las medidas apropiadas. A este respecto se observó que, una vez entablado el procedimiento, el deudor sería ante todo responsable frente a los acreedores más que frente a los accionistas. Se observó también que la facultad del tribunal de nombrar a un funcionario que actuara como mediador sería útil para hacer frente a situaciones en que el desinterés de los acreedores pudiera entorpecer la preparación y aprobación del plan de reorganización. También se sugirió que los derechos y las obligaciones del deudor se regularan de distinto modos en función del tamaño de la empresa.

93. Se apoyó a el modelo basado en los derechos y responsabilidades comunes del deudor y del representante de la insolvencia nombrado por el tribunal. Según este modelo, el deudor seguiría ocupándose de la gestión cotidiana de la empresa, mientras que el representante de la insolvencia supervisaría las operaciones importantes y se encargaría de la ejecución del plan.

94. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que sería conveniente hacer una distinción entre el período que mediaba entre la solicitud del procedimiento de insolvencia y la aprobación del plan de reorganización, por una parte, y el período posterior a dicha aprobación, por otra. Se consideró que si bien en el primer período sería apropiado que la ley fijara reglas concretas y previera la participación de un representante independiente, podría ser aconsejable adoptar un enfoque más flexible y dar más autonomía a las partes después de la aprobación del plan y durante su ejecución a fin de que la reorganización tuviera más posibilidades de prosperar.

95. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión del derecho del deudor a exponer su parecer. Una de las preocupaciones era que si se establecía como principio general ese derecho podía requerir formalidades y gastos que entorpecerían innecesariamente el procedimiento, en particular en el contexto de una liquidación. Por consiguiente, se propuso que ese derecho se limitara a las situaciones en que el deudor tuviera un interés, en razón tanto de su situación financiera como de sus derechos personales. En contra de esta propuesta, se argumentó que en algunos ordenamientos el derecho de una parte a exponer su parecer se consideraba un derecho fundamental de carácter constitucional y cuya restricción podía dificultar el reconocimiento de los procedimientos entablados en regímenes en que permitieran estas restricciones. Se señaló también que si se disponía que el deudor por regla general debía participar en las decisiones ello podía dar a todas las partes interesadas una mayor confianza en el régimen de la insolvencia. En consecuencia, se convino en que el proyecto de guía debía subrayar la necesidad de evitar que el ejercicio de ese derecho condujera a abusos que impidieran llevar a cabo el procedimiento con suficiente rapidez.

96. Se sugirió asimismo que en el proyecto de guía se abordaran cuestiones como el levantamiento de las restricciones impuestas a un deudor al entablarse el procedimiento, así como el pago de todas sus deudas o de una parte de ellas tras la decisión de poner fin al procedimiento.

*b) Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia*

97. Sobre la cuestión de quién debía designar al representante de la insolvencia, se señaló que cualquier solución debía prever la designación de una persona independiente e imparcial; asimismo, se consideró en general que si la designación estaba a cargo del tribunal o de los acreedores, ello redundaría en una mayor independencia e imparcialidad que si la efectuara el deudor. A este respecto se señaló que si la persona era designada por el deudor, había mayores posibilidades de disputas sustanciales sobre los créditos de los acreedores, así como de quejas de algunos de éstos por motivos de discriminación. Se señaló también que el nombramiento del representante de la insolvencia tendía a correr a cargo de una autoridad independiente que podía recurrir a profesionales con experiencia y conocimiento de los sectores pertinentes.

98. Se expusieron los procedimientos que regían la selección de los representantes de la insolvencia en diversos países; esas exposiciones se hicieron a título de información o como sugerencia para que se tuvieran en cuenta al formular recomendaciones en el proyecto de guía. Entre esos procedimientos se incluían, por ejemplo, que el eventual representante de la insolvencia tenía la obligación de declarar toda circunstancia que pudiera entrañar un conflicto de intereses o que pudiera mermar su independencia; que los candidatos a esta función debían recibir capacitación en determinadas instituciones y obtener una licencia; que los representantes se seleccionaban entre las personas que figuraban en una lista conforme a sistemas concebidos de modo que fueran justos para los representantes (en términos de la distribución equitativa de los casos en que los bienes no bastaran para remunerar plenamente al representante) pero que no garantizaban necesariamente la elección de la persona más apropiada en cada caso. Se observó que al establecer estos procedimientos y requisitos, debía tenerse presente que si se imponían condiciones excesivamente rigurosas se corría el riesgo de incrementar los gastos del procedimiento, pero que si los requisitos no eran muy estrictos no se podría garantizar la calidad del servicio requerido.

99. Sobre la cuestión de las competencias exigidas al representante de la insolvencia, se expresó la opinión de que el párrafo 145 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 disponía con suficiente detalle los aspectos que debían tomarse en consideración. Se sugirió que se agregara al texto una referencia a la necesidad de que el representante de la insolvencia fuera una persona “apta y capaz” y al hecho de que debía desempeñar distintas funciones fiduciarias. También se sugirió que en el proyecto de guía se mencionara la necesidad de nombrar a un funcionario de la administración pública cuando no existiera la posibilidad de encomendar un caso de insolvencia a un representante privado, por ejemplo por no disponerse de fondos para financiar la administración de la insolvencia.

100. Se reconoció que el representante de la insolvencia debía cumplir normas de responsabilidad, pero que esas normas debían ajustarse a las circunstancias en que el representante adoptaba las decisiones; así pues, se sugirió que la norma de responsabilidad no fuera más estricta que la aplicable al director de una empresa, que correspondiera a la norma exigible a una persona prudente que ejerciera ese cargo, o que la norma previera que el representante debía actuar de buena fe y con fines legítimos; se observó que el criterio de diligencia no debía ser demasiado estricto (en particular, no debía corresponder al nivel de diligencia exigida en los casos extracontractuales), a fin de no propiciar demandas contra el representante que incrementaran los gastos de su función.

101. Se sugirió que los motivos previstos para la sustitución o destitución del representante fueran una actuación no acorde con la norma requerida, aunque con la salvedad de que los acreedores pudieran destituir al representante sin justificar su decisión, cuando lo permitieran las funciones y privilegios de los acreedores en un determinado procedimiento. A ese respecto, se sugirió que en la sección del proyecto de guía relativa a la destitución, con o sin motivo, también se debía tratar la necesidad de que el régimen de la insolvencia previera la sustitución y la sucesión de la titularidad respecto de los bienes del patrimonio. Se señaló que en algunos países los representantes de la insolvencia se consideraban funcionarios judiciales, por lo que los tribunales determinaban su grado de responsabilidad y los motivos para su destitución.

102. En cuanto a la necesidad de que los profesionales de la insolvencia suscribieran un seguro de responsabilidad o a la obligación de dar una garantía que pudiera hacerse efectiva en caso de incumplimiento de las obligaciones del representante (como una fianza abonada por una compañía de fianzas), se sugirió que esas obligaciones fueran debidamente proporcionales a los riesgos asignados a los participantes en el procedimiento de insolvencia, teniendo en cuenta al mismo tiempo la necesidad de controlar los gastos que entrañaban los servicios del representante.

*c) Créditos de los acreedores*

103. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de los créditos presentados por los acreedores. Según una opinión, en aras de la certeza era aconsejable fijar un plazo concreto para la presentación de los créditos. También se propuso que se previeran sanciones en caso de créditos presentados tardíamente. No obstante, se expresó el temor de que al fijar una fecha límite para la presentación de créditos se discriminara a los acreedores extranjeros, dado que éstos no siempre podrían presentar sus créditos antes de que venciera el plazo. Se observó que ello supondría una violación del principio de la igualdad de trato entre los acreedores nacionales y extranjeros, enunciado en el artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Se señaló además que ese trato discriminatorio sería incompatible con la reforma de los regímenes de la insolvencia de muchos países, en que se tendía claramente a eliminar toda discriminación basada en la nacionalidad del acreedor. Se puntualizó también que la decisión de no fijar un plazo para la presentación de créditos no menoscabaría el patrimonio de la insolvencia, siempre y cuando los créditos se presentaran antes de la distribución de los bienes y los costos derivados de una presentación tardía de los créditos corrieran a cargo del acreedor. Según otra opinión, si se fijaba un plazo concreto, éste no debía limitar las posibilidades de los acreedores.

104. En respuesta a lo anterior, se observó que este problema podía resolverse adecuadamente fijando plazos más largos o previendo un determinado plazo para los acreedores extranjeros, como ya se hacía en algunos ordenamientos jurídicos, o también permitiendo a los tribunales prorrogar el plazo cuando se acreditaran impedimentos graves. Se sugirió asimismo que los acreedores nacionales tuvieran también esa opción. Se señaló además que la cuestión de la presentación tardía de créditos por los acreedores extranjeros guardaba estrecha relación con la de la debida notificación de esos acreedores y que el proyecto de guía debía hacer referencia a la obligación de informar adecuadamente a los acreedores extranjeros,

enunciada en la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza. Se observó además que sería útil establecer una base internacional de datos en que se recopilara información facilitada por los registros comerciales nacionales, ya que de este modo los acreedores podrían disponer oportunamente de información y al mismo tiempo se garantizaría la igualdad de trato de los acreedores al disponer todos ellos de iguales condiciones de acceso a esa información.

105. Con respecto a los acreedores extranjeros, se planteó la cuestión de si los créditos podían presentarse en un idioma que no fuera el empleado en el procedimiento de insolvencia. El Grupo de Trabajo convino en que se facilitarían notablemente el acceso de los acreedores extranjeros a los procedimientos de insolvencia si aquéllos pudiesen presentar los créditos en su propio idioma. En consecuencia, se sugirió que en el proyecto de guía se recomendara que los legisladores redujeran las limitaciones consistentes en tener que presentar los documentos en un determinado idioma o cumplir determinados requisitos legales como los de traducción y protocolización de los documentos.

106. Se observó que la cuestión de la igualdad del trato dado a los acreedores extranjeros con respecto al dispensado a los acreedores nacionales guardaba relación con el problema de la conversión de un crédito cifrado en moneda extranjera a la moneda del país en que tuviera lugar el procedimiento de insolvencia, y concretamente con el problema del momento en que debía efectuarse tal conversión. Se señaló que debido a las continuas fluctuaciones de los tipos de cambio, si se decidía que la conversión debía efectuarse en el momento de la apertura del procedimiento y no en el momento de presentación del crédito o de la distribución, el importe del crédito podría experimentar notables variaciones. No recibió apoyo la propuesta de efectuar la conversión cuando dejaran de devengar intereses los créditos a cobrar, por ejemplo en el momento de apertura del procedimiento. El Grupo de Trabajo convino en la necesidad de que en el proyecto de guía se pusiera de relieve esta cuestión y se especificaran todas las posibles opciones sin apoyar explícitamente ninguna de ellas.

107. La propuesta de que la lista de créditos no fuera preparada por el tribunal sino por el representante de la insolvencia recibió amplio apoyo, pues se estimó que se ajustaba al objetivo necesario de reducir las formalidades que entorpecían el proceso de verificación de los créditos. Se señaló que aún podrían reducirse más esas formalidades si se admitían las demandas respaldadas por declaraciones adecuadas, como declaraciones juradas (*affidavit*), previendo sanciones penales en caso de fraude, y si se aceptaban las demandas documentadas con libros de contabilidad correctamente llevados. A pesar de la adhesión general al objetivo de garantizar la eficacia y la simplicidad del procedimiento, se subrayó la necesidad de que el proyecto de guía puntualizara que la decisión del representante de la insolvencia de admitir o rechazar un crédito podía ser apelada ante los tribunales.

108. Se observó que esta solución se basaba excesivamente en los poderes discrecionales del representante de la insolvencia y que, por tanto, podría fácilmente causar demoras o incluso propiciar la colusión entre el representante de la insolvencia y el deudor, minando así la previsibilidad del sistema. Por consiguiente, se sugirió que se admitieran automáticamente los créditos pendientes en el momento de entablarse el procedimiento, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir a un tribunal para impugnar la admisión o la exclusión de un determinado crédito. Se señaló que ese sistema debía complementarse con un mecanismo encaminado a

asegurar que todas las partes interesadas tuvieran acceso a suficiente información sobre los créditos admitidos automáticamente.

109. El Grupo de Trabajo reconoció las ventajas de un sistema que previera la admisión automática de créditos. Se observó que con tal sistema se evitarían muchas de las dificultades que tenía el representante de la insolvencia al principio del procedimiento cuando debía decidir qué acreedores podían participar y votar en las asambleas celebradas en la fase inicial del procedimiento. Tras un debate, se decidió que ambas opciones figuraran en el proyecto de guía como posibles soluciones.

110. Se expresaron diversas opiniones sobre los tipos de créditos que debían excluirse. Se observó que si bien actualmente en muchos países se excluían los créditos extranjeros de tipo fiscal, nada impedía a los legisladores prever, si lo deseaban, la admisión de este tipo de créditos. Aunque se sugirió tratar de idéntico modo los créditos de tipo fiscal extranjeros y nacionales, prevaleció la opinión de que en el proyecto de guía se propusieran a los legisladores las diversas opciones posibles sin recomendarles que se inclinaran por una de ellas. También se subrayó la necesidad de que el proyecto de guía se ajustara al texto de la nota 2 a pie de página del artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza en el sentido de que la igualdad del trato dispensado a los acreedores extranjeros respecto de los nacionales no era óbice para que se excluyeran del procedimiento de insolvencia los créditos extranjeros relativos a obligaciones tributarias o de seguridad social.

111. Con respecto a la exclusión de las multas y sanciones, se apoyó la propuesta de hacer una distinción entre las multas y sanciones de carácter estrictamente administrativo o punitivo (como las multas impuestas por haber cometido un delito administrativo o penal) y las multas y sanciones de carácter compensatorio. Si bien el Grupo de Trabajo consideró en general justificadas las exclusiones del primer tipo de multas y sanciones, se estimó que no había motivos para excluir los créditos correspondientes al segundo tipo de multas y sanciones. Según otra opinión, no había ningún motivo racional para apoyar la exclusión de las multas y sanciones dado que, salvo si eran demostrables, no podían cobrarse a menos que no estuvieran sujetas a la suspensión del procedimiento. Frente a este argumento, se observó que esa exclusión podía justificarse por la necesidad de incrementar los bienes disponibles para los acreedores con créditos no garantizados.

112. En cuanto a las deudas por motivos de juego, se señaló que en la mayoría de los regímenes esas deudas no se admitían por considerarse que emanaban de actividades ilegales. En consecuencia, se decidió que el proyecto de guía se atuviera al principio general de que no podían admitirse los créditos derivados de actividades que el derecho interno considerara ilegales y que por tanto no eran ejecutables. Además, se observó que las exclusiones derivadas de la política oficial también debían quedar al margen del régimen de la insolvencia.

113. Dadas las distintas opciones de política que podrían apoyar cada una de esas exclusiones, se sugirió que en el proyecto de guía se indicaran ejemplos de los tipos de créditos que los legisladores tal vez desearan excluir y los distintos criterios que podrían adoptarse desde el punto de vista del régimen de la insolvencia.

114. Se sugirió que se previera un régimen especial para los créditos de personas relacionadas con el deudor conforme al cual éstos quedarán subordinados a todos los demás créditos y sus titulares no tuvieran derecho de voto. En respuesta a esta

opinión se observó que el proyecto de guía no debía sugerir la forma concreta de regular esos créditos sino tan sólo recordar a los legisladores la necesidad de tenerlos en cuenta.

115. Con respecto a la presentación de créditos garantizados, según una opinión esos créditos debían admitirse con carácter provisional debido a las dificultades que planteaba la valoración de los bienes dados en garantía al comienzo del procedimiento. A este respecto, se señaló que sería útil prever la presentación de créditos garantizados, incluso a título provisional, porque así el representante de la insolvencia estaría informado de la existencia de esos créditos.

116. Recibió apoyo general la propuesta de que en el proyecto de guía se indicara claramente la existencia de distintas categorías de acreedores, cada una de las cuales estaba caracterizadas por sus propios derechos y privilegios. Si bien se consideró inapropiado que el proyecto de guía sugiriera las categorías que debían gozar de prelación o la forma de tratar cada una de esas categorías, prevaleció la opinión de que convenía recomendar a los legisladores que especificaran claramente las categorías admitidas, así como los privilegios de que gozara cada una de ellas. También se consideró que las legislaciones debían señalar también claramente toda diferencia de trato según si el procedimiento era de liquidación o de reorganización. El Grupo de Trabajo consideró que, como criterio general, el proyecto de guía debía recomendar el trato igualitario de todos los acreedores y especificar claramente las razones de política aducidas para justificar cualquier excepción. También se apoyó la sugerencia de incluir en el proyecto de guía una referencia a los efectos financieros y económicos de los diversos criterios que podían adoptarse a nivel legislativo.

117. En cuanto a la regulación de los préstamos concedidos por los accionistas, se expresó la opinión de que esos préstamos debían estar sujetos a un régimen que tuviera en cuenta las razones concretas por las que solían concederse esos préstamos, que no serían necesariamente las mismas que en el caso de los préstamos otorgados por otras entidades. Como observación general, se señaló que el proyecto de guía debía informar a los legisladores de las posibles repercusiones que podían tener las disposiciones legislativas a nivel de gestión empresarial.

118. Recibió apoyo considerable la sugerencia de que el proyecto de guía abordara la regulación de las obligaciones mancomunadas en el régimen de la insolvencia. En particular, se sugirió que especificara la forma en que la apertura del procedimiento de insolvencia afectaría al derecho de un acreedor a ejecutar su crédito frente a uno o varios deudores mancomunados que no fueran los que estaban sujetos al procedimiento. A ese respecto, se opinó también que en el proyecto de guía convendría regular la figura del garante, así como la eventualidad de que éste también fuera insolvente.

119. Se opinó asimismo que el proyecto de guía debería recomendar la reglamentación específica de los créditos no garantizados adquiridos después del inicio del procedimiento de insolvencia, esbozando los distintos enfoques adoptados en diversos ordenamientos jurídicos. Asimismo, se sugirió que la cuestión de la compensación era crucial para asegurar la igualdad del trato dispensado a todos los acreedores, por lo que en el régimen de la insolvencia debía ser tratada como aspecto específico de los créditos de los acreedores.

120. Por último, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si el régimen de la insolvencia debía prever un mecanismo para regular lo que en algunos ordenamientos jurídicos se denominaba “subordinación equitativa”. Se señaló que en los ordenamientos que permitían la subordinación de un crédito a otros, el mecanismo tenía la finalidad de garantizar que los acreedores fueran tratados en pie de igualdad mediante la reparación o la compensación cuando un crédito supusiera una injusticia o una inequidad para los demás acreedores en el contexto de un procedimiento de insolvencia. Se aclaró además que ese mecanismo se consideraba de carácter excepcional y que sólo podía recurrirse a él en circunstancias concretas y cuando la parte interesada lo solicitara al tribunal. Se observó que para poder utilizar ese recurso era necesario que la conducta inequitativa del acreedor titular del crédito controvertido hubiera perjudicado a otros acreedores o hubiera permitido a aquél obtener una ventaja inequitativa y que la decisión del juez en favor de los acreedores perjudicados no fuera incompatible con el régimen de la insolvencia. Se mencionaron algunas situaciones en que el juez podía fallar en este sentido, concretamente cuando un fiduciario del deudor utilizara su posición en perjuicio de otros acreedores, cuando un tercero controlara al deudor causando perjuicios a otros acreedores (por ejemplo, amenazando con retirar sus fondos para forzar el cierre de la empresa), o cuando un tercero defraudara a otros acreedores (por ejemplo, presentando información que indujera a error). Por último, se señaló que el otorgamiento de la subordinación del crédito controvertido se limitaba a un valor equivalente al daño causado por la conducta inequitativa y que este recurso no podría utilizarse en relación con el ejercicio de los derechos normales que confiriera la ley o un contrato al acreedor a menos que se demostrara su conducta indebida.

d) *Juntas de acreedores*

121. Se expresaron diversas opiniones sobre el papel que podían desempeñar las juntas de acreedores. Según una de las opiniones, las juntas de acreedores podían cumplir una útil función consultiva prestando asistencia al representante, examinando con él las cuestiones difíciles y asesorándolo, aunque sin intervenir directamente en las decisiones. La junta también podría encargarse de supervisar la gestión del representante de la insolvencia o del deudor cuando dispusieran de amplios poderes en la gestión cotidiana del negocio. Según otra opinión, la junta de acreedores podía disponer de mayores atribuciones decisorias. En cuanto al funcionamiento de la junta de acreedores, se señaló la necesidad de que para que la junta se rigiera por normas convenidas era necesario definir claramente sus poderes, así como evitar disputas y garantizar la confidencialidad de las deliberaciones.

122. Se sugirió que la necesidad de constituir una junta podía depender de la naturaleza y la magnitud del caso y de si se trataba de una liquidación o de una reorganización. Se observó que en las liquidaciones no siempre se necesitaban juntas de acreedores, pero podría haber excepciones como en los casos de venta de la empresa, en que la junta podía aportar un asesoramiento pericial. Conforme a este criterio, se sugirió que en los procedimientos de liquidación la junta tuviera una función consultiva. En cuanto a los procedimientos de reorganización, se observó que por lo general era útil y necesario contar con la colaboración de una junta de acreedores, pero que convenía adoptar un criterio flexible a la hora de determinar sus funciones. Se sugirió que en general la junta desempeñara una función de asesoramiento y se reglamentaran con claridad las posibles excepciones. Por

ejemplo, podía preverse que la junta desempeñara una función primordial en la elaboración del plan de reorganización, en la venta de bienes de alto valor, y cuando se lo pidiera el representante de la insolvencia o se lo ordenara el tribunal. En relación con estos cuatro supuestos, se sugirió que la junta estuviera facultada para nombrar a los asesores financieros, jurídicos y de otra índole que fueran necesarios, salvo cuando su función fuera únicamente consultiva.

123. En cuanto a la representación de los acreedores en la junta, se expresó una opinión en el sentido de que se limitara a los mayores acreedores no garantizados y excluyera a los acreedores prioritarios o garantizados. Según otra opinión, la composición de la junta debía determinarse en función del volumen de la deuda y del tipo de la deuda, cuando el tipo de deuda no se determinara en función de si los créditos estaban garantizados o no, sino en función de otros criterios. También se opinó que el régimen de la insolvencia no debía especificar qué acreedores debían estar representados en la junta sino adoptar un criterio flexible que permitiera a los acreedores elegir a sus propios representantes, sobre la base de la voluntad de éstos de participar en la junta, y prever la ampliación y reducción de la junta cuando fuera necesario. Cuando hubiera distintos tipos de acreedores y se requiriera una representación demasiado diversa, se sugirió que se establecieran distintas juntas para representar los intereses de esos tipos de acreedores, pero se subrayó que sólo debía recurrirse a esta opción cuando hubiera intereses especiales como los de acreedores extracontractuales y accionistas. Se sugirió también que el régimen de la insolvencia podía determinar qué partes quedaban excluidas de la junta, como el deudor o las partes relacionadas con éste.

124. Con respecto a la responsabilidad de las juntas de acreedores, se observó que el hecho de que los miembros de la junta no percibiesen remuneración por participar en ella daría la idea de que su grado de responsabilidad era limitado. Si bien se señaló que el hecho de fijar la responsabilidad de las juntas de acreedores podría desmotivar a los acreedores, se estimó conveniente adoptar un criterio basado en la buena fe, en virtud del cual los miembros de la junta gozarían de inmunidad con respecto a los actos que realizaran como miembros de la junta, a menos que se demostrara que habían actuado indebidamente o que habían incumplido una obligación fiduciaria con los acreedores.

e) *Financiación posterior a la apertura del procedimiento*

125. En general, se observó que para que una empresa en proceso de reorganización pudiera continuar sus operaciones comerciales y reorganizarse con éxito era esencial que tuviera acceso a corrientes de efectivo. Se observó también que cuando la legislación lo permitía, el deudor podía utilizar su garantía en efectivo para obtener financiación, pero cuando eso no era posible la financiación posterior a la apertura del procedimiento tendría que obtenerse de alguna otra manera. Se dieron ejemplos de una “máxima prelación” (prelación respecto de los gastos de administración) y de “gravamen prioritario” (con prelación respecto de todas las garantías reales, pero otorgado muy rara vez sin el consentimiento del acreedor garantizado). Se indicó que la financiación posterior a la apertura del procedimiento procedía por lo general de dos clases de prestamistas. En la primera clase figuraban los prestamistas anteriores a la insolvencia que tenían una relación permanente con la empresa y que probablemente anticiparían más fondos con objeto de proteger los créditos que ya tenían e incluso obtener una mayor ganancia derivada de las tasas más altas que cobrarían por el nuevo préstamo. Se señaló que esa fuente de financiación era la más

común. La segunda clase de prestamistas eran los que no habían tenido vinculación alguna con la empresa en el período anterior a la insolvencia y cuya única motivación era probablemente la posibilidad de obtener grandes ganancias. Se observó que los incentivos para ambas clases de prestamistas eran la previsibilidad del reconocimiento otorgado al préstamo posterior a la solicitud de procedimiento y, con respecto a los prestamistas anteriores, la confianza en que su relación con el deudor y las condiciones de los préstamos que hubiesen concedido antes de la apertura del procedimiento no se modificarían.

126. Se expresó cierta preocupación con respecto a las dos formas de prelación mencionadas. Se sugirió que la posibilidad de establecer gravámenes prioritarios podría socavar la disponibilidad de crédito para las empresas en general. Únicamente los acreedores garantizados que se viesen afectados por el gravamen podían aceptar ser desplazados por tales clases de garantías. En consecuencia, la decisión de obtener esa financiación no podía ser adoptada únicamente por el tribunal, el representante de la insolvencia o los acreedores en general. También se expresó preocupación acerca de la manera de tratar esa clase de prelación en caso de que la reorganización fallara y se pasara al procedimiento de liquidación, particularmente con respecto a la prelación establecida de los gastos de administración. Se indicó que era necesario hacer una distinción, en cuanto a la obtención de financiación, entre las diversas etapas del proceso de reorganización, como el período posterior a la solicitud de procedimiento y los períodos anterior y posterior al plan de reorganización, de los cuales únicamente el último se abordaría en el plan. Se preguntó si la cuestión de la financiación posterior a la apertura del procedimiento no sería tal vez pertinente también en el caso de la venta de la empresa en el contexto de la liquidación.

*f) Reorganización*

127. Al comienzo del debate, se sugirió que en el proyecto de guía se examinaran las razones por las que era conveniente efectuar la reorganización, así como la necesidad de que algunos países eliminaran los obstáculos jurídicos que impedían la formulación de procedimientos flexibles de reorganización que tuvieran en cuenta las ventajas y los inconvenientes de los distintos procedimientos en combinaciones que permitieran lograr el objetivo de optimizar el valor del patrimonio.

128. El Grupo de Trabajo examinó la evolución de los mercados de compradores de deudas. En estos mercados se hacían cada vez más negocios con deudas y esto a su vez había influido en la actitud de los interesados respecto de los procedimientos de reorganización. Se señaló que en los últimos 20 años las prácticas bancarias habían cambiado notablemente y los bancos vendían cada vez más sus créditos para afrontar mejor sus riesgos y obtener liquidez, en vez de esperar largo tiempo para recibir un dividendo en un procedimiento de insolvencia. Se observó que esa tendencia podía complicar considerablemente los procedimientos de insolvencia, ya que las partes que negociaran un acuerdo de reorganización podían cambiar en el curso del proceso de negociación y porque los objetivos e intereses de esos compradores secundarios de deudas podían diferir de los de los acreedores iniciales, particularmente si daban mayor importancia a la obtención de un beneficio de su deuda adquirida que al rescate de la empresa y al mantenimiento de la actividad y de las relaciones comerciales de la empresa.

129. Si bien era evidente que no era indispensable modificar el régimen de la insolvencia para hacer frente a esta tendencia (y no se dieron ejemplos de eventuales modificaciones), se señaló que la nueva situación repercutía en el procedimiento de insolvencia, concretamente en la composición de las juntas de acreedores y en la relación con las partes que compraran la deuda al deudor. Se observó que si se permitía la participación de esos compradores en las juntas de acreedores, podía plantearse el problema del acceso a información confidencial de la que aquéllos podrían servirse para sus negocios. También existía el riesgo de que los compradores de deudas dieran una indicación falsa del valor probable de los dividendos para alentar a los acreedores a vender a un precio rebajado en la fase inicial del procedimiento. Otro problema era el de si las partes relacionadas con el deudor podían comprar créditos y, de ser así, qué mecanismos convendría adoptar para hacer frente a posibles problemas. Se sugirió como ejemplo que el crédito del comprador de la deuda respecto del patrimonio se limitara a la cantidad efectivamente pagada por la deuda y no se tuviera en cuenta el valor nominal de la deuda, cuando un tercero no relacionado con el comprador reclamara el valor nominal de la deuda. Otro mecanismo consistiría en excluir a esas partes de las votaciones sobre el plan de reorganización.

130. El Grupo de Trabajo examinó los distintos modos en que se regulaba el marco esencial de la reorganización en los regímenes de la insolvencia. Se destacaron dos modelos, aunque se señaló que algunas cuestiones se regulaban de modo similar en los distintos modelos. Se observó que uno de los modelos tenía como criterio fundamental la protección adecuada de los acreedores garantizados. Según ese modelo, las cuestiones de gestión requerirían una mayor intervención de los tribunales; existía el requisito de aplicación de la suspensión o paralización del procedimiento, con distintas formas de regular el período de vigencia de la suspensión y el período durante el cual podían evaluarse los negocios; y se preveían disposiciones para que los acreedores disconformes quedaran vinculados por el plan cuando el crédito garantizado estuviera debidamente previsto y dicha vinculación redundara en beneficio de todos los participantes en el procedimiento (cláusula *cram-down*, es decir, de imposición).

131. El otro modelo, que se utilizaba en los regímenes que tradicionalmente daban una gran protección a los acreedores garantizados, no solía prever la suspensión del procedimiento, o lo preveía de forma limitada; en este último caso, el período de moratoria se utilizaba para determinar si la reorganización podía ser más rentable que la liquidación. El representante de la insolvencia se encargaba normalmente de las cuestiones de gestión; había una menor intervención judicial que en el primer modelo, dado que no se planteaba la cuestión de la protección adecuada de los acreedores garantizados; y se evitaban soluciones que entrañaran una imposición a los acreedores garantizados. Esto se debía a que en el modelo de los acreedores garantizados se daba por sentado que en general estos acreedores no se opondrían al plan de reorganización si se les demostraba que se beneficiarían más con una reorganización que con una liquidación.

132. Se planteó la cuestión de cómo debía regularse la venta de una empresa como entidad operacional y, en particular, si había que tratar esa venta en el contexto de una liquidación o de una reorganización (ésta era una de las interrogantes que se planteaban al Grupo de Trabajo en la página 49 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1). Se subrayó que la venta de una empresa como

negocio en marcha no era incompatible con la liquidación y que también podía ser una opción viable en caso de reorganización. Se convino en que al debatir esta cuestión no se hiciera una distinción rigurosa entre ambos procedimientos y que debía poderse recurrir a cualquier procedimiento apropiado que permitiese maximizar el valor del patrimonio.

i) Preparación de un plan

133. Se examinaron diversas opciones para la preparación del plan de reorganización. Se sugirió que esta tarea se encomendara al representante de la insolvencia, quien, al ser normalmente una persona independiente, abordaría la tarea con un criterio objetivo, no necesariamente dictado por el deudor o los acreedores. Sin embargo, se observó que el representante de la insolvencia rara vez preparaba el plan sin consultar a las partes interesadas. Según otra opinión, debía hacerse una distinción entre el modelo del acreedor garantizado, en que se nombraba a un representante de la insolvencia que podía preparar el plan, y el modelo del deudor en posesión de la empresa, según el cual se dividía la responsabilidad entre el deudor y los acreedores. Se sugirió que era necesario lograr un equilibrio entre la libertad conferida a las partes para preparar el plan y las restricciones que necesariamente implicaba el proceso, como los requisitos de votación, los plazos para la preparación del plan, la modificación del plan y otras consideraciones de procedimiento.

134. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en la necesidad de adoptar un criterio flexible al decidir quién debía preparar el plan. En algunos casos, podría convenir que el deudor o su representante preparara el plan y que para ello dispusiera de un plazo de exclusividad; esta opción podría dar al deudor un incentivo para entablar el procedimiento sin demora. Sin embargo, al tiempo que se daba este incentivo, debía procurarse obtener la confianza de los acreedores en el deudor y en su propuesta. En otros casos, la junta de acreedores o un determinado acreedor podía encargarse de preparar el plan. La tercera opción consistía en encomendar la preparación del plan a un representante de la insolvencia.

135. Sobre la cuestión del momento en que debía prepararse el plan, se expresó la opinión de que no debía ser el de la apertura del procedimiento, ya que en tal caso el plan podía carecer de sustancia, prejuzgar el procedimiento y causar demoras. Según otra opinión, el plan debía prepararse durante el período de observación posterior a la apertura del procedimiento. Se opinó asimismo que era preferible preparar el plan antes de la solicitud de procedimiento. Tras un debate, se convino en que en la Guía no se exigiera que el plan se preparara antes de la apertura del procedimiento, pero sin excluir esa opción.

ii) Contenido del plan

136. Según la opinión general, el plan debía proporcionar un mínimo de información para garantizar la transparencia y la confianza en el proceso. Se sugirió que, pese a la importancia de la transparencia, era preciso tener en cuenta los problemas de confidencialidad que planteaba el acceso de los acreedores a información comercial delicada que no debiera trascender; se señaló que cuando el plan era aprobado por el tribunal esa información se consignaba por lo general en los registros públicos durante alguna fase del procedimiento, pero el tribunal debía velar por proteger la información confidencial. Se sugirió que entre la información

recogida en el plan figurara una exposición de la situación financiera del deudor, con pormenores sobre su activo y su pasivo y su corriente de efectivo; información detallada sobre las propuestas concretas incluidas en el plan; datos concretos sobre lo que percibirían los acreedores y explicaciones sobre por qué percibirían más que en una liquidación; y la forma en que la empresa podría mantener sus operaciones comerciales y reorganizarse con éxito. Se observó que el plan no podía prever ninguna acción ilegal o contraria al derecho, como se señalaba en el párrafo 176 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1, y a este respecto se citó otro ejemplo, a saber, la legislación tributaria. No obstante, se señaló también que podría haber leyes que impidieran la aplicación de las eventuales propuestas contenidas en el plan y se dio como ejemplo la legislación sobre inversiones directas extranjeras o las limitaciones de las operaciones con divisas. Dado que algunos regímenes de la insolvencia preveían que en ciertas circunstancias podían hacerse excepciones a esas disposiciones o preveían métodos rápidos de aprobación, se sugirió que en el proyecto de guía se planteara esta cuestión. También se sugirió que en el plan podían abordarse algunas de las cuestiones de procedimiento que figuraban en la página 49 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 a fin de velar por que los procedimientos que habían de aplicarse para aprobar y ejecutar el plan quedaran claros.

137. Se señaló que si se permitía que los derechos de los acreedores garantizados se vieran afectados por el plan, podrían disminuir las posibilidades de obtener crédito, y que en el proyecto de guía debería advertirse de tal consecuencia.

138. Con respecto a la protección de los intereses de los acreedores minoritarios, se formuló la pregunta de si esa cuestión debía reglamentarse en el plan o en la legislación sobre la insolvencia. Se sugirió que para asegurar la observancia del procedimiento, era importante que los acreedores mayoritarios no pudieran menoscabar injustamente los derechos de los acreedores minoritarios.

### iii) Aprobación y efecto del plan

139. Con respecto a los criterios para votar sobre el plan, se expresó la opinión de que para alentar las corrientes transfronterizas de capital era preciso reglamentar con claridad los derechos de las distintas categorías de acreedores, particularmente la posibilidad de que los acreedores votaran sobre un plan o de que se negaran a aceptarlo. Se sugirió que la votación se realizara únicamente en función de los intereses económicos y que sólo se permitiera votar a las partes que tuvieran tales intereses. Se apoyó la idea de que la mayoría de votos requeridos correspondiera a la del valor de los créditos, así como a la del número de acreedores; también se apoyó la propuesta de que sólo pudiera aprobarse el plan con una amplísima mayoría para que contara con el apoyo suficiente para asegurar su ejecución. Esta propuesta se consideró particularmente importante cuando los acreedores disconformes pudieran quedar vinculados por el plan.

140. En cuanto a las razones que los acreedores podían aducir para impugnar el plan, se observó que dado que todos los acreedores se verían perjudicados por el procedimiento, convenía que el acreedor que impugnara el plan demostrara que la aplicación del plan le causaría mayores daños y perjuicios que a otros acreedores o a otras categorías de acreedores.

141. Con respecto a la división de los acreedores en categorías y a los criterios que debían tenerse en cuenta, se puso de relieve que si no había ninguna razón imperativa para establecer categorías especiales, era conveniente agrupar en una única categoría a todos los acreedores no garantizados en general. No obstante, se señaló que la legislación de un país preveía criterios para incluir a acreedores garantizados en esa misma categoría si los intereses de esos acreedores eran suficientemente similares y, por lo tanto, comunes a los intereses de los acreedores no garantizados. Para equiparar esos intereses debían tenerse en cuenta los siguientes factores: la naturaleza de las deudas de las que emanaban los créditos; la naturaleza y la prelación de la garantía con respecto a los créditos; los recursos de que disponían los acreedores a falta de propuesta y las posibilidades que tenían de cobrar sus créditos mediante esos recursos; la reglamentación de los créditos en la propuesta y las condiciones para el cobro de los créditos que preveía la propuesta; y otros criterios prescritos.

142. Se sugirió que en el proyecto de guía se abordara el supuesto de que el plan no fuera aprobado y la posibilidad de que, ello diera lugar a que las partes pudieran proponer otro plan, se entablara automáticamente un procedimiento de liquidación, los acreedores presentaran demandas o se produjera cualquier otra consecuencia. Según una opinión, si existía la posibilidad de transformar automáticamente la reorganización en liquidación, el deudor tal vez no tendría incentivos para proponer un plan, lo cual iría totalmente en contra de uno de los objetivos fundamentales de todo régimen de la insolvencia. Según otra opinión, si se permitía que cada acreedor presentara demandas podía desencadenarse una pugna por los bienes de la empresa insolvente; esa pugna era precisamente lo que se trataba de evitar con la apertura de procedimientos colectivos y era, por lo demás, incompatible con el objetivo de maximización del valor del patrimonio de la insolvencia. Difiriendo de esta opinión, se sostuvo que una vez rechazado un plan, toda solución que no entrañara automáticamente la liquidación podía causar demoras, reducir aun más el valor del patrimonio y prolongar indefinidamente el procedimiento. Con la liquidación automática se dispondría de un procedimiento en que se distribuirían los bienes con criterios de igualdad y conforme al régimen de la insolvencia. Se sugirió una solución de avenencia consistente en conceder un plazo a los acreedores para proponer otro plan y prever únicamente la liquidación cuando no pudiera prepararse ningún plan.

143. Con respecto al procedimiento de aprobación, se señaló que no todos los países exigían la confirmación judicial del plan aprobado por los acreedores; en algunos regímenes, para que el plan quedara aprobado bastaba con que la mayoría requerida de acreedores lo hubiera refrendado. Se observó asimismo que en algunos países la función del tribunal estaba a cargo de una entidad administrativa. Se podía proteger a los acreedores minoritarios permitiéndoles impugnar el plan ante los tribunales y en algunas legislaciones se fijaban criterios de referencia para juzgar la disconformidad de esos acreedores.

## 5. Liquidación y distribución

### *Prioridades en el contexto de la distribución*

144. Se expresó la opinión general de que en el proyecto de guía debía recomendarse que la prelación en el contexto de la distribución no sólo se determinara con claridad, sino también se disminuyera lo más posible con miras a preservar la previsibilidad y la eficiencia del régimen de la insolvencia y promover la disponibilidad de crédito. Se señaló que cuanto mayor fuera el número de derechos prioritarios reconocidos por ley, más amplio sería el alcance de las discusiones que muy probablemente surgirían para determinar los privilegios de las diferentes categorías preferentes. No obstante, también se sugirió que al tratar los derechos prioritarios se distinguiera entre los que pudiesen tener los acreedores garantizados como resultado de una negociación o tras la apertura del procedimiento (como los relativos a disponer financiación después de la apertura) y los de los acreedores no garantizados en general.

145. El Grupo de Trabajo convino en que debía recomendarse que en el régimen de la insolvencia se mencionara concretamente todo derecho de prelación, independientemente de que la razón normativa que le sirviera de base se encontrara en el propio régimen de la insolvencia o en otras leyes. También se estuvo de acuerdo en que no sería apropiado que en el proyecto de guía se sugiriera qué derechos prioritarios habían de incluirse o excluirse. Además, se convino en que debían mencionarse expresamente las consecuencias financieras y económicas de incorporar derechos de prelación (a saber, la reducción de la cuantía de los bienes disponibles para pagar deudas no garantizadas).

146. Con respecto al establecimiento de un derecho general de máxima prioridad, tanto para los acreedores garantizados como para los no garantizados, la opinión mayoritaria fue que esa clase de prelación interferiría considerablemente con los derechos de los acreedores garantizados y, por consiguiente, debía apoyarse en consideraciones sólidas de política pública.

147. El Grupo de Trabajo examinó el tratamiento de los gastos que surgían durante el procedimiento de insolvencia. Se señaló que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos esos créditos revestían máxima prioridad porque se les consideraba de índole administrativa, lo que con frecuencia tenía consecuencias significativas para el patrimonio de la insolvencia. Si bien se reconoció que el tratamiento específico de esa cuestión estaba vinculado a la infraestructura básica del régimen, se expresaron diversas opiniones en el sentido de reducir las consecuencias de esas reclamaciones para la masa patrimonial. No se prestó apoyo a la sugerencia de que se pusiera un límite máximo a la cuantía de los gastos. En cambio, predominó la opinión de que se debían esbozar criterios precisos, aunque flexibles, para tener en cuenta esos gastos. En particular, se sugirió que debían tenerse en cuenta en función de su utilidad para aumentar el valor del patrimonio en general en beneficio de todos los interesados. Una sugerencia análoga fue que esos gastos se permitieran únicamente cuando se consideraran no sólo razonables y necesarios, sino también compatibles con los objetivos del procedimiento. También se sugirió determinar si el gasto era razonable en función de los recursos disponibles y de sus posibles efectos en el procedimiento.

148. En cuanto a la autoridad que debía determinar si el gasto era apropiado y razonable, una de las opiniones fue que para realizar gastos había que contar con la

autorización previa del tribunal. Según una opinión análoga, se necesitaba autorización previa del tribunal si se trataba de actos ajenos a la marcha ordinaria del negocio. No obstante, predominó la opinión de que eran los acreedores los que debían determinarlo, con miras también a garantizar la transparencia del procedimiento y siempre y cuando se dispusiese de un recurso judicial para impugnar la decisión de los acreedores.

149. En respuesta a esas sugerencias, se aclaró que debía hacerse una distinción, entre por una parte, los honorarios del representante de la insolvencia y de los demás profesionales que participaban en el procedimiento y, por otra, los gastos por concepto de funcionamiento de la empresa y puesta en marcha del procedimiento.

150. Como sugerencia general, se indicó que en el proyecto de guía debían abordarse las situaciones en que no se disponía de bienes o el valor de éstos era muy limitado. Se observó que había diferentes criterios: si bien en algunos regímenes se daba por terminado de inmediato el procedimiento cuando el tribunal determinaba que no había bienes, en otros se disponía que no se adoptara medida alguna y en otros se preveía el nombramiento de un síndico oficial. Se sugirió que en esos casos los honorarios del representante de la insolvencia podían pagarse deduciéndolos de sus aportes en concepto de impuestos personales. En respuesta a esa sugerencia, se indicó que ello daría lugar a que los honorarios del representante de la insolvencia fuesen sufragados por el Estado y no por el patrimonio de la insolvencia. Tampoco se apoyó la opinión de que, cuando se tratara de un crédito fiscal pertinente, debía encomendarse a las autoridades fiscales la tarea de administrar el procedimiento de insolvencia.

151. En cuanto al orden en que se trataban esas cuestiones en el proyecto de guía, se sugirió que los créditos administrativos se abordaran antes que los créditos garantizados, habida cuenta de que se reconocía ampliamente la prelación de los primeros. En respuesta a esa sugerencia se observó que en algunos ordenamientos jurídicos podía aplicarse un criterio diferente, por lo que no debía modificarse el orden del texto.

152. Otra sugerencia fue que en el párrafo 195 del documento A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.1 se sustituyera el término “propietarios” por el término “accionistas”. En respuesta a esa sugerencia se observó que si se hablaba de accionistas o socios se tenía únicamente en cuenta la situación de un deudor establecido como sociedad de responsabilidad limitada y que era necesario utilizar un término más amplio y neutro para abarcar todas las posibilidades de financiación concedida por iniciados.

153. Con respecto al privilegio otorgado a los sueldos y beneficios de los empleados, se observó que prever un régimen de garantía social redundaría en beneficio del patrimonio de la insolvencia, ya que permitiría que esos créditos quedaran excluidos de la distribución de los bienes. No obstante, se aclaró que eso exigiría que la institución de bienestar social que garantizara esos créditos no tuviera la misma prelación que los empleados frente al patrimonio de la insolvencia. Se opinó también que en el proyecto de guía debían señalarse las soluciones a que se recurría en distintos ordenamientos jurídicos.

154. Se opinó que si bien la prelación de los acreedores garantizados estaba establecida en el derecho sustantivo, debía mencionarse en la sección del régimen de la insolvencia dedicada a las cuestiones de prelación, pues ello aclararía la cuestión

para los ordenamientos jurídicos en que era necesario reforzar la estabilidad y confiabilidad de la actividad crediticia.

155. En general se respaldó la sugerencia de que en el proyecto de guía se abordara concretamente la cuestión de la terminación del procedimiento, tanto en cuanto al momento en que se produciría como a sus efectos.

#### **IV. Otros posibles procesos oficiosos de insolvencia**

156. El Grupo de Trabajo examinó el documento A/CN.9/WG.V/WP.55 y la posible labor que podría emprender en materia de procedimientos oficiosos de insolvencia, teniendo en cuenta la labor realizada por otras organizaciones sobre este tema y las tendencias internacionales a fomentar los procedimientos informales que representaban opciones distintas de los procedimientos formales y que resultaban particularmente útiles en los casos de insolvencia internacional.

157. El Grupo de Trabajo acordó en general que era conveniente ocuparse de los procedimientos oficiosos de insolvencia, tomando nota de que si bien esos procedimientos se ajustaban al marco de los procedimientos formales, podían dar flexibilidad a los regímenes de la insolvencia, brindar nuevos recursos que permitieran depender menos de la infraestructura judicial, permitir que los acreedores pudieran reaccionar antes y con mayor previsión de lo que normalmente era posible en los regímenes formales, y evitar la deshonra que acompañaba a menudo la insolvencia. Se observó que a causa de la creciente globalización de los mercados y del aumento del comercio con deudas había una mayor diversidad de acreedores que participaban en procedimientos internacionales de reorganización. Todos estos acreedores tenían distintos intereses y objetivos frente al deudor, los cuales no siempre coincidían con los intereses y objetivos de otros importantes proveedores de crédito y a veces iban en detrimento de la reorganización.

158. El Grupo de Trabajo examinó las diversas formas que podían revestir esos procedimientos oficiosos. Se señaló que había toda una gama de procesos semifoficiosos que iban desde los que se basaban en un marco de negociación colectiva sin intervención del sistema judicial ni efectos vinculantes (aunque contando con la existencia de un sistema formal eficiente y eficaz como medio de presión) hasta los que utilizaban un mecanismo de administración judicial para ejecutar un plan concertado en negociaciones oficiosas y vincular a los acreedores a ese plan. Se sugirió que cuando las negociaciones tuvieran lugar fuera del marco judicial y el deudor y la mayoría de los acreedores dieran su visto bueno al plan, se utilizara un mecanismo rápido para el proceso de aprobación.

159. Con respecto a los procesos totalmente oficiosos, se sugirió que el Grupo de Trabajo examinara la labor que realizaban otras organizaciones, como la Declaración de Principios del Grupo de Prestamistas de la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL) para un enfoque mundial de las soluciones con múltiples acreedores (enunciada en el documento A/CN.9/WG.V/WP.55) y otros tipos similares de directrices. Con respecto a los procedimientos en que se combinaban elementos informales y formales, el Grupo de Trabajo tal vez deseara estudiar cómo se habían desarrollado estos procedimientos en el mundo y examinar en particular la función que desempeñaban las autoridades judiciales y administrativas, así como el momento en que se producía la intervención.

160. Con respecto a los marcos administrativos, se tomó nota de tres tipos de experiencias y se sugirió que en el proyecto de guía se examinaran los ejemplos pertinentes y las circunstancias en que habían resultado útiles y los casos en que cabría aplicarlos en el futuro. En particular, se señaló que habían sido útiles en situaciones en que los tribunales no eran las entidades adecuadas para resolver las cuestiones o estaban simplemente desbordados por la magnitud del fracaso del sistema.

161. Se señaló que algunas de estas consideraciones guardaban relación con la guía legislativa sobre el régimen formal de la insolvencia que preparaba el Grupo de Trabajo y que convendría estudiar la forma de lograr una vinculación entre los procedimientos oficiosos y el proyecto de guía. En particular, se sugirió que en el proyecto de guía se estudiaran las distintas opciones, se expusieran las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas y se indicara el modo en que podían integrarse en un régimen de reorganización. A este respecto, se observó que cuanto mayor era la precariedad financiera del deudor, más difícil resultaba hallar la solución apropiada. Por ejemplo, cuando entre los acreedores figuraban bancos aislados, había probabilidades de que el deudor pudiera negociar oficiosamente con un banco y resolver sus dificultades sin intervención de los acreedores comerciales. En cambio, cuando la situación financiera era más compleja y requería la intervención de numerosos acreedores de distintos tipos, era necesario recurrir a un procedimiento más formal. Se sugirió que se presentaran de este modo a los legisladores las distintas posibilidades existentes y los procedimientos a que podía recurrirse. Se convino en que el Grupo de Trabajo tuviera en cuenta esas consideraciones al preparar las secciones del proyecto de guía relativas a la reorganización y en particular que en el proyecto de guía se abordara la cuestión de los procedimientos de reorganización expeditos para llevar a cabo reestructuraciones del tipo descrito en el documento A/CN.9/WG.V/WP.55 (incluidos los arreglos de ámbito tanto transfronterizo como interno).