



Asamblea General

Distr. general
11 de enero de 2002
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

35º período de sesiones
Nueva York, 17 a 28 de junio de 2002

Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor de su 25º período de sesiones (Viena, 3 a 14 de diciembre de 2001)

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción.....	1-13	3
II. Deliberaciones y decisiones.....	14-15	5
III. Examen del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia.....	16-251	5
A. Observaciones generales.....	16	5
B. Primera parte. Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente.....	17	6
C. Segunda parte. Disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia.....	18-24	6
1. Introducción a los procedimientos de insolvencia.....	18-24	6
2. Solicitud de un procedimiento de insolvencia y apertura de ese procedimiento.....	25-37	8
A. Alcance del régimen de la insolvencia.....	25-31	8
B. Criterios para la solicitud de un procedimiento de insolvencia y la apertura de ese procedimiento.....	32-37	9
3. Consecuencias de la apertura del procedimiento de insolvencia.....	38-92	11

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
A. La masa de la insolvencia	38-43	11
B. Protección de la masa de la insolvencia	44-57	12
C. Régimen aplicable a los contratos	58-74	15
D. Acciones de impugnación	75-92	19
4. Administración del procedimiento	93-204	23
A. Derechos y obligaciones del deudor	93-116	23
B. Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia	117-131	27
C. Financiación posterior a la apertura del procedimiento	132-141	31
D. Comités de acreedores	142-160	34
E. Presentación de créditos por los acreedores y su tratamiento	161-204	38
5. Liquidación y distribución	205-208	45
A. Prioridades en la distribución	205-207	45
B. Exoneración	208	46
6. Planes de reorganización	209-243	46
7. Examen de otras cuestiones	244-251	52
A. Reorganizaciones extrajudiciales y reorganizaciones judiciales agilizadas	244-246	52
B. Alcance del régimen de la insolvencia	247-248	55
C. Solicitud y declaración de apertura de un procedimiento	249-251	56

I. Introducción

1. En su 32º período de sesiones (1999), la Comisión tuvo ante sí una propuesta de Australia (A/CN.9/462/Add.1) sobre la posible labor futura en materia de derecho de insolvencia. En esa propuesta se había recomendado que, habida cuenta de su composición universal, su fructífera labor anterior respecto de la insolvencia transfronteriza y sus relaciones de trabajo establecidas con las organizaciones internacionales que tienen conocimientos especializados e interés en el régimen de la insolvencia, la Comisión era un foro apropiado para examinar las cuestiones relativas al régimen de la insolvencia. En la propuesta se instó a que la Comisión examinara la posibilidad de encomendar a un grupo de trabajo la elaboración de leyes modelo sobre la insolvencia de las empresas, a fin de fomentar y alentar la aprobación de regímenes nacionales eficaces al respecto.

2. En la Comisión se reconoció la importancia para todos los países de los regímenes de insolvencia sólidos. Se expresó la opinión de que el tipo de régimen de insolvencia que adoptara un país pasaba a ser un factor “de primera línea” en la calificación crediticia internacional. Sin embargo, se expresó inquietud respecto de las dificultades relacionadas con la labor en el plano internacional respecto de la legislación sobre la insolvencia, que entrañaba opciones sociopolíticas delicadas y quizá divergentes. Habida cuenta de estas dificultades, se expresó el temor de que no se pudiera concluir satisfactoriamente la labor. Se señaló que, con toda probabilidad, no resultaba viable una ley modelo de aceptación universal y que en toda labor había que adoptar un enfoque flexible que permitiera opciones y brindara a los Estados la posibilidad de elección y de adoptar decisiones políticas. Si bien se expresó ante la Comisión apoyo para dicha flexibilidad, se convino en general en que la Comisión no podía adoptar una decisión definitiva sobre si comprometerse a establecer un grupo de trabajo para elaborar legislación modelo u otro texto sin un estudio más a fondo de la labor que ya realizan otras organizaciones ni un examen de las cuestiones pertinentes.

3. Para facilitar este estudio la Comisión decidió convocar un período de sesiones exploratorio de un grupo de trabajo encargado de preparar una propuesta de viabilidad para someterla a su examen en su 33º período de sesiones.

4. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tomó nota de la recomendación que había formulado el Grupo de Trabajo en el informe sobre el período de sesiones exploratorio celebrado en Viena del 6 al 17 de diciembre de 1999 (A/CN.9/469, párr. 140) y asignó al Grupo de Trabajo el mandato de preparar una descripción general de los objetivos fundamentales y los rasgos esenciales de un régimen firme en materia de insolvencia y de las relaciones jurídicas entre deudores y acreedores, incluido el examen de las diversas soluciones posibles para la reestructuración extrajudicial, y de una guía legislativa que contuviera enfoques flexibles para el cumplimiento de estos objetivos y la determinación de estos rasgos, incluido un examen de las opciones posibles y de los beneficios y desventajas previstos de estos enfoques.

5. Se convino en que, para realizar su labor, el Grupo de Trabajo debía tener en cuenta la labor en curso o ya terminada por otras organizaciones, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Asiático de Desarrollo, INSOL International (la Federación Internacional de Profesionales en Materia de Insolvencia) y la Comisión J de la Sección de Derecho Empresarial de la Asociación

Internacional de Abogados. A fin de recabar las opiniones y aprovechar la pericia de estas organizaciones, la Secretaría, en colaboración con INSOL y la Asociación Internacional de Abogados, organizó el Coloquio mundial sobre la insolvencia de la CNUDMI, la INSOL y la Asociación Internacional de Abogados, celebrado en Viena del 4 al 6 de diciembre de 2000.

6. En su 34° período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tomó nota con satisfacción del informe del Coloquio (A/CN.9/495) y encomió la labor realizada hasta ahora, en particular el empeño por coordinarse con el trabajo efectuado por otras organizaciones internacionales en la esfera del régimen de la insolvencia. La Comisión examinó las recomendaciones del Coloquio, en particular con respecto a la forma que podría adoptar la labor futura y la interpretación del mandato asignado al Grupo de Trabajo por la Comisión en su 33° período de sesiones. La Comisión confirmó que el mandato se debía interpretar de manera amplia a fin de asegurar resultados debidamente flexibles, que adoptaran la forma de una guía legislativa. A fin de evitar que ésta fuera demasiado general o abstracta y no diera la orientación adecuada, la Comisión sugirió que el Grupo de Trabajo tuviera en cuenta la necesidad de ser lo más concreto posible al desarrollar su trabajo. Con este fin, se debían incluir en la medida de lo posible disposiciones legislativas modelo, aunque regular únicamente algunas de las cuestiones que se debían incluir en la guía.

7. En el 24° período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia, que se celebró en Nueva York del 23 de julio al 3 de agosto de 2001, se inició el examen de esta labor con el primer proyecto de la guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia. El informe de dicha reunión figura en el documento A/CN.9/504.

8. El Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 25° período de sesiones en Viena del 3 al 14 de diciembre de 2001. Asistieron a este período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Brasil, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Honduras, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Marruecos, México, Singapur, Sudán, Suecia y Tailandia.

9. A este período de sesiones asistieron observadores de los siguientes Estados: Antigua y Barbuda, Argentina, Australia, Belarús, Bulgaria, Croacia, Cuba, Eslovaquia, Filipinas, Indonesia, Iraq, Líbano, Nigeria, Perú, Polonia, Portugal, República de Corea, Sri Lanka, Suiza, Turquía y Yemen.

10. También asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: American Bar Association (ABA), American Bar Foundation (ABF), Banco Asiático de Desarrollo, Center of Legal Competence (CEC), Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF), Banco Central Europeo, Groupe de reflexion sur l'insolvabilité et sa prévention (G.R.I.P.), Asociación Internacional de Abogados, Federación Internacional de Profesionales en Materia de Insolvencia (INSOL), International Insolvency Institute, Fondo Monetario Internacional (FMI), Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).

11. El Grupo de Trabajo eligió las siguientes autoridades:

Presidente: Sr. Wisit WISITSORA-AT (Tailandia)

Relator: Sr. Jorge PINZÓN SÁNCHEZ (Colombia)

12. Obraron en poder del Grupo de Trabajo los siguientes documentos: dos informes del Secretario General (Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, A/CN.9/WG.V/WP.57 y 58) y una nota en la que figuran observaciones de la Commercial Finance Association sobre los procedimientos oficiosos de insolvencia alternativos (A/CN.9/WG.V/WP.59).

13. 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

14. En el presente período de sesiones, el Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia continuó su labor relativa a la elaboración de una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, en virtud de las decisiones adoptadas por la Comisión en sus períodos de sesiones 33º (Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000)¹ y 34º (Viena, 25 de junio a 13 de julio de 2002)² y por el Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 24º período de sesiones. Las decisiones y deliberaciones del Grupo de Trabajo relativas a esa guía legislativa se reflejan en la sección III más adelante.

15. Se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del proyecto de guía basada en esas deliberaciones y decisiones, a fin de presentarla al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 26º período de sesiones (Nueva York, 13 a 17 de mayo de 2002) para volver a examinarla y continuar las deliberaciones.

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

A. Observaciones generales

16. El Grupo de Trabajo inició el análisis del proyecto de guía legislativa examinando de forma general la primera parte y la introducción hasta la segunda

¹ Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 17, A/55/17, párrs. 186 a 192.

² Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 18, A/55/18, párrs. 296 a 308.

parte (A/CN.9/WG.V/WP.57). En relación con la primera parte se opinó en general que había que ampliar la definición del término “tribunal” que se enunciaba en el párrafo 14. Se dijo que era fundamental incluir una sección distinta que tratara del marco institucional que se necesitaba para aplicar de forma eficiente y eficaz un régimen de la insolvencia; independientemente de cuán adecuado fuera un régimen de la insolvencia, si se aplicaba poco o se aplicaba mal, nunca sería efectivo ni eficaz. Se observó que la inclusión de una sección sobre el marco institucional exigiría abordar cuestiones delicadas referidas a la judicatura y, tal vez, a la reforma del sistema judicial.

B. Primera parte. Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

17. Con respecto a los objetivos fundamentales se dijo que éstos podían servir de patrón para evaluar las recomendaciones que se incluirían en la segunda parte y explicar a los lectores del proyecto de guía cómo se habían adoptado las decisiones de política en que se basaban las distintas recomendaciones. No obstante, suscitó preocupación el hecho de que la contradicción manifiesta entre los distintos objetivos, en la forma en que estaban actualmente redactados, impediría su utilización como elementos de referencia. Por ejemplo, se dijo que el primer objetivo, que era ante todo maximizar el valor de los bienes, podía estar reñido con el segundo objetivo, en el que se procuraba hallar el punto de equilibrio entre la liquidación y la reorganización; el segundo objetivo era más que nada un medio de concretar el primero y no un objetivo más de un régimen de la insolvencia. A fin de solucionar esas contradicciones, se propuso que se ordenaran jerárquicamente los objetivos y que se examinaran formas de equilibrarlos.

C. Segunda parte. Disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia

1. Introducción a los procedimientos de insolvencia

18. En relación con los procesos descritos en la introducción de la segunda parte del proyecto de guía (A/CN.9/WG.V/WP.58), se suscribió en general la idea de que ésta tratara de los procesos informales (o extrajudiciales) y los denominados “híbridos” (aunque se expresaron reservas acerca de si éste era el término adecuado para referirse a vías que se iniciaban como procesos extrajudiciales y que en determinado momento pasaban a ser judiciales). Independientemente de cómo se denominaran, se señaló que esos últimos procesos se iniciaban mediante mecanismos totalmente informales y que, si bien tal vez no se llegara al grado de acuerdo necesario para que el plan propuesto prosperara, podía lograrse, con todo, un nivel considerable de apoyo de los acreedores. A esta altura del proceso, por lo general convenía aprovechar lo que se había logrado mediante la negociación informal y utilizarlo por la vía judicial a fin de redactar un plan vinculante. Se sugirió que el régimen de la insolvencia previera un mecanismo de salvaguardia para cuando el proceso extrajudicial pasara a ser judicial. Se observó que esos procesos habían ido concibiéndose especialmente para resolver problemas relacionados con la estructura de capital, y no con las deudas comerciales (por considerarse que éstas podían resolverse en el marco de la relación comercial), y

que por ende servían en un número limitado de situaciones, aunque no se limitaban a las deudas de carácter internacional. Se dijo que, cuando un caso determinado de insolvencia entrañara cuantías importantes de deuda no garantizada, no convenía recurrir a este tipo de procesos, puesto que la deuda no garantizada podía ser demasiado importante para un grupo limitado de acreedores garantizados.

19. Se dijo que el momento en que había que darle carácter judicial formal al proceso informal dependía de las circunstancias de cada caso en particular. Por ejemplo, podía ser necesario formalizar el proceso al principio si se exigía declarar una moratoria, si se necesitaba nuevo capital o si había que proteger a la dirección de la empresa de posibles obligaciones derivadas de actividades comerciales indebidas. Por el contrario, si convenía recurrir a un proceso judicial para doblegar a los acreedores que se resistían a aceptar el plan propuesto, la formalización podría tener que producirse más adelante. Se respondió a ese argumento que, si el proceso se formalizaba al principio, el problema de resistencia de los acreedores tal vez no se planteara siquiera.

20. Se señaló que cada vez había más partidarios de recurrir a los procesos extrajudiciales informales, aunque se volvían más complejos y difíciles de llevar a buen término por la creciente diversidad de los grupos de prestamistas. Se observó que, como no solían tener lugar bajo el amparo de la ley y carecían de fuerza vinculante, no entraban en el ámbito legislativo de un régimen de la insolvencia. Se argumentó como respuesta que, con todo, esos procesos eran importantes por haber sido creados para resolver ciertos tipos de situaciones en que se hallaban los deudores y para sortear determinadas desventajas (inflexibilidad, lentitud y costo) de los procedimientos judiciales formales de insolvencia. Además, como los procesos extrajudiciales informales formaban parte del denominado proceso “híbrido”, toda información detallada sobre ellos serviría de introducción a los procesos “híbridos”, que constaban de elementos formales e informales, y podría ayudar a determinar la forma de integrar los procesos informales en los procedimientos formales. En otro orden de ideas, se señaló que el proyecto de guía no trataba de los aspectos internacionales del proceso informal.

21. Se dijo que se justificaba tratar a fondo los dos tipos de procesos, tal vez en dos capítulos distintos del proyecto de guía. Se sugirió que tal vez sería útil examinar en esos capítulos los tipos de deudores y de deudas a los que serían aplicables esos procesos, cómo se iniciarían los procesos, cómo se supervisarían, qué tipo de medidas sería necesario otorgar y cómo podría concluirse el proceso, particularmente en lo relativo a los procedimientos de votación y al tratamiento de los acreedores minoritarios que se opusieran al plan propuesto (por ejemplo, su derecho a ser escuchados, la validez del trato preferente de ciertos acreedores y cuestiones de fraude). Se sugirió que en el proyecto de guía se aclarasen las diversas opciones que tendría el deudor entre procesos informales de negociación y procedimientos judiciales formales.

22. Otra opinión fue que podía incluirse el procedimiento judicial “híbrido” o expedito en las partes del proyecto de guía que versaban sobre la reorganización formal; figuraría como otra opción, basada en las mismas normas y exigencias de aprobación que un plan de reorganización trazado con carácter formal. Se señaló que esta opción podría agilizar los trámites y fomentar las negociaciones informales. Se señaló que distintas organizaciones estaban investigando la forma de elaborar ese

tipo de procesos y que el Grupo de Trabajo podría aprovechar los resultados de esa labor.

23. Con respecto a los procesos administrativos, se subrayó que, habida cuenta de que se habían elaborado para subsanar crisis financieras sistémicas y de que no formaban parte de los regímenes corrientes de insolvencia, no deberían regularse más minuciosamente que en el párrafo 45 ni concedérseles mayor importancia que en dicho párrafo. Se sugirió incorporar al proyecto de guía una nota a efectos de advertir que no se propugnaban esos procesos administrativos para dirimir todo tipo de controversias. Se observó al respecto que estos procesos planteaban con frecuencia problemas de transparencia, en particular cuando se trataba de la compra de préstamos incobrables, y exigían la formulación de normas generales que regularan adecuadamente su funcionamiento.

24. Con respecto a la relación entre los procedimientos de liquidación y de reorganización, se sugirió que el proyecto de guía fijara los límites necesarios para evitar que se abusara del procedimiento, por ejemplo, que un deudor o acreedor entablara procedimientos sucesivos o, cuando el umbral de liquidación fuera demasiado bajo, que un acreedor entablara un procedimiento contra un deudor con el fin de hacerse con el control de la empresa deudora o de sus bienes. Se sugirió también que en el párrafo 54 se trataran situaciones como la de si una empresa en liquidación podía venderse como negocio en marcha o la de una reorganización que entrañara la venta de los bienes del deudor o la transferencia de la empresa a otra entidad.

2. Solicitud de un procedimiento de insolvencia y apertura de ese procedimiento

A. Alcance del régimen de la insolvencia

25. El Grupo de Trabajo intercambió opiniones acerca de a qué deudores se aplicaría el régimen de la insolvencia.

26. Se sugirió que el proyecto de guía se ocupara de la insolvencia de las organizaciones de beneficencia y entidades similares. Se respondió a esta sugerencia que la inclusión propuesta no correspondería al mandato del Grupo de Trabajo, que se limitaba a entidades que desarrollaban actividades mercantiles. Se convino, por lo tanto, en que el proyecto de guía se centrara en la insolvencia comercial únicamente, sin perjuicio de que se mencionara que el derecho interno podía hacer extensivo el régimen de la insolvencia a deudores que no fueran entidades mercantiles.

27. Se expresaron distintas opiniones con respecto a si el régimen de la insolvencia sería o no aplicable a las personas físicas. Se dijo que, en principio, el proyecto de guía no debía distinguir entre los deudores que fueran personas físicas y los que fueran sociedades mercantiles, con tal de que los países pudieran introducir disposiciones que se aplicaran específica y únicamente a los deudores que fueran personas físicas. El proyecto de guía debía centrarse en la gestión del comercio y de los negocios, independientemente de la estructura de la entidad que gestionara dichas actividades. Se propuso que se fijara un umbral de deuda para las pequeñas

empresas a fin de evitar que proliferasen las solicitudes de apertura de procedimientos de insolvencia de poca monta.

28. Otra opinión fue la de que el régimen de la insolvencia tuviera únicamente en cuenta a los deudores que fueran sociedades mercantiles, dada la poca importancia que revestía para la economía en general la insolvencia de una persona física o de empresas personales. Una opinión similar se fundamentó en el hecho de que el tratamiento de la insolvencia de una persona física suscitaba varias cuestiones de política general y de política social (incluida la liberación eventual de ciertas deudas), que probablemente se encararan de forma distinta en los diversos ordenamientos jurídicos. Además, el tratamiento de la insolvencia de una persona física podría resultar particularmente difícil cuando estaba en juego la reorganización.

29. Tras deliberar al respecto, predominó la opinión de que debía evitarse distinguir entre los deudores que fueran personas físicas y los que fueran sociedades mercantiles. Se recordó al Grupo de Trabajo que toda decisión al respecto debería quedar fielmente reflejada en las definiciones que figuraban en la introducción al proyecto de guía.

30. Se señaló que los párrafos 5 a 7 de la sección del resumen y recomendaciones se referían a cuestiones de jurisdicción y competencia internacional, que en sí mismas quedaban fuera del ámbito de análisis encaminado a determinar los deudores a los que sería aplicable el régimen de la insolvencia. Se observó además que sería inapropiado que una guía legislativa impusiera restricciones o límites a los Estados nacionales en cuanto a los criterios que seguirían para determinar su competencia internacional en asuntos de insolvencia.

31. Hubo opiniones favorables a que se trataran en el proyecto de guía las cuestiones vinculadas a la fusión de empresas deudoras y a la consolidación de múltiples deudores y de las respectivas deudas, así como los principios que debían orientar la forma de abordarlas, con miras a que se llevara a cabo de forma equitativa todo procedimiento de insolvencia relativo a deudores que formaran un solo conglomerado o actuaran como tal.

B. Criterios para la solicitud de un procedimiento de insolvencia y la apertura de ese procedimiento

32. Se sugirió que la referencia del párrafo 17 del Comentario a la “presentación del balance” como un criterio distinto del de la suspensión general de pagos para la apertura de un procedimiento de insolvencia podría inducir a error. Se señaló al respecto que debía distinguirse claramente entre un criterio basado en el “valor contable” de los bienes y otro basado en su “valor de mercado”. Se subrayó que este último era un índice más fidedigno del valor de una empresa, puesto que el primero podía dar una visión inexacta de su situación como consecuencia de la diversidad de las prácticas contables aplicadas.

33. Se examinó la cuestión de la solicitud de apertura de un procedimiento de liquidación. Se señaló que, en el supuesto de una solicitud presentada por un acreedor, no bastaría con que el deudor hubiera denegado un solo pago para habilitar al acreedor a presentar su solicitud (véanse los párrafos 20 a 22 del comentario). Con respecto a si se debía permitir presentar una solicitud de apertura

del procedimiento a un acreedor que tuviera créditos no vencidos, se expresó la inquietud de que el acreedor abusara de esa facultad, por ejemplo, amenazando con entablar un procedimiento de insolvencia con miras a presionar al deudor para que accediera a negociar pagos preferenciales (véase el párrafo 20). Se observó al respecto que en el párrafo 23 estaba previsto que un acreedor con créditos no vencidos presentara una solicitud de apertura de un procedimiento en supuestos excepcionales, que podrían incluir la prevención de actos abusivos, por ejemplo, fraudulentos por parte del deudor. Se observó además que las autoridades públicas no deberían recurrir a un procedimiento de insolvencia cuando dispusieran de otros medios jurídicos para contrarrestar actos ilegales o actos que pudieran estar reñidos con sus principios de orden público.

34. De manera análoga, se señaló la necesidad de cierta flexibilidad en la sección dedicada al resumen y las recomendaciones. Se indicó que si bien era posible aplicar unos mismos criterios a las solicitudes de liquidación y de reorganización, convendría que los criterios aplicables a la reorganización fueran más laxos, en consonancia con el principio que subyace al proyecto de guía de alentar la apertura temprana y de buena fe de la reorganización antes de que el deudor se vea sobrecargado por su endeudamiento (véase el resumen y las recomendaciones, párrs. 2 y 3). En consonancia con este enfoque, se señaló también que era preferible adoptar un criterio flexible respecto del momento en que el tribunal debía adoptar una decisión sobre una solicitud involuntaria, y que indicar un número determinado de días para la decisión judicial podría plantear cuestiones constitucionales en alguno ordenamientos (véase el resumen y las recomendaciones, párr. 7).

35. Se sugirió incluir un nuevo apartado en el párrafo 1 del resumen y las recomendaciones, en el que se señalara que uno de los objetivos de las disposiciones sobre el régimen de la insolvencia relativas a los criterios para la solicitud y apertura era asegurar la aprobación de criterios transparentes y fiables.

Costas

36. Se expresó apoyo general para la idea de que la cuestión de las costas fuera tratada en el proyecto de guía, con miras a salvaguardar el objetivo de que este procedimiento resulte globalmente económico. Más concretamente, se señaló que era importante evitar una situación en que el procedimiento se viera afectado por costas que disuadieran a los acreedores y con ello malograrán sus objetivos.

37. Se señaló que resultaba conveniente suministrar una aclaración respecto de la determinación de los gastos abarcados por el concepto de “costas”. Se sugirió al respecto, que los derechos abonables por concepto de presentación de una solicitud se regularan por separado de los correspondientes a la remuneración de los profesionales que se ocuparan de la administración de la masa, y de otros gastos relativos al procedimiento, y que se definieran los criterios para establecer su prelación respectiva en el procedimiento.

3. Consecuencias de la apertura del procedimiento de insolvencia

A. La masa de la insolvencia

38. Se expresó apoyo general por la noción de que la masa de la insolvencia incluyera todos los bienes que fueran propiedad del deudor o sobre los que éste tuviera derechos, incluidos los bienes a los que tuvieran algún derecho los acreedores garantizados, en la fecha de apertura del procedimiento, como se refleja en el párrafo 43. Sin embargo, se sugirió que en el proyecto de guía se señalara con claridad que la existencia de este derecho de propiedad se debía evaluar conforme al régimen de la propiedad aplicable y no a tenor del régimen de la insolvencia. En contra de esta sugerencia se argumentó que no era conveniente efectuar esa evaluación guiándose por el régimen de la propiedad aplicable, ya que de este modo tal vez no se lograra establecer un régimen de la insolvencia eficaz.

39. Respecto de los bienes adquiridos después de la fecha de apertura se expresó la preocupación de que el texto del párrafo 42 resultara demasiado restrictivo, al limitar dichos bienes a los adquiridos “en el ejercicio de sus poderes para anular ciertos actos o en el curso normal de la explotación del negocio del deudor”. Conforme a ello, se sugirió reformular el párrafo para aclarar que todo bien adquirido por el deudor quedaría considerado parte de la masa de la insolvencia, con independencia de la forma en que se adquiriera.

40. Se expresó apoyo a la propuesta de abordar el régimen de ciertos contratos especiales, como la cesión para fines de garantía, la constitución de sociedades fiduciarias y otros actos de disposición fiduciaria de bienes y las mercancías o géneros consignados. A modo de observación general, se sugirió que se regulara el vínculo estrecho existente entre la cuestión de la ampliación de la masa de la insolvencia, por una parte, y el tratamiento de ciertos tipos de créditos, por otra, en particular en relación con el alcance de la paralización que se impondría a las acciones entabladas por un solo acreedor.

41. Se consideró equívoca la referencia a los bienes que fueran “fáciles de encontrar en los estados financieros del deudor” que figura en el párrafo 43, porque estos bienes no se encontraban con frecuencia en los estados financieros, por lo que se sugirió suprimirla.

42. Con respecto a la reorganización, el Grupo de Trabajo convino en que en el proyecto de guía se debía indicar con claridad la necesidad de incluir en la masa todos los bienes que fueran indispensables para que la reorganización resultara satisfactoria. Al respecto, se sugirió también que se estableciera un nexo explícito entre el volumen o la importancia de la masa y la finalidad del procedimiento (es decir, la de reorganizar la empresa en vez de liquidarla). Otra sugerencia fue que en el proyecto de guía se distinguiera entre la propiedad y otros derechos (incluidas las garantías reales) sobre los bienes, que no se verían afectados por la apertura, y el ejercicio de aquellos derechos, que podría limitarse para poder llevar a cabo el procedimiento de reorganización.

43. Con respecto al párrafo 52, se observó que la facultad para vender los bienes debería tratarse por separado de la cuestión de los métodos o procedimientos a seguir para efectuar dicha venta.

B. Protección de la masa de la insolvencia

44. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de la paralización de las actuaciones y su aplicación. Se señaló la importancia de la paralización para mantener el *status quo* y dar tiempo para que se tome lo antes posible una decisión sobre la reorganización o la liquidación. Se expresó la opinión de que en el proyecto de guía se debería hacer hincapié en la importancia de una infraestructura judicial adecuada a fin de facilitar la paralización.

45. Como observación general, se señaló que los párrafos 62 y 63 del Comentario abordaban los tipos de actuaciones a los que se aplicaba la paralización mientras que la sección correspondiente al resumen y recomendaciones se centraba en las partes a las que se aplicaría. Se sugirió que el sumario y las recomendaciones abordaran ambas cuestiones.

Párrafo 1) - Cláusula sobre la finalidad

46. Se formuló una serie de sugerencias respecto de la redacción de la cláusula relativa al objeto. Se sugirió que se aclarara el significado de la frase “las diversas partes interesadas” que figuraba en el apartado a). También se sugirió que el significado de la frase “actuaciones que se verán afectadas por” del apartado b) era dudoso y que se suprimiera con objeto de ampliar la aplicación del texto. Asimismo, se sugirió que se fusionaran los apartados b) y c) y que los motivos para el levantamiento de la paralización se enunciaran en el apartado d).

Variantes 1 y 2 - paralización discrecional y paralización automática

47. En el proyecto de resumen y recomendaciones se enunciaron dos variantes; la variante 1, que prevé la paralización discrecional, y la variante 2, que prevé la paralización automática. Se sugirió que se suprimiera la variante 1 y que se recomendara la paralización automática. A ese respecto, se observó que la paralización discrecional por un tribunal que se examina en la variante 1 podía resultar larga y compleja, y daba pie a que se desmembraran los activos del deudor durante el tiempo en que el tribunal estuviera considerando la paralización, mientras que la paralización automática potenciaba la certidumbre y era más predecible. Se subrayó la importancia de la paralización automática en el caso de insolvencias en que se entablaran demandas globales de carácter extracontractual.

48. Se señaló que, si bien la paralización sería automática al declararse abiertas las actuaciones de insolvencia, no entorpecería la discreción del tribunal de decidir si las actuaciones deberían efectivamente abrirse. Además, se sugirió que sólo se adoptaran a discreción del tribunal medidas cautelares (que podrían incluir la paralización) que se pudieran aplicar entre el momento de la solicitud de apertura y la propia apertura. A ese respecto, se sugirió que se adoptara la estructura de los artículos 19 a 21 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Con arreglo a ese enfoque, la paralización se podría aplicar con carácter provisional entre la solicitud y la apertura; se aplicaría automáticamente en el momento de la apertura de actuaciones concretas, con la posibilidad de que el tribunal, a su arbitrio, ordenase otras medidas. Esa propuesta recibió apoyo.

49. Aunque la paralización sería aplicable por lo general por remisión a la apertura de las actuaciones, se propuso que el texto del proyecto de guía fuera más específico. Se señaló que en algunos ordenamientos la paralización surtía efecto en

el momento en que el tribunal adoptara su decisión de declarar la apertura de las actuaciones, en otras cuando se hacía pública la decisión sobre la apertura, y en otras la paralización surtía efecto retroactivamente desde la primera hora del día de la orden. Se señaló que las normas acerca del momento en que se aplicaba la paralización serían importantes para la protección de la masa de la insolvencia y en lo referente a la aplicación de la paralización a los pagos y la necesidad de minimizar el riesgo sistémico.

Párrafo 3) - Medidas cautelares

50. El Grupo de Trabajo convino en que debería existir la posibilidad de adoptar medidas cautelares durante el período entre la solicitud de apertura de actuaciones y la propia apertura y se sugirió que el proyecto de guía tal vez podría abordar más a fondo los motivos por los que podrían resultar necesarias tales medidas cautelares discrecionales. Por lo que se refiere al ámbito de las medidas cautelares disponibles, se formuló la sugerencia de que se limitaran a acciones ejecutorias.

Alcance de la paralización

51. Por lo que se refiere al alcance de la paralización, se expresaron varias sugerencias acerca de lo que podría cubrir y a quién debería aplicarse. Se observó que las recomendaciones, en la forma en que estaban redactadas, prevenían que la paralización se impondría a los acreedores, tanto si gozan del respaldo de una garantía como si no, pero no se aplicaría a terceros. Se observó que tal vez fuera necesario tener en cuenta las actuaciones contra la masa por partes, como demandantes por lesiones personales, que no eran acreedores, así como consejeros (en particular cuando habían brindado garantías respecto del endeudamiento del deudor), en el caso de la reorganización, gerentes (al menos hasta que se aprobara el plan de reorganización). Se observó que ese enfoque exigiría que se estableciera una distinción entre la aplicación de la paralización en la liquidación y la reorganización. Respecto de los tipos de acciones que deberían tratarse, se sugirió que la redacción del artículo 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza tal vez fuera un enfoque apropiado.

Párrafos 5) y 6) - duración de la paralización para los acreedores con respaldo de garantía y levantamiento de la paralización en la liquidación

52. Se expresó la opinión de que el párrafo 5) debería prever como regla de derecho supletorio la aplicación de la paralización a los acreedores que gocen del respaldo de una garantía durante un breve período, transcurrido el cual podrían tratar de ejecutar su garantía a menos que el representante de la insolvencia pida al tribunal que prorrogue la paralización. Esta idea recibió cierto apoyo. Otra opinión expresada fue que tal vez se podría establecer una distinción entre la liquidación y la reorganización, aplicándose la paralización durante un breve período únicamente en el caso de la liquidación. Se observó que, a menudo, los acreedores con respaldo de garantía estaban excesivamente garantizados, y aunque tratarían por lo general de aprovechar todas las oportunidades para ejecutar su garantía y salir de la situación de insolvencia, no había motivo para que la paralización no siguiera surtiendo efecto para ellos mientras durasen las actuaciones. Vista la carga administrativa que supone para el representante de la insolvencia, se sugirió que una regla de derecho supletorio que exigiese al representante de la insolvencia tomar medidas para prorrogar la paralización podría constituir una carga complementaria innecesaria y fomentar el litigio. Se observó que el párrafo 5), en su enunciado actual, tenía la ventaja de la flexibilidad pues dejaba al arbitrio del tribunal la decisión de

proporcionar un remedio si hubiera perjuicio para el acreedor o los acreedores respaldados por garantías.

53. Se examinó la exención de la paralización para los acreedores con respaldo de una garantía que figura en el párrafo 6). Para empezar, se señaló que disponer de una excepción para los acreedores respaldados por garantía entrañaba el riesgo de facilitar el desmembramiento de la masa de la insolvencia, frustrando así la meta de los procedimientos de insolvencia y la paralización, que estaba concebida para garantizar la protección de la masa. Así pues, se sugirió que permitir que un acreedor respaldado por garantía materialice su garantía podría constituir una preferencia que no se podía justificar. También se indicó que, dado que ciertos ordenamientos otorgaban el mismo nivel de prioridad a las reclamaciones relacionadas con el empleo que a los acreedores respaldados por garantía, también podría otorgar el levantamiento de la paralización a esas demandas de empleados. A ese respecto, se señaló que algunos ordenamientos concedían a determinadas clases de demandas una “superprioridad” durante un período especificado, incluidas las demandas de salarios impagados, y que en otros, los contratos de empleo eran objeto de un tratamiento especial en el marco de la legislación laboral. Se expresó la opinión de que no debería permitirse que la excepción del párrafo 6) derivara en la concesión de cierta prioridad suplementaria a los acreedores respaldados por garantías a expensas de los demás acreedores. Si se concediera el levantamiento de la paralización, el proyecto de guía debería enunciar con claridad los motivos aplicables, ya fuera la falta de protección suficiente, la reducción del valor de la garantía u otro motivo.

54. Se señaló que la protección que el párrafo 6) concedía potencialmente a los acreedores respaldados por garantías resultaba aceptable en líneas generales. Se señaló que, en su redacción actual, había que satisfacer cada uno de los criterios enumerados en el párrafo 6) para poder conseguir el levantamiento para el acreedor respaldado por una garantía. En comparación, las disposiciones del párrafo 10) se cumplían aparentemente si se satisfacía un solo elemento. Se sugirió que, habida cuenta del debate en el Grupo de Trabajo, esos dos párrafos seguían siendo necesarios y tal vez se precisara un examen más a fondo de su redacción.

Párrafo 9) - Aplicación de la paralización en una reorganización

55. Se observó que el párrafo 9) abordaba el principio de la igualdad de los acreedores con o sin el respaldo de una garantía. Se expresó la opinión de que, como los acreedores con respaldo de una garantía podían solicitar el levantamiento de la paralización después de transcurrido cierto tiempo, mientras que los acreedores sin garantía no disponían de esa opción, tal vez fuera preciso revisar el párrafo 9) para reflejar la posición real de las partes.

Párrafo 10) - Levantamiento de la paralización para los acreedores sin garantía

56. Se sugirió que para que la reorganización fuera un medio decisivo de reconciliar todas las reclamaciones, incluidas las de los acreedores respaldados por una garantía, la paralización contra los acreedores respaldados por una garantía debería aplicarse hasta la aprobación del plan como medio de equilibrar los intereses de los acreedores respaldados por garantías y los intereses colectivos. Permitir a los acreedores respaldados por una garantía que levantaran la paralización con anterioridad a ese momento podría poner en peligro la reorganización y derivar en perjuicios para otros acreedores. Hubo acuerdo general en que el levantamiento de la paralización para los acreedores respaldados por garantías estaba justificado

cuando no existieran posibilidades realistas de reorganización y los procedimientos pudieran convertirse en liquidación. Se planteó la cuestión acerca de qué ocurría con la paralización cuando el procedimiento pasaba a ser de liquidación. Se señaló que si las normas relativas a la solicitud eran las mismas para ambos tipos de procedimientos, no se planteaba ninguna cuestión, pero si eran diferentes, el régimen de insolvencia tendría que abordar la cuestión de qué normas eran aplicables.

57. Se observó que, mientras que el párrafo 5) proponía la paralización durante un período limitado, esta consideración no quedaba recogida en la redacción del párrafo 10), que no establecía un límite de la duración de la paralización. Se señaló la cuestión conexa del posible abuso por parte de deudores que presentaran demandas repetidas de reorganización (en circunstancias en que no hubiera perspectivas de que se aprobase un plan de reorganización) para mantener a raya a los acreedores respaldados por garantías y se sugirió que se incluyeran cláusulas de salvaguardia. También se expresó la opinión de que quizá pudiera abordarse mejor la cuestión de las prácticas abusivas en la parte del proyecto de guía dedicada a los planes de reorganización. También se señaló que el párrafo 10) no abordaba la cuestión de la “protección suficiente” del acreedor respaldado por una garantía, aunque se planteaba en el párrafo 11). Se sugirió que tal vez fuera preciso ampliar el concepto de “protección suficiente” para que se refiriera, entre otras cosas, a la posibilidad de que, además de determinar el valor de los bienes garantizados a una fecha determinada, el acreedor respaldado por una garantía pudiera obtener prendas sustitutivas u otros tipos de protección.

C. Régimen aplicable a los contratos

58. En el Grupo de Trabajo se expusieron diversos criterios sobre la forma en que debían regularse los contratos cuando una de las partes no hubiera cumplido plenamente el contrato antes de iniciarse el procedimiento de insolvencia.

59. En cuanto a la estructura general del capítulo y a las recomendaciones pertinentes, se sugirió que se trataran por separado las cuestiones del mantenimiento en vigor y la resolución, por un lado, y la de la cesión, por otro. Se expresaron dudas sobre lo que abarcaba la palabra “contratos” y se sugirió que en el proyecto de guía se diera alguna explicación al respecto. También se puso en tela de juicio la palabra “contratos” por estimarse que tal vez resultaría inapropiada, y se sugirió que se sustituyera por las palabras “obligaciones que se fueran a mantener o que se dieran por resueltas”.

60. Se apoyó la idea de que en las recomendaciones se mencionaran los criterios conforme a los cuales el representante de la insolvencia debiera decidir si mantenía vigente un contrato o lo declaraba resuelto, en el entendimiento de que el ejercicio de tales facultades era excepcional y de que debían ejercerse siempre con la finalidad de maximizar los bienes del patrimonio en beneficio de los acreedores. Frente a este argumento se observó que tal vez podría crear incertidumbre el hecho de que esos criterios figuraran en el texto de las recomendaciones legislativas propiamente dichas y que sería, pues, más apropiado que se enunciaran en la sección de comentarios del proyecto de guía.

Párrafo 1) - Cláusula de finalidad

61. Se estimó que el verbo “interfere” (en español, “intervenir”), en el párrafo 1 a), para describir la facultad del representante de la insolvencia para resolver o mantener vigentes los contratos podía resultar inapropiada, pues podría dar a entender que esa persona podía modificar el contenido de los contratos. En consecuencia, se sugirió que el párrafo se refiriera simplemente a “la facultad de resolución o de mantenimiento de contratos” o que se redactara sin mencionar la parte que pudiera tener la posibilidad de ejercer esas facultades.

62. Otro de los problemas suscitados era la limitación de la facultad del representante de la insolvencia para resolver o mantener vigentes los contratos. Se señaló que tal limitación podría resultar muy restrictiva en los ordenamientos jurídicos en que no se nombraba un representante de la insolvencia y el deudor seguía en posesión del patrimonio de la insolvencia. La idea de abordar esa situación en el Comentario del proyecto de guía recibió cierto apoyo. En cambio, se criticó la sugerencia de que se ampliara la definición de “representante de la insolvencia”, que figuraba en el glosario, para que abarcara también al deudor en posesión del patrimonio, pues se consideró que en las definiciones generales no convenía mencionar mecanismos que existían únicamente en algunos ordenamientos jurídicos y que en todo el texto del proyecto de guía se presentaba la figura del representante de la insolvencia como persona cualificada con las competencias pertinentes.

63. Tras un debate, el Grupo de Trabajo reafirmó la opinión general de que el proyecto de guía debía prever un procedimiento de insolvencia llevado a cabo por una entidad que fuera nombrada por un tribunal o que actuara bajo supervisión judicial.

Párrafos 2) y 3) - Resolución de contratos

64. Con respecto al párrafo 2) del resumen y a las recomendaciones formuladas para la resolución de contratos, se señaló que en la práctica no solían adoptarse decisiones sobre los contratos pendientes por la simple razón de que no podían cumplirse, y que si el procedimiento exigiera que se adoptara una decisión explícita para cada contrato, resultaría excesivamente costoso y engorroso. Se sugirió que esta cuestión se hiciera constar en el proyecto de guía como premisa del presente capítulo.

65. Según otra opinión, debería fijarse un plazo concreto durante el cual el representante de la insolvencia hubiera de decidir si mantenía vigente o daba por resuelto un contrato, para que así el texto ofreciera una mayor certeza. Este plazo debería ser razonablemente breve (se propuso que oscilara entre 45 y 60 días) y vincularse a una disposición supletoria en virtud de la cual se diera por resuelto todo contrato respecto del cual, transcurrido ese plazo, no se hubiera adoptado ninguna decisión.

66. Si bien esta propuesta recibió un amplio apoyo, se señaló que la resolución automática en virtud de una disposición supletoria únicamente debería ser aplicable a los contratos que, no sólo siguieran incumplidos al iniciarse el procedimiento, sino también a aquéllos de los que tuviera conocimiento el representante de la insolvencia. No sería aceptable que se diera automáticamente por resuelto un contrato del que el representante de la insolvencia no tuviera conocimiento y sobre

el cual, por consiguiente, no hubiera podido adoptar una decisión. Además, el hecho de no haber adoptado en el plazo prescrito la decisión de resolver o mantener un contrato podía plantear problemas de costos y de responsabilidad profesional si se determinaba que la resolución o el mantenimiento en vigor del contrato perjudicaban los intereses del patrimonio de la insolvencia.

67. Según otra opinión, habría que regular de modo diferente la resolución automática según si se tratara de un procedimiento de liquidación o de reorganización. Si bien, en principio, la resolución automática sería aceptable en un procedimiento de liquidación, toda reorganización requería una mayor flexibilidad para evitar que el incumplimiento de un plazo privara al patrimonio de un contrato tal vez crucial para el procedimiento. No obstante, se objetó que si se permitía al representante de la insolvencia solicitar una prórroga del plazo para los contratos que pudieran resultar útiles para el patrimonio, podría agravarse la carga administrativa que ya sobrellevaba el representante de la insolvencia y se iría en contra de la necesidad de flexibilidad.

Párrafo 4) - Efecto de la resolución

68. Se sugirió además que la cuestión del control de las decisiones del representante de la insolvencia se regulara en una disposición amplia referente a las consecuencias de tales decisiones, incluidos los daños y perjuicios como en lo ya enunciado en el párrafo 4). A este respecto, prevaleció la opinión de que los eventuales daños y perjuicios derivados de la resolución de contratos deberían regirse por las normativas generales sobre daños y perjuicios, al igual que la determinación del importe a pagar, sin perjuicio de que las cláusulas de indemnización estuvieran sujetas al control del tribunal. No recibió apoyo la propuesta de considerar estos daños y perjuicios deudas prioritarias del patrimonio de la insolvencia, debido a que muchas demandas en procedimientos de insolvencia se derivaban de contratos incumplidos y el hecho de que se diera prioridad a esas demandas equivaldría a darles una ventaja excesiva, lo cual no sería permisible por razones de orden público. También se señaló que en algunos casos podía justificarse la limitación de las demandas derivadas de la resolución, por ejemplo, en contratos de arrendamiento a largo plazo en que el período de alquiler por pagar pudiera acarrear demandas de gran cuantía y, en cualquier caso, el arrendatario tuviera oportunidad de atenuar sus posibles pérdidas. Podría darse una situación similar en contratos laborales que, como ocurre con frecuencia, dieran a los empleados la oportunidad de obtener otro empleo.

Párrafos 5) y 6) - Mantenimiento en vigor de los contratos

69. Se apoyó en general la idea de que las compensaciones fueran aplicables también a contratos no financieros. Como observación general, se indicó que las repercusiones que tenían los contratos financieros para todo el sistema de pagos requerían que la decisión de mantenerlos en vigor o de resolverlos no estuviera en manos del representante de la insolvencia y que habría que mencionar en el proyecto de guía las razones que justificaban tal exclusión. Se sugirió además que también se especificara que los arreglos crediticios merecían también una reglamentación especial.

70. Se expresó el temor de que en el régimen de la insolvencia se regularan los contratos laborales de modo distinto que los demás contratos, si bien se señaló que podían estar sujetos a otras leyes que, por ejemplo, les dieran una gran prioridad en

caso de demandas. También se argumentó que no procedía abordar en el proyecto de guía la cuestión de si los contratos laborales y contratos similares habían o no de estar sujetos, en el contexto de una insolvencia, a un tribunal o a otro órgano administrativo o judicial especializado; convendría más bien dejar esta cuestión en manos de la legislación de cada país. El Grupo de Trabajo reafirmó que la cuestión de la resolución de ciertas clases de contratos con partes débiles, como los contratos laborales, debería dejarse a la discreción de los legisladores nacionales, por lo que el párrafo 5), en vez de decir “debe”, habría de decir “puede”. Se propuso que en el proyecto de guía se sugiriera a los legisladores que estudiaran algún mecanismo para proteger a esas partes mediante sistemas como, por ejemplo, los de seguridad social.

Párrafo 7) - Cláusulas de resolución

71. Se expresaron diversas opiniones sobre el tratamiento de las cláusulas en virtud de las cuales la apertura de un procedimiento de insolvencia constituía un hecho que podía dar lugar a la resolución del contrato. Si bien se reconoció que sería útil mencionar en el proyecto de guía distintos grados de anulabilidad, como se hacía en el texto actual del párrafo 7), se subrayó que correspondía al legislador y no al representante de la insolvencia establecer si esa cláusula era nula y sin valor o ineficaz. En consecuencia, el régimen de la insolvencia podría prever que esos tipos de cláusulas fueran ineficaces frente al representante de la insolvencia o que se consideraran simplemente nulas. En cuanto al enunciado, se sugirió que se enmendaran las palabras iniciales del párrafo 7) para puntualizar que la apertura del procedimiento no era consecuencia de la cláusula en sí sino de la resolución de tal cláusula.

Párrafo 8) - Efecto del mantenimiento en vigor

72. Recibió cierto apoyo el criterio de que el párrafo 8), que se refería al régimen de las demandas derivadas de contratos mantenidos vigentes por el representante de la insolvencia, se interpretara en el sentido de que este tipo de demandas fueran equiparadas a la deuda del patrimonio y tuvieran prelación como gastos de administración del patrimonio. Frente a esta opinión se argumentó que no había ninguna razón que justificara el dar prioridad a esas demandas. Se señaló asimismo que esta cuestión estaba vinculada a la de la financiación posterior a la apertura del procedimiento y que, por lo tanto, debía regularse en ese contexto.

Párrafos 9) y 10) - Cesión

73. Con respecto a la cesión, en el Grupo de Trabajo se apoyó la idea de mantener en el texto la disposición en virtud de la cual el representante de la insolvencia podía ceder el contrato, previa aprobación del tribunal, independientemente de si existía una cláusula de intransferibilidad y de lo acordado por las partes. Se estimó, no obstante, que la cuestión no debía regirse por las normas especiales que previera un régimen de la insolvencia sino por el Derecho general de los contratos. Conforme a este criterio, si las partes en el contrato acordaran cederlo, podía procederse a la cesión; de lo contrario, no podría efectuarse ninguna cesión. Se sugirió que, de adoptarse tal disposición como excepción al Derecho general de los contratos, podría haber que agregar al texto algunas salvedades en virtud de las cuales, en caso de darse, pudiera efectuarse la cesión. También recibió apoyo la idea de que el representante de la insolvencia estuviera facultado para hacer caso omiso de las cláusulas de intransferibilidad cuando el Derecho general de los contratos previera

tales cláusulas. A este respecto se puso de relieve que en el concepto de “cláusulas de intransferibilidad” deberían entrar tanto las cláusulas que restringieran las cesiones como las que las prohibieran.

Párrafo 11) - Ejercicio de las facultades del representante de la insolvencia

74. Se recomendó que se armonizaran las normas enunciadas en los párrafos 9), 10) y 11), en virtud de las cuales el representante de la insolvencia podía decidir la resolución, el mantenimiento en vigor y la cesión de contratos sin aprobación judicial, a reserva del derecho de las partes interesadas a impugnar ante un tribunal las decisiones del representante de la insolvencia; esa armonización debería efectuarse teniendo en cuenta las deliberaciones mantenidas sobre otros párrafos de la sección de resumen y recomendaciones.

D. Acciones de impugnación

75. A raíz de algunas sugerencias sobre la idoneidad de los términos utilizados en el contexto de las acciones de impugnación en los diversos idiomas, el Grupo de Trabajo convino en centrar su labor sobre el régimen sustantivo y dejar las cuestiones de terminología para una etapa ulterior.

76. A título de observación preliminar, se señaló que el proyecto de guía debería aclarar que las acciones de impugnación tenían por finalidad específica la de preservar la integridad de la masa y salvaguardar la equidad del trato otorgado a los acreedores en el marco de la insolvencia, sin tratar de reemplazar o afectar en modo alguno a ningún otro dispositivo de amparo de los derechos de los acreedores disponible en el marco del derecho civil general o del derecho mercantil.

Párrafo 1 - Cláusula de finalidad

77. A este respecto, se expresó la inquietud de que los dos criterios mencionados en el párrafo 1 a) de la sección dedicada al resumen y las recomendaciones, como motivos alternativos para la anulación de un acto, a saber, su índole fraudulenta o que ese acto se haya efectuado en violación del principio de la igualdad del trato que se ha de dar a los acreedores, pueden inducir a error, por lo que convendría suprimir esa mención. Se respondió que la mención que se hace de actos fraudulentos puede servir de ejemplo de lo que constituye un acto en perjuicio de los acreedores, considerados a título colectivo, con tal de que en el Comentario o en la sección de resumen y recomendaciones, o en ambos sitios a la vez, se aclare que toda acción de impugnación que se presente contra un acto fraudulento tiene por finalidad permitir la reconstitución de la masa de la insolvencia.

78. Desde una perspectiva formal, se sugirió que cabría simplificar el texto de la disposición sustituyendo las palabras “los supuestos en los que determinadas operaciones previas a la apertura de un procedimiento de insolvencia” por las palabras “los supuestos en los que las operaciones previas a la apertura de un procedimiento de insolvencia”.

79. Se objetó a la sugerencia de que se suprimiera, en el párrafo 1 c), la mención a la recuperación de sumas en metálico o de bienes que estuvieran en manos de terceros como uno de los objetivos de las acciones de impugnación, que esa disposición podía ser útil al cumplir una función pedagógica.

80. Respecto de la relación entre la variante 1 y la variante 2 se observó que cada una de ellas abordaba cuestiones distintas suscitadas en el marco de las acciones de impugnación por lo que ambas debían ser objeto de debate en el Grupo de Trabajo.

Párrafo 2 - Operaciones impugnables - Variantes 1 y 2

81. Se expresó agrado por la minuciosidad con que la variante 1 abordaba las categorías de actos contemplados, los supuestos que podían dar lugar a su anulación y la duración del plazo de sospecha aplicable a cada uno de ellos. Se sugirió que el párrafo reflejara también los elementos distintivos de las principales categorías de operaciones impugnables (es decir, de las operaciones fraudulentas, sin contravalor adecuado y de índole preferencial), tal como aparecen respectivamente descritas en los párrafos 134, 135 y 136 del Comentario.

82. Se expresaron diversos pareceres en cuanto a la determinación del plazo previo a la apertura durante el cual serían impugnables dichas operaciones (el denominado “plazo de sospecha”). Según uno de los pareceres no sería posible fijar un único plazo que respondiera adecuadamente a los diversos supuestos que podían darse en la práctica, por lo que sería preferible adoptar un criterio flexible. Se observó, en respuesta a esa sugerencia, que el objetivo de la certidumbre jurídica requería que ese plazo fuera fijo. Sin llegar a sugerir cuál había de ser ese plazo, predominó el parecer de que convenía que ese plazo fuera breve y que se debía precisar el momento en el que empezaría a correr.

83. El Grupo de Trabajo convino en que se hiciera una distinción entre la determinación del plazo de sospecha, por una parte, y el plazo de prescripción aplicable al derecho del representante de la insolvencia para presentar una acción de impugnación, por otra.

84. Se expresó notable apoyo a que se abordara expresamente el tema de la anulabilidad de las operaciones en que intervinieran “personas allegadas” y acreedores conceptuales como “iniciados”. Al tiempo que se recomendaba que se aclarara cuáles eran las personas incluidas en una u otra de esas categorías, tal vez añadiendo algún término al glosario y sin perder de vista que podrían ser catalogables como “personas allegadas” no sólo ciertas personas físicas sino también ciertas entidades colectivas o sociales, se sugirió que se tratara de esas operaciones en un párrafo aparte, sin limitarse a incluirlas en una lista, como categoría aparte de actos impugnables. Se dijo que ese tratamiento individualizado estaba justificado por la necesidad de establecer un régimen de impugnación especial para esas operaciones no sólo en su vertiente probatoria sino también en lo relativo a la duración del plazo de sospecha.

Párrafo 3) - Ampliación del plazo de sospecha

85. Se objetó a que se facultara al tribunal para prorrogar el plazo de sospecha como se disponía en el párrafo 3 de la variante 2. Se sugirió que la discrecionalidad que se le daba al tribunal a ese respecto podía dejar en un grado excesivo de incertidumbre a las operaciones comerciales en su conjunto, lo que sería contrario al logro de las importantes metas de la predecibilidad y la certidumbre jurídica.

86. Se expresó cierta inquietud de que la imposición de plazos fijos no resultara una respuesta adecuada al problema de las operaciones en perjuicio de acreedores que las partes hubieran ocultado y que se descubrieran una vez expirado el plazo para la presentación de una acción de impugnación. Se observó, en respuesta a esa

inquietud, que i) conforme al régimen general de la prescripción, el plazo de prescripción de una acción no empezaría a correr mientras el representante de la insolvencia no tuviera conocimiento de que esa acción era ejercitable, y ii) cabría responder a esos supuestos recurriendo a las vías de impugnación previstas y que estuvieran aún disponibles con arreglo al derecho por lo demás aplicable al margen del régimen de la insolvencia, e incluso a medidas de índole penal.

Párrafos 4) y 5) - Cuestiones probatorias

87. El Grupo de Trabajo convino en que el proyecto de guía impartiera asesoramiento respecto del régimen aplicable a las cuestiones probatorias suscitadas por las acciones de impugnación. Se recordó que en muchos ordenamientos se habían establecido presunciones respecto de uno o más de los requisitos que habían de cumplirse para la presentación de las acciones de impugnación, invirtiéndose así la carga de la prueba, traspasando esa carga a la contraparte del deudor en el acto impugnado. Por consiguiente, se recomendó que el proyecto de guía definiera claramente los elementos que habían de probarse y los elementos que podrían ser objeto de una presunción, especificándose en este caso si esa presunción era o no rebatible. Se observó, no obstante, que se habría de obrar con cierta cautela al respecto, ya que el proyecto de guía debería evitar entrar en demasiado detalle, especialmente en asuntos de índole procesal, que convendría dejar al arbitrio del derecho interno. Se reiteró a ese respecto que, a diferencia de una ley modelo la finalidad de una guía legislativa no era la de ser prescriptiva sino la de orientar al legislador mediante una clara descripción de los costos eventualmente impugnables y ofreciéndole diversas soluciones posibles con miras tal vez a recomendar una o más de esas soluciones.

88. Respecto del párrafo 5 b) se señaló que exigir a la otra parte en una operación supuestamente fraudulenta que probara la motivación inocente del deudor equivaldría a privarla prácticamente de la posibilidad de oponerse con éxito a la impugnación, ya que tal vez no le sea posible presentar esas pruebas. Además, se observó que esa solución era incompatible con el criterio adoptado por algunos ordenamientos jurídicos, en los que se presumía la buena fe, por lo que sólo se exigiría normalmente que se presentaran pruebas de la mala fe del deudor.

Párrafo 6) - Caso de no impugnación

89. Se abogó en favor de que el proyecto de guía se ocupe de la cuestión suscitada por el incumplimiento por el representante de la insolvencia de su deber de entablar toda acción de impugnación que sea del caso. Si bien hubo acuerdo en cuanto al principio de que debe permitirse que los acreedores entablen esas acciones, el Grupo de Trabajo recomendó que el proyecto de guía ponga en claro, ya sea en el Comentario o en la sección de resumen y recomendaciones, que ese poder se ha de ejercer únicamente en provecho de la masa de la insolvencia o de los acreedores en su conjunto. Más aún, el proyecto de guía deberá indicar si los acreedores tendrán derecho a recuperar de la masa las costas en que hayan incurrido al entablar la acción de impugnación en provecho de la masa y, en ese caso, indicar cuál será la prelación de ese crédito. A fin de evitar la presentación de acciones desprovistas de todo fundamento, por parte de los acreedores, que puedan redundar en perjuicio de la masa, cabría requerir la aprobación previa del tribunal para la presentación de este tipo de acciones.

90. Se expresó otro parecer algo distinto, al estimarse que el incumplimiento por parte del representante de la insolvencia de su deber de entablar alguna acción de impugnación daría lugar a sanciones administrativas o penales contra el representante de la insolvencia, y posiblemente al nombramiento de otro representante. A ello se respondió que se había de distinguir entre las diversas motivaciones posibles del representante de la insolvencia. Su inactividad por negligencia o mala fe (o, en términos más generales, sin justificación adecuada), debía dar lugar a medidas distintas que las procedentes que serían aplicables en un supuesto en el que el representante de la insolvencia estime que no es probable que la acción de impugnación prospere y que su presentación puede dar lugar a que la masa haya de sufragar costas procesales. Por consiguiente, el proyecto de guía deberá aclarar que será el tribunal quien deberá evaluar la motivación del representante de la insolvencia para no actuar. Se sugirió, además, que el proyecto de guía debería abordar también la cuestión del ejercicio de las acciones de impugnación en el marco de ordenamientos en los que no estuviera prevista la designación de un representante de la insolvencia o de algún otro órgano administrativo.

Párrafo 7) - Operaciones posteriores a la apertura

91. Se expresó apoyo por el parecer de que las operaciones efectuadas tras la apertura del procedimiento, actualmente tratadas en el párrafo 7), no podían ser objeto de una acción de impugnación. Si bien cabe que una operación efectuada tras la apertura del procedimiento sea tenida por inválida o nula, según cual sea el ordenamiento aplicable, las acciones de impugnación constituyen un dispositivo que ha sido concebido para que los actos efectuados con anterioridad a la apertura de un procedimiento, en detrimento del interés colectivo de los acreedores, pero que por lo demás sean actos jurídicamente válidos fuera del contexto de una insolvencia, puedan ser declarados inválidos o nulos. Por consiguiente, las operaciones efectuadas tras la apertura de un procedimiento deberán ser tratadas en alguna otra sección del proyecto de guía y deberán ser tal vez objeto de un tratamiento distinto según que el procedimiento sea de liquidación o de reorganización. Se sugirieron diversas posibilidades al respecto como las de tratar esta cuestión en el marco, ya sea de la administración de la masa o del alcance de las medidas de paralización o de los poderes del representante de la insolvencia.

92. Respecto del contenido, se expresó el parecer de que la disposición debería ser más explícita respecto de los diversos regímenes que cabría aplicar a las operaciones efectuadas, con posterioridad a la apertura. Se juzgó improcedente declarar su anulabilidad en una regla de carácter general, dada la gran diversidad de las soluciones aplicadas por distintos ordenamientos jurídicos, entre las que cabría citar las de que esas operaciones estuvieran sujetas al control y tal vez a la aprobación del tribunal, o la de que se tendrían por válidas pero podrían dar lugar a que se sustituyera al representante de la insolvencia. Por consiguiente, predominó el parecer de que se redactara de nuevo esta disposición a fin de distinguir entre las diversas categorías de actos y el contexto (es decir, de liquidación o de reorganización) en que se efectuaron. Se sugirió, al respecto, que se introdujera un sistema de autorizaciones por el tribunal y se otorgara un trato más favorable a toda operación que se hubiera efectuado en el curso normal del negocio de la empresa deudora.

4. Administración del procedimiento

A. Derechos y obligaciones del deudor³

Observaciones generales

93. Se observó que una sección sobre las obligaciones del deudor era importante para el proyecto de guía, porque el cumplimiento correcto de estas obligaciones (concretamente, la de cooperar con el representante de la insolvencia y las demás autoridades que supervisan el proceso) permitía con frecuencia llevar a término satisfactoriamente los procedimientos, tanto de liquidación como de reorganización.

94. Se sugirió que, a efectos de transparencia y previsibilidad, se especificaran y regularan las obligaciones secundarias derivadas de la obligación del deudor de cooperar. Entre estas obligaciones podrían figurar (en el caso de un deudor determinado o de los administradores y directores de una empresa insolvente) la de no abandonar su lugar de residencia habitual, la de informar sobre su correspondencia con el representante de la insolvencia o el tribunal y otras limitaciones que afecten a su libertad personal. Se observó que estas limitaciones y su imposición a los directores y administradores de las empresas eran determinantes para evitar la perturbación del procedimiento por la práctica común de los deudores de abandonar el establecimiento y de los directores y gerentes de renunciar a su cargo tras la apertura de un procedimiento. Sin embargo, se advirtió que estas obligaciones secundarias debían ser proporcionales a su finalidad básica y al deber general de cooperar.

95. Se expresó apoyo general a la sugerencia de que se complementara la sección indicando los recursos que existirían en caso de que el deudor no cumpliera sus responsabilidades.

Párrafo 1) - Cláusula de finalidad

96. Se sugirió que se diera al párrafo 1 un enunciado del siguiente tenor: “a) asegurar que se suministre al representante de la insolvencia información completa y correcta sobre el deudor, sus bienes y sus negocios financieros; b) especificar qué persona o personas tienen la responsabilidad de suministrar dicha información”.

Párrafo 2) - El derecho a ser oído

97. El Grupo de Trabajo convino en la necesidad de prever amparo para el derecho del deudor a ser oído durante el procedimiento, y en que este derecho se debía distinguir de cualquier otro derecho de participar en el procedimiento. No hubo apoyo para las sugerencias de que el alcance del derecho a ser oído se limitara a las cuestiones que afectaran a los intereses del deudor, de conformidad con el enfoque adoptado en algunos ordenamientos jurídicos, o que se determinara de otro modo sobre la base de si estaba en juego o no la liquidación o reorganización. Se observó que el derecho a ser oído se había establecido en interés del deudor y para su protección, y que guardaba relación con cuestiones fundamentales de los derechos

³ Documento de referencia A/CN.9/WG.V/WP.58 (párrs. 152 a 170 y Resumen y recomendaciones subsiguientes).

constitucionales, que no se veían afectados por el carácter ni el propósito del procedimiento concreto de que se tratara.

98. Se expresó la opinión de que no era necesario señalar la necesidad de impedir que el deudor abusara de su derecho a ser oído, ya que tal abuso estaba prohibido como principio general de derecho. Sin embargo, otra opinión fue que podría resultar útil una mención expresa al respecto, como posible mecanismo de disuasión de toda tentativa del deudor de abusar de este derecho para obstaculizar la realización expedita y eficaz del procedimiento.

99. Se indicó que el derecho del deudor a participar en el proceso decisorio tendría mayor alcance en la reorganización que en la liquidación, y que se debía complementar apropiadamente la referencia a ello que figuraba entre corchetes.

100. Se expresó inquietud respecto de la sugerencia de que se otorgara al deudor el derecho a recibir, del representante de la insolvencia o del tribunal, información sobre cuestiones relativas al procedimiento. Por una parte, se consideró que este derecho supondría una carga excesiva para la administración de la insolvencia. Por otra parte, se observó que nada de lo dispuesto en la legislación debía impedir que el deudor solicitara información al representante de la insolvencia o al tribunal.

Párrafo 3) - Obligaciones del deudor

101. Se apoyó la inclusión en la guía de la recomendación de que se señalaran expresamente en la ley las obligaciones del deudor, tal vez aclarando su contenido e indicando a qué personas favorecería el cumplimiento de estas obligaciones. Una sugerencia conexas fue la de incluir una salvedad respecto de los ordenamientos en los que no se nombrara a un representante de la insolvencia. A fin de dar una mejor eficacia a la obligación del deudor de responder a las solicitudes de información del representante de la insolvencia o del tribunal, se sugirió que se enunciara con claridad como un aspecto concreto del deber general de informar.

102. Como cuestión de redacción, se indicó que la disposición sería más eficaz si se reformulaba y expresaba de forma directa (por ejemplo señalando que “el deudor cooperará ...”). Se señaló también que la referencia a la obligación del deudor de proporcionar información “actualizada” sobre su situación podría interpretarse en el sentido de que limitaba dicha responsabilidad al momento de la apertura, cuando es posible que se refiera también a la obligación de presentar información relativa a períodos anteriores. Conforme a ello, también se requeriría información “anterior”, y se debía agregar al párrafo la indicación de que la información debía ser no sólo precisa y fiable, sino también “completa”.

103. Se expresaron varias opiniones en el sentido de que la obligación de presentar información al tribunal y a los demás órganos de la insolvencia se debía hacer extensiva a toda persona o entidad que estuviera en situación de facilitar información, incluidos los bancos, las instituciones financieras y los directores o administradores de empresas conexas. Sin embargo, se consideró delicada la cuestión de los límites de las facultades del representante de la insolvencia para solicitar información a terceros, porque esas facultades podían entrar en conflicto con el deber de confidencialidad o con otros deberes análogos a los que estuvieran sujetas estas partes. A modo de observación general, se señaló que en el proyecto de guía se debía aclarar si la eventual facultad de pedir información a terceros era tan amplia como la concedida al representante de la insolvencia respecto del deudor.

Además, se señaló que tal equiparación podría considerarse un aspecto concreto de la cuestión general del régimen que afectaba a los terceros en el contexto de la insolvencia, y que en el capítulo sobre la administración del procedimiento habría que incluir una sección en que se regularan estas cuestiones. Por último, se recordó que la cuestión de los derechos de terceros se regulaba en la guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Tras un debate, el Grupo de Trabajo acordó volver a ocuparse del asunto ulteriormente.

104. Se reafirmó la necesidad de que en el régimen de la insolvencia se previeran recursos para los casos en que el deudor o un tercero incumpliera sus obligaciones, con el objeto de asegurar su cumplimiento. Se expresaron opiniones diferentes respecto de si en el proyecto de guía se debía regular esta necesidad recomendando que se previeran estos recursos o indicando tipos concretos de medidas (incluidas sanciones penales, la expulsión de asociaciones profesionales o comerciales o, respecto de un deudor determinado, la pérdida del beneficio de exoneración).

Párrafo 4) - Información que se debe facilitar

105. Se sugirió que el párrafo 4) pasara a ser el apartado c) del párrafo 3), porque en él se aclaraba la forma en que podía cumplirse el objetivo inherente a la obligación del deudor de cooperar y presentar información.

106. Con respecto al contenido, se expresaron varias opiniones en cuanto al tipo de información que debía presentar el deudor. Una de ellas fue la de que la obligación de presentar estados financieros, cuentas y libros se señalara explícitamente como aspecto decisivo de la responsabilidad de presentar información. Además, debían revelarse todas las operaciones, con independencia de si eran anulables o no, porque no correspondía al deudor decidir sobre cuestiones de nulidad. Tras un debate, se apoyó la propuesta de que algunos de los documentos que se debía presentar se complementaran con una disposición general en que se señalara la obligación del deudor de presentar cualquier información que pudiera razonablemente requerir el representante de la insolvencia.

107. Aunque se convino en que debía asegurarse la presentación puntual de toda información pertinente, se señaló que el deber de presentar información debía existir durante todo el procedimiento y que, conforme a ello, debía suprimirse la referencia a la apertura que figura en la penúltima línea del párrafo.

108. Además, se expresó algún apoyo a la propuesta de que se previera la obligación de revelar toda relación pendiente con “iniciados” y entidades conexas, sin perjuicio de la necesidad de tener en cuenta las cuestiones de confidencialidad que pudieran presentarse.

Párrafo 5 - Sanciones

109. Se apoyó la idea de prever en el proyecto de guía medidas adecuadas para obtener la información pertinente, no sólo con respecto al incumplimiento de las responsabilidades del deudor, sino también como principio amplio y de alcance general. A este respecto, la palabra “alternativas” podía prestarse a interpretación errónea, por lo que debería suprimirse.

110. Según una opinión, las facultades del representante de la insolvencia para exigir y obtener información de otras partes (no del deudor) podría regularse

apropiadamente en la sección relativa al deudor. Otra opinión fue que esta cuestión entraba más bien en el ámbito de la sección relativa a los derechos y deberes del representante de la insolvencia. El Grupo de Trabajo reafirmó la necesidad de que en el proyecto de guía se regulara concretamente la situación de los terceros.

Párrafo 6) - Confidencialidad

111. Si bien se convino en la necesidad de garantizar la confidencialidad, por ser comercialmente delicada la mayor parte de la información de interés para el procedimiento de la insolvencia, se señaló que en el proyecto de guía cabría recomendar a los legisladores que tuvieran en cuenta la necesidad de coordinar al respecto la legislación sobre la insolvencia y el derecho procesal aplicable.

Párrafo 7) - Gestión del deudor en la liquidación

112. Se consideró en general que la disposición debía centrarse en la situación del deudor y no en la del representante de la insolvencia, en consonancia con el asunto de que trataba la sección, y regular la función del deudor en ambos tipos de procedimiento. Por ejemplo, en la liquidación, el deudor debía transferir bienes al representante de la insolvencia (con independencia de si ello ocurría automáticamente tras la apertura o de si requería una entrega física de parte del deudor) y colaborar con el representante de la insolvencia en la disposición de los bienes.

Párrafos 8) y 9) - Gestión del deudor en la reorganización

113. Se apoyó a la propuesta de modificar el párrafo 8) para ajustarlo a las consideraciones que figuran en los párrafos 154 a 160 de las observaciones, con miras a reflejar las diferentes opciones relativas a la gestión en el contexto de la reorganización. Se señaló que la misma propuesta podía hacerse extensiva al párrafo 9).

114. Varios delegados expresaron inquietud respecto de la expresión “arreglo de gestión compartida” que figura en ambos párrafos, debido a que tal expresión podría entenderse como un acuerdo privado. Se señaló que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos los derechos y obligaciones del deudor y del representante de la insolvencia no eran una cuestión que debieran acordar las partes sino que solía estar prevista por ley. Se señaló que la prohibición de la venta de los bienes del deudor, como se prevé en el párrafo 8), no reflejaba del todo la facultad del deudor de adoptar en el curso normal de los negocios, las medidas eventualmente necesarias. Otra sugerencia fue refundir los dos párrafos en uno solo.

115. Se sugirió que en el proyecto de guía se regulara la cuestión de la responsabilidad del deudor, los directores y los gerentes, en términos análogos a los empleados en el párrafo 170, y se aclarara si se podía pagar con cargo a la masa todo daño causado por las acciones de estas personas y órganos. Más concretamente, el proyecto de guía debería reflejar el hecho de que se aplicarían diferentes regímenes de responsabilidad, según si se trataba de fraude o de negligencia. Se sugirió incluir en el texto una recomendación específica sobre la cuestión de la responsabilidad, con independencia de que en muchos ordenamientos jurídicos las cuestiones de responsabilidad podían no regirse, y con frecuencia no se regían, por el derecho de la insolvencia sino por otras leyes. En el contexto de la responsabilidad se consideró también que ésta debería regularse en el marco de las obligaciones del representante de la insolvencia.

116. En cuanto al deber de remunerar apropiadamente a los profesionales o a las empresas que hubieran realizado labores en interés de la masa de la insolvencia, se convino en que sería mejor regular ese principio en el contexto de los deberes del representante de la insolvencia.

B. Derechos y obligaciones del representante de la insolvencia⁴

117. Al comienzo de las deliberaciones se señaló que la definición de “representante de la insolvencia” que figuraba en la primera parte del proyecto de guía mencionaba la posibilidad de que éste también fuera una “entidad”. Se preguntó cuál sería entonces la manera en que se aplicarían en ese caso las obligaciones enunciadas en el resumen y las recomendaciones. Se respondió que conforme a la práctica de algunos países se nombraba tanto a particulares como a entidades para el cargo de representante de la insolvencia; cuando se nombraba a una entidad, solía hacerse porque las personas que se harían cargo en su nombre de llevar adelante el procedimiento eran de reconocida competencia y la entidad en sí estaba regulada. Se dijo que, en el supuesto de que el representante de la insolvencia estuviera al servicio de un órgano público, tal vez convendría indicar en el proyecto de guía la forma en que ese nombramiento podría incidir en cuestiones como la responsabilidad, la remuneración y las condiciones que había de reunir todo candidato para ser nombrado. Otra observación fue la de que el objetivo esencial de la transparencia debía inspirar todo el procedimiento de designación del representante de la insolvencia, así como la forma en que éste llevara a cabo el procedimiento en sí, aunque se sugirió que esa transparencia era importante para todo el procedimiento en general, y para cuantos participaran en él.

Párrafo 1) - Cláusula de finalidad

118. Se sugirió que en el apartado a) se sustituyera el término “persona” por “representante de la insolvencia” y que se añadiera la frase “condiciones que ha de reunir” a continuación de “las funciones”.

Párrafo 2) - Nombramiento del representante de la insolvencia

119. Con respecto al método a seguir en el nombramiento del representante de la insolvencia, se propuso añadir otros ejemplos al proyecto de guía, como que fuera designado por el deudor (o por el personal rector o de dirección de la empresa deudora), en algunos casos sin que se requiriera la autorización del tribunal, pero con salvaguardias similares a las enunciadas en el párrafo 7), o por una autoridad pública. Se observó asimismo que en algunos ordenamientos jurídicos el representante de la insolvencia podía ser un cargo público o un grupo de expertos, supuestos para los que habría que prever otras modalidades de nombramiento, distintas de las enumeradas en el apartado b). Se insistió también con interés en la conveniencia de que la recomendación previera un nombramiento provisional, tal vez en la sección que trataba de la paralización y las medidas cautelares. Se subrayó al respecto que no se trataba meramente de la oportunidad o duración del nombramiento, sino de la posibilidad de que se modificaran las condiciones de aptitud o de experiencia requeridas, y las funciones asignadas. Se subrayó que un nombramiento provisional debía efectuarse únicamente por orden del tribunal y por

⁴ Las preferencias son el documento A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 171 a 186 y el resumen y recomendaciones subsiguientes.

ninguna otra vía. Se preguntó si no habría casos en los que simplemente no se nombrara un representante de la insolvencia.

Párrafo 3) - Condiciones que ha reunir el representante de la insolvencia

120. Se subrayó que, dado que sólo se conocía en algunos ordenamientos jurídicos este uso del término “fiduciario”, no procedía emplearlo en el proyecto de guía, concepto que por lo demás estaba implícito en la referencia a deberes u obligaciones. Análogamente, la expresión “fit and proper” (“apropiado”) se utilizaba en sólo algunos ordenamientos y podía confundirse con el concepto de aptitud; se dijo que esa expresión aludía a la buena reputación y falta de antecedentes penales de la persona, y no a su aptitud. Se observó que en algunos ordenamientos el método seguido para el nombramiento determinaría las condiciones que habría de reunir el representante de la insolvencia (por ejemplo, si iba a ser nombrado por los acreedores, tal vez habría de ser un acreedor). Se observó que en algunos ordenamientos jurídicos se regulaba la nacionalidad que debía tener el representante de la insolvencia y se planteó la cuestión de cómo debía enunciarse esta condición en una ley de la insolvencia.

Párrafo 5) - Conflictos de intereses

121. Se propuso que el párrafo 180 se refiriera a “una relación anterior o existente” y se indicara en qué podría consistir, como, por ejemplo, cierto vínculo de propiedad o participación, anterior o existente, en el capital social de la empresa deudora, una relación comercial anterior con el deudor, o un mandato de representación del deudor (en el caso de un letrado). Se dijo asimismo que habría que precisar el grado de relación, por ejemplo, si pertenecía a la empresa que había representado al deudor o si miembros de su familia habían tenido alguna vinculación con el deudor. Otro ejemplo de un posible conflicto de intereses era cuando una ley impedía que un representante de la insolvencia que había sido nombrado en un procedimiento de reorganización fuera nombrado o siguiera en funciones si la reorganización se convierte en liquidación. Se señaló que el texto actual del párrafo exigía únicamente la divulgación de toda circunstancia que pudiera suponer un conflicto de intereses; el proyecto de guía tenía que ser más preciso y decir que el representante de la insolvencia no podría actuar como tal cuando surgiera un conflicto de intereses o su independencia se viera mermada. En respuesta, se expresó cierta inquietud de que, salvo en algunos casos patentes, sería a menudo muy difícil determinar si había o no conflicto de intereses y que, siempre que se hubieran revelado las circunstancias debidamente, el nombramiento sería, por lo general, procedente. Otra opinión fue que la imparcialidad era imprescindible y no simplemente aconsejable y que, de ser procedente, se podría pedir al tribunal que se pronunciara al respecto. Se sugirió que todo representante designado tuviera la obligación de revelar posibles conflictos.

122. Otra solución contra la ausencia de imparcialidad o independencia podría ser la de prever ciertas sanciones o la de aplicar medidas que afectarían a la remuneración del representante de la insolvencia. Se observó que en algunos regímenes de insolvencia la divulgación era una condición *sine qua non* del nombramiento, de modo que, de surgir un conflicto ulterior, podrían imponerse sanciones.

Párrafo 5) - Funciones

123. Se propuso incluir, en la sección correspondiente al resumen y las recomendaciones, las funciones enumeradas en el párrafo 173 del proyecto de guía, a fin de que las recomendaciones resultaran más claras y explícitas. Una opinión discrepante fue la de que dicha lista era demasiado larga, por lo que debería remitir, siempre que procediera, al resumen y a las recomendaciones o la lista debería acortarse, creando categorías generales que describieran las funciones enumeradas y distinguieran entre la liquidación y la reorganización. Para complementar la lista y dejar en claro que no tenía carácter exhaustivo, se propuso añadir al final la frase “toda otra función que determine el tribunal”. Otra sugerencia fue la de que la lista mencionara el cometido de administrar los negocios del deudor e impusiera al representante la obligación de comunicar a las autoridades toda conducta de carácter delictivo que llegara a su conocimiento. Se recordó asimismo que al tratar de los derechos y obligaciones del deudor, el Grupo de Trabajo había examinado cuestiones relacionadas con la marcha del negocio del deudor, entre ellas la supervisión y venta de bienes, que cabría mencionar en el párrafo 5).

Párrafo 6) - Responsabilidad

124. Se insistió en la importancia de la responsabilidad en los procedimientos de insolvencia y se dijo que tal vez convendría tratarla más exhaustivamente a fin de tratar no sólo de toda conducta perjudicial durante el procedimiento (por parte del representante de la insolvencia, de los acreedores o de terceros), sino también de la responsabilidad en la propia insolvencia y de la responsabilidad de las autoridades encargadas de la designación y de terceros. Respecto del representante de la insolvencia, se destacó la vinculación entre la cuestión de la responsabilidad y el imperativo de nombrar a profesionales aptos para el cometido asignado y la conveniencia de que el procedimiento se llevara con prontitud y profesionalidad. En algunos regímenes se partía del supuesto de que el representante de la insolvencia actuaría con discernimiento comercial, por lo que correspondería al acreedor o a toda otra parte interesada la carga de probar que no había actuado de esa manera. Se señaló también que podían aplicarse distintos requisitos de prueba a distintos supuestos de impropiedad, como en el caso de negligencia simple o negligencia grave. Se dijo que en algunos regímenes se distinguía entre la responsabilidad del cargo de representante de la insolvencia y la responsabilidad personal de quien desempeñaba la función, habiéndose previsto por ley la indemnización con cargo a la masa de la insolvencia para el supuesto de acciones entabladas contra el ejercicio indebido de esas funciones. Pese a ser cuestión tan delicada, se sugirió que, todo esfuerzo por lograr una mayor claridad del proyecto de guía, redundaría en provecho de la profesionalidad y corrección de conducta del representante. Una opinión contraria fue la de que estas precisiones debían enunciarse en una ley general que estableciera los códigos de deontología profesional y sancionara su quebrantamiento; el proyecto de guía debía limitarse a un enunciado general del tipo que figuraba en el párrafo 6).

125. A fin de abordar la cuestión de la responsabilidad, se observó que en el proyecto de guía se preveía la utilización de cauciones y seguros contra daños y perjuicios. Se subrayó que, si bien protegía la pérdida de bienes de la masa de la insolvencia, la caución generalmente sería insuficiente para cubrir los daños y perjuicios, función que cumpliría un seguro. Se reconoció que esta última solución

podría no estar prevista en varios países y que habría que investigar otras soluciones.

Remuneración del representante de la insolvencia

126. Se opinó que el proyecto de guía debía tratar de la remuneración del representante de la insolvencia. Esa remuneración debía guardar proporción con la competencia profesional requerida y con la tarea que se le asignara, procurando recompensar adecuadamente su riesgo o dificultad, a fin de atraer a profesionales cualificados. Con respecto a la forma de calcularla, se indicaron varios métodos: podía fijarse según una escala de honorarios expedida por un organismo público o un colegio profesional, podía ser determinada por el conjunto de los acreedores, el tribunal o algún órgano administrativo o colegiado en ciertos casos, y podía calcularse en función de la cuantía de las deudas o de los bienes (que podrían tasarse únicamente al concluir el procedimiento, una vez vendidos y determinado su valor) de la masa de la insolvencia. En el proyecto de guía debían enumerarse esos métodos de cálculo y enunciarse claramente que había que reconocer la prioridad de la remuneración del representante de la insolvencia; además, un régimen de la insolvencia debía tratar el asunto y prever un mecanismo para fijar la remuneración.

127. Se señaló que cabía sufragar la remuneración con cargo a diversas fuentes. Cuando la masa de la insolvencia dispusiera de bienes no constituidos en garantía, cabía sufragar la remuneración con cargo a ellos; podía imponerse una carga sobre los bienes destinada a sufragar su administración o la venta de esos bienes cuando la administración redundara en provecho de los acreedores; o podía cobrarse una tasa de los acreedores que hubieran presentado una solicitud de apertura involuntaria a fin de sufragar como mínimo las costas iniciales del procedimiento y el desempeño de ciertas funciones básicas. Se trató también de la revisión de la remuneración que, si bien era ya objeto en parte de los párrafos 220 y 221, debía tal vez abordarse directamente en la sección correspondiente al representante de la insolvencia, previéndose asimismo su revisión periódica en el curso del procedimiento. Esa revisión permitiría analizar y resolver los problemas a medida que fueran surgiendo (tal vez por arbitraje entre el representante de la insolvencia y los acreedores). Se dijo que debería relacionarse la cuestión de la masa desprovista de bienes (párrafos 175 y 176) con la de la remuneración, que se ampliaría para prever la utilización de procedimientos simplificados, si la masa carecía de bienes.

Párrafo 7) - Motivos de destitución y sustitución

128. Se dijo que los motivos de destitución enumerados en el párrafo 7) eran demasiado restrictivos y debían ampliarse en función de lo que requiriera el procedimiento, por ejemplo, permitiendo la sustitución del representante de la insolvencia cuando se determinara que la persona designada no poseía las aptitudes requeridas para el caso. Se sugirió que al establecer los motivos de destitución del representante se indicara claramente el grado de diligencia que debía observar, por referencia ya sea a ciertos criterios de aptitud profesional o a algún otro factor, y que tal vez convendría ampliar los motivos de destitución enumerados para incluir todo acto ilícito del representante, su actuación en situaciones donde hubiera un conflicto de intereses y todo otro acto que justificara su destitución.

129. Se observó que, si bien el párrafo 7) preveía que los acreedores solicitaran del tribunal que destituyera al representante de la insolvencia, sucedía a menudo que los pequeños acreedores que intervenían en casos de elevada cuantía quedaran

desprotegidos por no representar un interés económico suficiente en el procedimiento como para justificar los gastos que entrañaría presentar la solicitud ante el tribunal. Para subsanar esta dificultad cabría permitir el pago de los gastos con cargo a la masa de la insolvencia, si la solicitud prosperaba.

Párrafo 8) - Designación de un sucesor del representante de la insolvencia

130. Si bien se expresaron reservas en cuanto a la inclusión de la última oración del párrafo, se reconoció que existían diversos criterios al respecto y que puesto que en algunos ordenamientos se dejaba la masa en manos del representante, sería preciso tratar la cuestión de su sucesión.

131. Se propuso incorporar el párrafo 8) como apartado del párrafo 7) y añadir otros motivos de sustitución y destitución, como el supuesto de enfermedad o cualquier otro por el que el representante de la insolvencia se viera obligado a cesar en sus funciones. Se propuso también que, en el supuesto de que el representante de la insolvencia fuera sustituido o destituido, se exigiera la entrega a su sucesor de los libros de contabilidad y expedientes, así como de toda otra información pertinente.

C. Financiación posterior a la apertura del procedimiento⁵

132. Sobre la financiación posterior a la apertura del procedimiento hubo acuerdo general en que el proyecto de guía previera disposiciones al respecto, pues puede ser muy importante facilitarla en caso de reorganización, venta de la empresa deudora como empresa en marcha o liquidación de los bienes del deudor, tomando en consideración los diversos criterios de prelación que se siguen en los distintos ordenamientos jurídicos.

Párrafo 1 - Cláusula de finalidad

133. Se hicieron varias sugerencias sobre el enunciado de los fines para obtener fondos tras la apertura de un procedimiento. Se propuso que en el párrafo 1) se enunciaran como objetivos facilitar la obtención de fondos tras la apertura de un procedimiento para que la empresa del deudor pudiera seguir funcionando o salir adelante, mantener o incrementar el valor de los bienes del deudor, y proteger debidamente a personas que facilitaran esos fondos o a aquéllas cuyos derechos se vieran afectados por el suministro de los fondos. A este respecto, se sugirió que se enunciara como finalidad de las disposiciones ofrecer prelación en el cobro para alentar la concesión de fondos tras la apertura de un procedimiento sin que ello perjudicara los derechos de los acreedores. Se sugirió además que el proyecto de guía aclarara que la decisión de conceder fondos tras la apertura se hiciera extensiva a la concesión de créditos comerciales.

Párrafo 2 - Disponibilidad de fondos tras la apertura del procedimiento

134. Se sugirió que el párrafo 2) no sólo reconociera la necesidad de las empresas deudoras de obtener fondos tras la apertura del procedimiento sino que también debería tratar de conseguir que se decidiera lo antes posible si había motivos que justificaran la concesión de más fondos a una empresa insolvente o si, por el contrario, tal empresa debiera liquidarse, ya que ésta era, de hecho, la decisión más

⁵ El documento de referencia es el A/CN.9/WG.V/WP.58 (véanse los párrafos 187 a 191 y el resumen y las recomendaciones subsiguientes).

importante. Se observó que en el párrafo 191 del proyecto de guía se recordaba que en el 24° período de sesiones del Grupo de Trabajo se había examinado la conveniencia de diferenciar las fases del proceso de insolvencia a la hora de conceder fondos. Se observó que la obtención de más crédito entre la solicitud y la apertura del procedimiento podía tener mucha importancia para mantener la empresa en marcha. Como ejemplo se señaló que se podría conceder nuevo crédito si se comprobaba que ese crédito era “indispensable” para el deudor. Se sugirió que, para conceder crédito durante ese período se hiciera una distinción entre los procedimientos voluntarios y los no voluntarios; cuando el procedimiento fuera involuntario, se sugirió que no procediera examinar la cuestión hasta la apertura de dicho procedimiento. Se expresó la opinión de que la financiación posterior a la apertura era también importante, por razones similares, durante el período que mediaba entre la apertura del procedimiento y el examen de un eventual plan de reorganización. Una vez aprobado el plan, la concesión de fondos debía regularse en el propio plan.

135. En el contexto de la liquidación, se sugirió que la concesión de fondos no se limitara a los supuestos en que debiera venderse la empresa como empresa en marcha sino que se otorgara crédito de manera más general para asegurar el pago de los sueldos o la renovación de las pólizas de seguros, los alquileres, el mantenimiento de los contratos y el pago de otras deudas que pudiera permitir mantener la empresa en marcha o proteger el valor de los bienes.

136. Además de hacer una distinción entre las etapas del proceso en que pudieran requerirse más fondos, se sugirió que también se diferenciara entre los órganos que podrían autorizar esos créditos. Antes de la aprobación del plan, podría facultarse al representante de la insolvencia para autorizar la concesión de fondos, pero una vez aprobado el plan, esta decisión podría estar sujeta a la supervisión de los acreedores o del tribunal. Se observó que la decisión de limitar la posibilidad de conceder fondos tras la apertura del procedimiento y de requerir su autorización tenía la finalidad de evitar que se perjudicara a los acreedores y que debería aclararse en el proyecto de guía que la concesión de nuevos créditos no debería ir en detrimento de los derechos de los acreedores garantizados. En cualquier caso, se sugirió que el requisito de autorización se vinculara a los posibles daños y perjuicios que pudiera ocasionar la concesión de esos nuevos fondos o a los beneficios que pudieran derivarse de ella y que únicamente esas partes afectadas tuvieran derecho a formular objeciones o a ser escuchadas.

Párrafo 3 - Facultades del representante de la insolvencia

137. Se hicieron cierto número de sugerencias respecto al contenido del párrafo 3). Como punto de partida, se expresó el parecer de que se debería ampliar el alcance del párrafo 3) a fin de facultar al representante de la insolvencia para obtener financiación posterior a la apertura del procedimiento si se estimaba que ello era necesario para preservar o elevar el valor de los bienes y no meramente para asegurar la marcha ininterrumpida de la empresa, como se indicaba en el texto actual del proyecto.

138. Se expresó el parecer de que el texto actual de párrafo 3) confería facultades demasiado amplias al representante de la insolvencia para adoptar decisiones como la de autorizar operaciones de financiación y constituir bienes de la masa en garantía con posterioridad a la apertura de un procedimiento. Se observó en general

que en muchos de sus ordenamientos esas decisiones competían únicamente al tribunal, y no al representante de la insolvencia, aunque se señaló que el tribunal tendría que fiarse en última instancia de la información facilitada por el representante de la insolvencia en cuanto a la necesidad de obtener financiación adicional. Siendo ese el caso, exigir que el tribunal intervenga sólo sirve para añadir un nuevo trámite al proceso. En cuanto a la constitución de bienes en garantía, se sugirió que eso sólo suscitaría problemas si el crédito obtenido no se reembolsaba. Desde otra perspectiva, se dijo que prever en el proyecto de guía la pronta intervención del tribunal en las decisiones de financiación con posterioridad a la apertura del procedimiento obraría en aras de la transparencia del procedimiento y podría inspirar mayor confianza al prestamista eventual. A fin de resolver esta divergencia de pareceres, se sugirió que cabría tal vez fijar un umbral por encima del cual sería necesario obtener una autorización, o que esa autorización sería únicamente necesaria en supuestos en los que se hubieran formulado objeciones a las propuestas del representante de la insolvencia para obtener financiación adicional.

Párrafo 4 - Prelación

139. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que la cuestión de la prelación que debería otorgarse a la financiación obtenida con posterioridad a la apertura del procedimiento no era asunto que pudiera decidir el representante de la insolvencia sino que era una cuestión que habría de resolverse en el régimen legal de la insolvencia. Como criterio general, se sugirió que se diera a toda nueva financiación obtenida el rango de prelación correspondiente a los gastos de administración, aun cuando se observó que se habría de alentar a los proveedores de bienes y servicios al negocio objeto del procedimiento a seguir efectuando sus suministros, por lo que se les habría de pagar por esos suministros con anterioridad a los acreedores garantizados. Respecto de los bienes y servicios, se observó también que la referencia a “crédito” (financiero) era demasiado estrecha, por lo que convendría darle mayor alcance. Se observó que el párrafo 4) debería recomendar a aquellos países, que otorgaban una prelación más elevada a ciertas categorías de créditos (tales como al sueldo de los empleados) que a los créditos de la administración o de los acreedores no garantizados, que establecieran o al menos mencionaran esa prelación en el régimen de la insolvencia.

Párrafo 5 - Regulación de las garantías existentes

140. Al comienzo de las deliberaciones sobre este párrafo se sugirió que convendría aclarar la diferencia entre los párrafos 4) y 5); el párrafo 4) no se ocupaba de los bienes ya constituidos en garantía, mientras que el párrafo 5) se ocupaba únicamente de ese tipo de garantías. Se expresó el parecer de que puesto que no era probable que un acreedor que gozara de una garantía real consintiera en que se concediera a otro acreedor prelación respecto del mismo bien constituido en garantía, el párrafo 5) otorgaba implícitamente a los beneficiarios actuales de una garantía real un derecho de veto contra esa forma de financiación que podría desembocar en la liquidación de la empresa, al crear un obstáculo para la obtención de financiación con posterioridad a la apertura del procedimiento. En sentido contrario, se dijo que en algunos ordenamientos los acreedores garantizados otorgarían esa prelación, dado que ello obraría en su propio provecho al facilitar la reorganización de la empresa, evitar litigios ante los tribunales y mejorar sus propias perspectivas de ser pagados. Se sugirió que esa divergencia de enfoques dependería tal vez de si el

acreedor garantizado gozaba de alguna vía para obtener la ejecución de su garantía al margen del procedimiento de insolvencia.

141. Se observó que en algunos ordenamientos, el tribunal podría otorgar esa prelación si juzgaba que el acreedor garantizado gozaba de un margen de garantía suficiente sobre los bienes de la empresa para no sufrir daño alguno imputable al hecho de que se otorgara prelación a la financiación obtenida con posterioridad a la apertura del procedimiento. En otros ordenamientos, el tribunal habrá de cerciorarse de que se cumplen ciertos requisitos adicionales como el de dar al acreedor garantizado aviso previo y la oportunidad de ser oído por el tribunal y que el deudor demuestre que no le es posible obtener la financiación requerida por ningún otro medio y que los derechos del acreedor garantizado quedarían debidamente amparados. Otro parecer fue el de que el párrafo 5) enunciara como principio general que toda garantía real existente no debería verse afectada por las garantías que se otorgaran con posterioridad a la apertura sin el consentimiento de aquellas partes en el procedimiento que gozaran de una garantía real. Se opinó al mismo tiempo que el proyecto de guía debería indicar otras vías alternativas para obtener financiación con posterioridad a la apertura del procedimiento para el supuesto de que los acreedores garantizados denegaran su consentimiento. Se sugirió además que la cuestión de los requisitos de forma del consentimiento, que se había de obtener, quedara al arbitrio de las normas generales de derecho interno por lo demás aplicables, por lo que el proyecto de guía no debería ocuparse de ella.

D. Comités de acreedores⁶

Párrafo 1) - Cláusula de finalidad

142. Se sugirió que las disposiciones relativas a los comités y juntas de acreedores se ocuparan como mínimo i) de facilitar la intervención de la junta general de acreedores por vía de representación y ii) de prever las modalidades del nombramiento y la índole de las funciones del comité.

Párrafo 2) - Nombramiento del comité de acreedores

143. El Grupo de Trabajo convino en que la presencia de un comité de acreedores contribuiría a la transparencia del procedimiento, por lo que se debería alentar a que se nombrara un comité y se le dotara de una función eficaz. Por consiguiente, se sugirió sustituir las palabras “puede establecerse” por “se establecerá”. Según otro parecer lo importante era que el comité representara a los acreedores y no que facilitara la dirección del procedimiento.

144. Pese a que los participantes se mostraron de acuerdo con los rasgos generales del texto de la disposición, se expresaron diversos pareceres tendientes a que se evitara la utilización de los términos, “representación” y “representar”. Se observó que en muchos ordenamientos ese término evocaría ciertos dispositivos y efectos jurídicos que no cabría aplicar al comité de acreedores. Se sugirió por ello utilizar un lenguaje más neutro que diera, no obstante, la idea de la representación, expresándose en términos como los de “para los fines de relacionarse con el representante de la insolvencia y el tribunal en el curso del procedimiento”.

⁶ Documento de referencia A/CN.9/WG.V/WP.58 (párrafos 192 a 212 y resumen y recomendaciones que figuran a continuación).

145. Se observó que era probable que diversas categorías de acreedores tuvieran intereses distintos y tal vez conflictivos, por lo que tal vez no procediera que participaran, en pie de igualdad, en un único comité de todos los acreedores. Además, dado que la porción más importante de la deuda, en función tanto de su cuantía como del número de acreedores, estaría probablemente en manos de acreedores garantizados, era también probable que todo órgano unitario dejara que esta categoría prevaleciera sobre la de los acreedores ordinarios, tanto si el derecho de voto se otorgaba en función de la cuantía de los créditos como si se otorgaba en función del número de acreedores. Por consiguiente, a fin de preservar la índole representativa del órgano y la eficacia de su funcionamiento, convendría establecer distintos órganos para cada categoría de acreedores. Se observó además que podrían darse procedimientos de poca envergadura en los que los acreedores se mostraran reacios a formar parte de un órgano o en el que la cifra de acreedores no justificara la necesidad de formar un comité, en cuyo caso la junta general de acreedores podría desempeñar las funciones normalmente atribuidas a un comité.

Párrafo 3) - Funciones del comité de acreedores

146. Pese a ciertas diferencias que se daban entre los diversos ordenamientos, el Grupo de Trabajo convino en que se debería definir y describir claramente las dos funciones normalmente atribuibles a un comité de acreedores, así como los deberes que esas funciones podían conllevar. Se expresó interés por que el comité estuviera facultado para representar y defender activamente el punto de vista de los acreedores, sin ser obstaculizado en ese cometido por el representante de la insolvencia, y sin otro límite que el que le fuera impuesto por el tribunal. Respecto de la redacción del texto, se sugirió que la referencia en el texto inglés al asesoramiento “pericial” o “especializado” del comité no correspondía a la índole general de la función consultiva que cabía esperar del comité por lo que debería suprimirse.

147. Se sugirió sustituir en la última oración las palabras “le encomiende” por “en cooperación con” a fin de reflejar más adecuadamente la relación existente entre el comité de acreedores y el representante de la insolvencia. Por razones similares se sugirió que el proyecto de guía i) aclarara que, con arreglo a algunos ordenamientos, el comité actuaría bajo el control y en colaboración directa con el tribunal y ii) definiera todo mecanismo, de existir alguno, del que se dispusiera para solucionar conflictos entre el comité y el representante de la insolvencia.

Párrafo 5) - Composición del comité de acreedores y selección de sus miembros

148. Respecto del orden de las recomendaciones, se observó que lo relativo a la estructura del comité debería abordarse con anterioridad a sus funciones, por lo que convendría invertir el orden entre los párrafos 3) y 5).

149. A título de observación general, se dijo que el proyecto de guía debería aclarar la distinción entre el comité de acreedores, por una parte, cualquiera que fuera la estructura o las prerrogativas que se le otorgaran en algunos ordenamientos, y la junta general de los acreedores, por otra, y que los poderes y funciones que se atribuyeran al comité no deberían menoscabar en modo alguno los derechos de que, por lo demás, gozaran los acreedores para actuar o participar en bloque o como junta general en el procedimiento de insolvencia.

150. Se expresó apoyo por el parecer de que se limitara el número de los acreedores que podían participar en el comité, a fin de preservar su eficiencia operativa. Se apoyó la propuesta de excluir del comité a todo acreedor con algún conflicto de

intereses, a fin de salvaguardar la independencia de dicho órgano. A ese respecto, se observó, no obstante que esa exclusión se aplicara no sólo a los acreedores de algún modo allegados al deudor sino a todo acreedor que tuviera algún interés personal que pudiera afectar a su imparcialidad en el desempeño de las funciones del comité, como pudiera ser su condición eventual de competidor del deudor.

151. Se expresó apoyo por el parecer de que el proyecto de guía señalara el mecanismo para el nombramiento del comité que podría, tal vez, hacerse por elección en la junta general de acreedores o por nombramiento del tribunal, y que previera la sustitución de todo miembro del comité que careciera de las aptitudes requeridas o cuya actuación adoleciera de falta de eficacia o diligencia. Se observó, no obstante, que algunos ordenamientos limitaban la sustitución de los miembros del comité de acreedores a supuestos de grave negligencia y que la imposición de criterios más estrictos podría dar lugar a que los acreedores se mostraran reacios a participar en el comité.

152. La referencia en la primera oración del párrafo a la “voluntad de participar” parecía ociosa, dado que era inconcebible que se designara como miembro del comité a un acreedor que no deseara actuar en el mismo.

Párrafo 4) - Nombramiento de especialistas o peritos

153. El Grupo de Trabajo convino en que competía al tribunal, y no al representante de la insolvencia, la aprobación del recurso a peritos o especialistas a instancia del comité de acreedores. Se observó que estatuir que el comité de acreedores respondería ante el tribunal, y no ante el representante de la insolvencia, era un factor importante para salvaguardar la independencia de ese órgano. Se sugirió además que, entre otras cosas, se mencionaran las ventajas económicas que cabría esperar del nombramiento y la participación de un perito o especialista en el procedimiento.

Párrafo 6) - Deberes y responsabilidad de los miembros del comité de acreedores

154. Prevaleció el parecer de que no era necesario mencionar expresamente el deber de todo miembro del comité de acreedores de actuar de buena fe, dado que la buena fe sería aplicable, a título de principio general del derecho, al cumplimiento de todo deber. Se insistió de nuevo en la conveniencia de no imponer normas de conducta demasiado estrictas sobre los miembros del comité, con el fin de no desalentar a los acreedores de participar en el mismo.

155. Se reiteró también la sugerencia de que se excluyera explícitamente del comité a todo acreedor que tuviera algún conflicto de intereses en la materia. Se observó que esta cuestión sería de particular importancia respecto de todo crédito vendido en el mercado secundario con posterioridad a la apertura del procedimiento, ya que el titular de ese crédito podría tener intereses divergentes de los de los acreedores originarios. Se sugirió, a ese respecto, que si un miembro del comité vendía su crédito, el comprador de ese crédito no debería sucederle automáticamente como miembro del comité de acreedores, sino que su participación debería quedar supeditada a que el nuevo acreedor cumpliera con todos los requisitos que fueran del caso.

156. Se estimó que la referencia a una “obligación fiduciaria” de los miembros del comité, ante los acreedores o ante los accionistas o propietarios de la empresa deudora, daría lugar a errores de interpretación o malentendidos en algunos ordenamientos. Se sugirió, por ello, que se sustituyera por términos más neutros que

evocaran la responsabilidad eventual de los miembros del comité. Según otro parecer, la última oración del párrafo, por la que se excluía todo deber del comité de acreedores frente a los accionistas o propietarios de la empresa deudora, no reflejaba adecuadamente algunos supuestos que se daban en el marco de una reorganización por la que se reportara algún provecho a los accionistas o propietarios y en el que se debería mencionar la excepción de la que dispondría todo acreedor que tuviera algún interés económico en el resultado del procedimiento.

Párrafo 7) - Proceso decisorio en el marco del comité de acreedores

157. Si bien se sugirió que tal vez no procediera que el proyecto de guía recomendara alguna fórmula de votación para el comité, se expresó apoyo para el parecer de que se obligara al comité de acreedores a establecer algún estatuto o reglamento por el que se rigiera su proceso decisorio y su funcionamiento, que previera tal vez reglas distintas para decisiones de diversa categoría. Se observó, por ejemplo, que cabría encomendar al comité de acreedores la tarea de negociar, en nombre de la junta general, un plan y que su decisión sobre si se había de presentar determinado plan a la junta requeriría una mayoría distinta que otras decisiones adoptadas por el comité. Se sugirió al respecto que, al fijar los porcentajes que habría de reunir un voto para ser mayoritario, en cada supuesto, se evitara establecer el requisito de la unanimidad, ya que ello obstaculizaría el funcionamiento del comité y restaría, en última instancia, flexibilidad al procedimiento. En sentido contrario, se sugirió suprimir esa disposición, dada la diversidad de soluciones que cabría dar, a ese respecto, en cada ordenamiento.

158. Se observó que el párrafo 7) se ocupaba únicamente de las decisiones que fueran de la competencia del comité de acreedores, pero que no tenía por objeto hacer que esas decisiones fueran vinculantes para la junta general de acreedores o afectar en modo alguno a las facultades de la junta, tales como al poder que le incumbía en la aprobación de todo plan de reorganización. A ese respecto, se reiteró que los poderes del comité de acreedores disminuían de los poderes conferidos a la junta general de acreedores como tal. Se sugirió que se reflejara la relación entre la junta general de acreedores y el comité de acreedores en la estructura de las recomendaciones, invirtiendo el orden de los párrafos dedicados, respectivamente, a la junta general (párrafo 8) actual) y al comité de acreedores.

Párrafo 8) - Votación en la junta general de acreedores

159. Sin menoscabo de la decisión anteriormente enunciada respecto del orden de los párrafos, se sugirió que se previera, en la recomendación relativa a la junta general de acreedores, la imposición de una regla de la mayoría proporcionalmente distinta para decisiones de distinta categoría. Si bien cabría aplicar la regla de la mayoría simple a sus decisiones ordinarias, convendría imponer la regla de una mayoría calificada para sus decisiones más importantes, como toda decisión relativa al representante de la insolvencia o a la financiación que se fuera a obtener con posterioridad a la apertura del procedimiento.

160. Predominó el parecer de que convendría tratar de las facultades y del funcionamiento de la junta general de acreedores en una sección aparte del proyecto de guía, tal vez en un capítulo destinado a las cuestiones relativas a los acreedores.

E. Presentación de créditos por los acreedores y su tratamiento⁷*Párrafo 1) - Cláusula de la finalidad*

161. Se apoyó en general la finalidad propuesta para las disposiciones relativas al tratamiento de los créditos presentados por los acreedores descrita en el párrafo 1). Se sugirió que el apartado d) funcionaría mejor como cláusula descriptiva de la finalidad de las disposiciones relativas al orden de prelación para la distribución del producto de la masa que figuraban en la sección A del capítulo V.

162. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que había que ofrecer otras opciones en el apartado a) del párrafo 1), para dar a entender que el examen de los créditos no era cometido exclusivo del representante de la insolvencia.

163. Se consideró que era inapropiada la referencia a “mecanismos de apelación” en el apartado b) del párrafo 1) y en otros párrafos de la sección correspondiente al resumen y las recomendaciones. Habida cuenta de que en varios ordenamientos la frase denotaba un recurso procesal preciso; hubo consenso en emplear en su lugar términos más neutros, como “recurso judicial” o vía de recurso.

164. Se propuso mencionar en el apartado c) del párrafo 1) otras categorías similares de créditos, como los créditos objeto de controversia, condicionales o no monetarios, siempre que no se pretendiera dar carácter exhaustivo a dicha lista.

Párrafo 2) - Tratamiento de los créditos de acreedores extranjeros

165. Se propuso alinear el texto de la disposición con la terminología utilizada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, donde la distinción entre acreedores nacionales y extranjeros se funda en el lugar de residencia y no en la nacionalidad.

166. A fin de salvaguardar la igualdad de trato que se ha de dar a los acreedores extranjeros, el Grupo de Trabajo convino en que la notificación del procedimiento debía indicarse explícitamente no sólo el plazo establecido para la presentación de créditos, sino también todo otro trámite y requisito formal que correspondiera, siempre y cuando su determinación se hiciera conforme al derecho interno. Sin embargo, se objetó que el tratamiento en pie de igualdad de los acreedores extranjeros podría verse frustrado si se exigía la comparecencia del acreedor ante el representante de la insolvencia, razón por la cual se debía desaconsejar este requisito.

167. Una sugerencia, que redundaría en beneficio de los acreedores extranjeros en particular, fue que en la notificación se indicase si el valor del crédito se determinaría en función del momento de la presentación de la solicitud o del momento de la declaración de apertura del procedimiento, dado que ese momento pudiera incidir en la tasa de conversión de la moneda en que estaba denominado el crédito.

Párrafos 3) y 5) - Presentación de los créditos

168. El Grupo de Trabajo convino en que la cuestión del plazo de presentación de los créditos de que se hablaba en el párrafo 3) se trataba también en la primera

⁷ Las referencias son el documento A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 213 a 252 y el resumen y recomendaciones subsiguientes.

oración del párrafo 5) y que, por lo tanto, correspondía examinar juntas ambas disposiciones.

169. Se apoyó la propuesta de que se instara a los legisladores nacionales a estatuir que los créditos se presentaran sea dentro de cierto plazo a partir de la apertura del procedimiento, o en algún momento previo a la distribución. Se señaló que la ley debería mencionar y definir explícitamente las consecuencias que traería aparejadas el incumplimiento del plazo establecido, puesto que existían diversas opciones, como la de relegar o supeditar esos créditos. Con objeto de destacar que el régimen de la insolvencia debía prever sanciones, se sugirió sustituir en el párrafo 3) las palabras “podrán presentarse” por “se presentarán”. Se propuso asimismo que el régimen de la insolvencia tratara de los créditos subordinados por vía contractual.

170. Se dijo también que no era el régimen de la insolvencia sino otras leyes nacionales pertinentes las que debían determinar el trato procesal o sustantivo que se daría a un crédito que no se presentara en el curso del procedimiento. Si bien cabría aceptar la pérdida de todo crédito no presentado en el supuesto de que el régimen de la insolvencia previera la liberación del deudor al clausurarse el procedimiento, el hecho de que no se presentara un crédito no afectaría en modo alguno a la ejecutoriedad de dicho crédito o de la parte no cobrada a resultas del procedimiento, conforme a la normativa general de derecho sustantivo y procesal aplicable, una vez concluido el procedimiento de insolvencia. Una propuesta similar fue la de que la cuestión se tratara en el contexto de la liberación o reestructuración de deudas y créditos, que se abordaba en el párrafo 298 del Comentario. También se sugirió que los créditos, incluidos los de los acreedores garantizados, se presentaran al principio del procedimiento, a fin de que el deudor y el representante de la insolvencia pudieran determinar el alcance de los créditos presentados contra la masa antes de la apertura.

171. Suscitó preocupación la última oración del párrafo, por la que se establecía que un acreedor garantizado sólo tendría que presentar su crédito si había hecho entrega del bien constituido en garantía o cuando ésta no cubriera plenamente el importe del crédito. Se señaló que el hecho de supeditar la presentación del crédito a que el valor del crédito fuera superior al importe de la garantía podría generar incertidumbre, habida cuenta de que la valoración podía hacerse según distintos parámetros (por ejemplo, valor de liquidación o valor de mercado) y en momentos diferentes. Se dijo además que la obligación de presentar un crédito debía incumbir a todos los acreedores, estuvieran o no amparados por una garantía, a fin de que el representante de la insolvencia tuviera conocimiento de todos los créditos garantizados y la cuantía de la deuda pendiente. Según otro parecer cabría omitir el trámite de la presentación de los créditos garantizados únicamente si su garantía estaba inscrita en un registro público. El Grupo de Trabajo acordó que debía recomendarse en el proyecto de guía que el régimen de la insolvencia enunciara claramente el régimen aplicable a los acreedores garantizados en lo relativo a la presentación de sus créditos.

172. Se expresó la inquietud de que la referencia a la presentación de créditos “contra la masa” que figura en la primera frase del párrafo 5) resultaría equívoca, pues podría sugerir la necesidad de presentar todo crédito adquirido por concepto de deudas contraídas por la masa con posterioridad a la apertura del procedimiento. En respuesta, se aclaró que el párrafo 5) tenía por objeto regular la presentación de

créditos nacidos con anterioridad a la apertura, por lo que se debía suprimir las palabras “contra el patrimonio de la insolvencia”.

173. Se sugirió que la referencia al trato que se había de dar a los acreedores extranjeros, que puede verse en la tercera frase del párrafo, se configurara en forma de párrafo aparte.

Párrafo 4) - Lista de acreedores y descripción de los créditos

174. Se expresó la opinión de que el deudor debía prestar asistencia al representante de la insolvencia en la preparación de la lista de acreedores, como aspecto importante de su deber general de cooperar en el procedimiento de insolvencia, tanto si se ha previsto la liquidación del negocio como si se ha previsto su reorganización. Se observó que en algunos ordenamientos jurídicos la presentación de una lista de acreedores constituía un requisito previo para la presentación de una solicitud voluntaria.

175. Se expresaron varias opiniones respecto de las consecuencias que podría tener para los acreedores que el deudor no les incluyera en la lista. Se sugirió al respecto, que el proyecto de guía aclarara que toda lista, preparada por el deudor o por el representante de la insolvencia a la luz de la información recibida del deudor en el momento de la apertura, estaría sujeta a revisión y enmienda en una etapa ulterior del procedimiento. El Grupo de Trabajo convino, al respecto, en que se debía mantener la lista bajo el control del representante de la insolvencia y, en último término, del propio tribunal.

176. Se planteó la cuestión de si un acreedor debería presentar su crédito cuando el deudor hubiera presentado una lista en la que se admitiera ese crédito. Se indicó que dar por admitido un crédito sobre esta base entrañaría el riesgo de que el deudor utilizara sus facultades para reconocer una o más deudas en detrimento del trato equitativo de los acreedores.

Párrafo 6) - Exclusión de créditos

177. Como observación general, se aclaró que correspondía al derecho sustantivo y procesal general, y no al régimen de la insolvencia o al representante de la insolvencia, determinar qué créditos debían ser excluidos. Se sugirió que el representante de la insolvencia considerara que todo crédito pendiente debía figurar en la lista, si así lo disponía el derecho sustantivo y procesal aplicable. Como cuestión de redacción, se sugirió suprimir la palabra “podrán”, que podría dar erróneamente a entender que el representante de la insolvencia gozaba de facultades discrecionales respecto de dichos créditos.

178. Se consideró inapropiado el ejemplo de las deudas de juego, porque el tratamiento de los juegos de azar era distinto según el derecho sustantivo aplicable en los diversos ordenamientos jurídicos. Se sugirió que los tributarios extranjeros se trataran de manera coherente con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

179. Se expresaron varias opiniones sobre la conveniencia de que en el proyecto de guía se regulara el tratamiento de ciertas categorías de créditos, incluidas i) las multas u otros créditos (administrativos) que cabría excluir del procedimiento de la insolvencia por el hecho de que su cuantía resultara excesiva para la masa; ii) los créditos aún no vencidos a la apertura del procedimiento; iii) las penas contractuales

por concepto de daños; iv) los créditos por cuantía indeterminada en el momento de la apertura, como los créditos por concepto de responsabilidad civil o extracontractual o los créditos contingentes por violación de las normas de protección ambiental; y v) las demandas impugnadas.

180. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en el proyecto de guía se abstuviera de presentar una lista de los créditos excluidos, y recomendará, en su lugar, que estos créditos se mencionaran y definieran con claridad en la legislación nacional.

Párrafo 7) - Prueba de un crédito

181. En cuanto al derecho del acreedor a presentar prueba de su crédito mediante simple declaración o una declaración jurada, se expresó la opinión de que este enfoque constituiría una excepción a la regla general por la que todo acreedor deberá presentar prueba adecuada del crédito presentado, cuestión que se debe regir, más bien, por el derecho procesal interno. Otra opinión fue la de que esta disposición, si se conservaba, debía complementarse con una indicación de los supuestos que darían lugar a su aplicación. Aun otra opinión fue la de que el destinatario de toda declaración o declaración jurada por la que se tratara de probar un crédito sería el tribunal y no el representante de la insolvencia.

182. Se observó que no todos los ordenamientos reconocían el valor probatorio de una declaración jurada o de índole similar. Se señaló, además, que, como medio de prueba, la declaración jurada resultaba cara y por lo tanto se utilizaba cada vez menos, incluso en los países en donde se admitía. Como observación general, se recordó al Grupo de Trabajo que mientras más detallado fuera el proyecto de guía, particularmente en cuestiones de índole procesal, menos aceptable resultaría para muchos ordenamientos jurídicos. Así pues, se propuso que se diera mayor latitud a la disposición, permitiendo que el acreedor presentara pruebas de su crédito por escrito sin necesidad de comparecer personalmente ante el representante de la insolvencia ni ante el tribunal. Al respecto, se reiteró que se diera a los acreedores directrices concretas sobre la forma de presentar pruebas de sus créditos, así como sobre cualquier otro requisito procesal aplicable, al dárseles aviso de la apertura del procedimiento.

183. Otra sugerencia fue la de que se sancionara expresamente la presentación de créditos desprovistos de todo fundamento.

Párrafo 8) - Admisión y rechazo de los créditos presentados

184. Respecto de la cuestión de la admisión de créditos, hubo acuerdo en que su admisión no debería ser automática, sino que debería mediar una decisión del representante de la insolvencia. Por consiguiente, debería suprimirse la referencia a los créditos que podrán admitirse automáticamente que aparece en la segunda línea de la primera oración del párrafo. Se expresó cierto apoyo por la sugerencia de que en el proyecto de guía se recomendará que el representante de la insolvencia adoptara su decisión con prontitud, especialmente si el crédito se presentaba respaldado por la oportuna documentación. No se respaldó el parecer de que se procediera, a título de excepción, a la admisión automática de los créditos inscritos en un registro público, ni que se estableciera una distinción basada en la ejecutoriedad inmediata de algunos créditos.

185. Otra inquietud fue la de que no procedía fiarse de los libros o documentos contables, puesto que era poco probable que esos libros se llevaran como es debido, al menos en lo referente a los libros del deudor. Se observó que la referencia a la documentación contable podría hacerse extensiva a la del acreedor y que esta documentación podría ser utilizada para fines probatorios conforme al régimen general de la prueba que fuera por lo demás aplicable, con tal de que la admisión de los créditos estuviera siempre supeditada a la aprobación al respecto del representante de la insolvencia. Se sugirió que la decisión de admitir o rechazar un crédito que había de adoptar el representante de la insolvencia se vería facilitada si ese crédito aparecía claramente respaldado por la documentación contable.

186. Respecto del derecho de todo interesado a recurrir contra la admisión o rechazo de un crédito, de que se hablaba al final del párrafo, no obtuvo apoyo el parecer de que la mención de ese derecho constituyera una incitación a litigar. Se expresó apoyo a favor de que pudieran recurrir contra esas decisiones no sólo los acreedores o el representante de la insolvencia, sino cualquier otra parte interesada, tales como los acreedores cuyos créditos fueran objeto de contestación, el comité de acreedores y el propio deudor. A ese respecto, se hizo la aclaración de que todo acreedor cuyo crédito hubiera sido admitido gozaba de un derecho a recurrir contra la admisión de todo otro crédito. Se sugirió además que se dieran ciertos pormenores procesales en la Guía respecto de la vía de recurso que se había de seguir en ese supuesto, previéndose incluso la posibilidad de que el tribunal hubiera de entender de ese recurso.

Párrafo 9) - Admisión provisional de créditos

187. El Grupo de Trabajo convino en que, puesto que esa admisión provisional de créditos pudiera tener un notable impacto sobre el procedimiento, especialmente en el supuesto de que se confiriera un derecho de voto a todo acreedor cuyos créditos fueran admitidos a título provisional, esta cuestión debería ser atentamente examinada por el proyecto de guía.

188. Se expresaron diversos pareceres sobre el alcance de las diversas categorías de créditos mencionadas en el párrafo 9) como susceptibles de admisión provisional. Se convino en que el proyecto de guía aclarara si i) la noción de “créditos de cuantía indeterminada” se refería también a los créditos no monetarios; y si ii) la noción de “créditos impugnados” se refería a créditos que fueran objeto de un litigio en curso entablado al margen de la insolvencia, o si se trataba de créditos cuya legitimidad fuera cuestionada en el marco del procedimiento de insolvencia.

189. Se expresó apoyo porque se admitieran provisionalmente los créditos condicionales, los créditos contingentes y los créditos que no hubieran vencido al declararse la apertura del procedimiento. Respecto de estos últimos, se aclaró, no obstante, que su admisión no debería hacerse sobre la base del valor nominal del crédito, sino también sobre la base de toda deducción que procediera por el período aún pendiente para que el crédito venciera.

190. En aras de la claridad, se expresó apoyo por la propuesta de que el proyecto de guía examinara en general la cuestión de las condiciones que habrían de reunir los créditos para su reconocimiento o admisión, dedicando cierto espacio al examen de aquellos créditos que, pese a la carencia de algún rasgo o criterio requerido, pudieran ser admitidos a título provisional. Se observó además que cada una de las

categorías mencionadas en el párrafo 9) suscitaba diversas cuestiones de índole sustantiva y procesal que convendría tal vez abordar en el proyecto de guía.

191. Se apoyó firmemente el criterio de que la decisión inicial sobre la admisión provisional de un crédito incumbía en primer lugar al representante de la insolvencia y no al tribunal, sin perjuicio de que toda parte disidente recurriera contra esa decisión ante el tribunal. A fin de agilizar el procedimiento, se sugirió que el proyecto de guía adoptara, como principio general, el criterio de que el tribunal sólo debía intervenir en supuestos en los que su actuación fuera estrictamente necesaria.

192. Respecto de los efectos de toda admisión provisional, prevaleció el parecer de que el proyecto de guía debería señalar los derechos de que gozaría todo acreedor cuyo crédito hubiera sido admitido a título provisional. Una sugerencia fue la de que esos derechos quedaran limitados al derecho de ser oído por el tribunal. Se opinó que un acreedor admitido a título provisional no debería gozar, en ningún supuesto, de un derecho a participar en la distribución del producto de la masa.

193. Respecto del derecho a recurrir contra la valoración de un crédito, se observó que ese derecho guardaba relación con el derecho a recurrir previsto en el párrafo 8) y que tal vez conviniera resolver una y otra cuestión en una única disposición. Si bien se reconoció que el párrafo 9) no trataba de dar soluciones respecto del procedimiento a seguir para esa valoración, se sugirió que tal vez convendría que el proyecto de guía se ocupara de esta cuestión y señalara criterios adecuados.

Párrafo 10) - Efectos de la admisión de un crédito

194. A título de observación preliminar, se observó que el texto actual del encabezamiento del párrafo sugería que todos los derechos de los acreedores estaban supeditados a la admisión de sus créditos. Este resultado no cuadraba con el derecho de todo acreedor que hubiera presentado un crédito a participar en la primera reunión de acreedores y, por consiguiente, convendría enmendar el texto en ese sentido.

195. Respecto del alcance del párrafo, se sugirió que se aclarara que la referencia a reuniones de acreedores se hacía a la junta general de acreedores, por lo que todo acreedor cuyo crédito hubiera sido admitido gozaría de todos los derechos y cometidos de ese órgano, y no simplemente del derecho de voto. Se expresó apoyo general porque esos derechos y cometidos incluyeran al menos los siguientes: i) la aprobación o el rechazo del plan de reorganización; ii) la elección del comité de acreedores; y iii) el derecho a prestar asesoramiento para el nombramiento del representante de la insolvencia.

196. Se hicieron otras sugerencias sobre el poder de la junta general de acreedores para decidir sobre las siguientes cuestiones: i) la relación eventual entre la opción de liquidación y la de reorganización; ii) la distribución de los bienes de la masa; iii) la financiación requerida con posterioridad a la apertura; iv) la remuneración de los peritos o profesionales contratados; v) el curso a dar a las actuaciones judiciales pendientes, al ser declarada la apertura del procedimiento, en las que el deudor fuera parte; vi) la posibilidad de que el deudor prosiguiera el negocio o vii) el acuerdo de agilizar su reorganización. Por último, se expresó el parecer de que sería aconsejable incluir una disposición general que permitiera que el legislador nacional definiera otras funciones de la junta general de acreedores, sin menoscabo de la

conveniencia de que esas facultades y cometidos no interfieran con las de otros órganos ni de la conveniencia de salvaguardar la flexibilidad del procedimiento.

197. Además de definir los cometidos de la junta general de acreedores, se sugirió que el proyecto de guía se ocupara de la relación entre ese órgano y el comité de acreedores (si se constituía dicho órgano en el curso de la insolvencia) y cuáles serían las facultades que la junta general delegaría en dicho comité.

198. Respecto del párrafo 10) a), se sugirió añadir a la lista el derecho de todo acreedor admitido a participar en el nombramiento del comité de acreedores.

199. Se hicieron diversas observaciones respecto del párrafo 10) b). Se expresó la inquietud de que la referencia al “pago al acreedor en una distribución” tal vez evocara únicamente el supuesto de una distribución efectuada a raíz de una liquidación pero no el pago que cabía esperar a raíz de una reorganización, supuesto que debería considerarse igualmente. Otro parecer fue el de que la referencia a la determinación o establecimiento, a raíz de la admisión, del “importe” del crédito a satisfacer por el representante de la insolvencia era incompleta, por lo que debería completarse con una referencia a la “prelación” de ese crédito.

Párrafo 11) - Derecho de compensación

200. Se expresaron pareceres divergentes sobre la necesidad de abordar la cuestión de los derechos de compensación en el marco de la masa de la insolvencia (como se hacía en los párrafos 116 a 120 del Comentario) o en ambas secciones a la vez.

201. Se respondió a esa sugerencia que debería suspenderse el ejercicio de todo derecho de compensación a fin de dar margen al representante de la insolvencia para examinar los correspondientes créditos, al tiempo que se observó que en los diversos ordenamientos se aplicarían diversas reglas de derecho sustantivo y procesal al tema de la compensación. Dada la índole delicada de esta cuestión, se opinó que no sería posible llegar a un acuerdo sobre una solución única. No obstante, se observó que el derecho de compensación entrañaba una excepción importante al principio de la igualdad de trato de todos los acreedores de una misma categoría, por lo que debería ser abordado. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que el proyecto de guía aclarase si el régimen general de la compensación se vería afectado por el régimen de la insolvencia y cuál sería esa incidencia, lo que cabría hacer presentando las diversas opciones disponibles sin necesidad de sugerir ninguna regla en particular. Se mencionó expresamente la necesidad de preservar el funcionamiento de los mecanismos de compensación en el marco de toda compensación financiera global por saldo netos.

Párrafo 12) - Créditos presentados por accionistas y por personas especialmente relacionadas con el deudor

202. Se expresaron varios pareceres en el sentido de que la referencia a los “accionistas” de la empresa deudora resultaba demasiado estrecha, al referirse a una sola variante de sociedad mercantil, por lo que se requería un término más amplio que abarcara todas las categorías posibles de socios o propietarios (por ejemplo, de una sociedad mercantil de cualquier índole o de una sociedad civil o colectiva). Respecto del significado de persona allegada al deudor o “iniciada de algún modo en su negocio” se sugirió que esa noción requería cierta aclaración sobre a quién se refería exactamente.

203. Respecto a las reglas de derecho sustantivo aplicables a dichas personas, se opinó que debería limitarse su derecho de voto. Otro criterio fue el de que se subordinara el derecho de todo accionista de la empresa o de toda persona allegada del deudor. Se respondió a esa sugerencia que la subordinación de todos esos créditos podría disuadir a esas personas de aportar financiación al negocio del deudor, lo que reduciría notablemente las oportunidades de muchos deudores para obtener nuevos fondos y rehabilitar su situación financiera. Por consiguiente, se sugirió que esa subordinación sería únicamente aplicable si existían indicios de algún comportamiento indebido. Otra sugerencia fue la de que esa decisión debería ser adoptada por el representante de la insolvencia o por el tribunal, únicamente tras haber examinado las circunstancias a las condiciones del crédito otorgado. Otra sugerencia fue la de que esa subordinación fuera aplicable únicamente a los créditos que guardaran relación con la situación financiera deficitaria del deudor y no a los nuevos créditos que esas personas otorgaran a la empresa que se encontrara ya en dificultades financieras.

204. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que esta cuestión se examinara más adelante cuando ya se dispusiera de un nuevo texto al respecto.

5. Liquidación y distribución

A. Prioridades en la distribución

205. Como punto de partida, se sugirió revisar el título de la sección sobre liquidación y distribución a fin de aclarar que se trataba de la distribución del producto de la liquidación y no de cuestiones relativas a la liquidación que no se regulaban en la presente sección. Se expresó la opinión de que en el proyecto de guía se debía distinguir entre los casos en que la empresa dejaba de funcionar y se vendían sus bienes y aquéllos en que la empresa seguía funcionando pero se vendían ciertos componentes como negocios en marcha, para centrarse únicamente en el supuesto de la venta forzosa prevista en la presente sección. La otra opción se debía regular en el contexto de la venta de bienes, que no se aborda en detalle en ningún otro lugar del proyecto de guía. Se sugirió dejar en claro en el proyecto de guía que el representante de la insolvencia debía ocuparse con prontitud de la distribución, y no retardar el reembolso a fin de tratar de elevar al máximo la cuantía disponible para su distribución, esforzándose por aprovechar las fluctuaciones del mercado pertinente, y que la distribución podía efectuarse a título provisional.

206. Se formularon varias propuestas relativas al orden en que se debían efectuar los pagos correspondientes a cada categoría de créditos. Se expresó cierta inquietud respecto de la inclusión de los créditos garantizados y de lo que esa inclusión realmente suponía. Se expresó también cierta inquietud conexas de que convendría reordenar las categorías de créditos que figuran en el párrafo 2) con miras a que los gastos inherentes a la insolvencia pasaran a primer lugar, seguidos por los gastos de administración del procedimiento de insolvencia, pagándose a continuación los créditos nacidos antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, empezando por los créditos garantizados. Se indicó también que no se debía hacer distinciones entre diversas categorías de créditos de administración. Se señaló que convendría tener en cuenta otras categorías de derechos, como los derechos de terceros cuya propiedad estuviera en poder del deudor, los créditos que gozaran de un

reconocimiento especial con arreglo al derecho interno, como sueldos y créditos fiscales, y los que pudieran satisfacerse de otro modo que mediante pago en dinero. Se expresó la opinión de que en el proyecto de guía se debía enunciar una recomendación general que aconsejara a reducir a un mínimo las prioridades y que toda prioridad establecida por una ley distinta del régimen de la insolvencia, debía quedar reflejada en la ley de la insolvencia a fin de aumentar la predecibilidad de su régimen. Otra cuestión que se planteó fue la necesidad de regular el tratamiento de los fondos excedentes en los casos en que el deudor fuera solvente y en que quedaran fondos para distribuir entre los propietarios, accionistas y otras personas, y si en esos casos los intereses pagaderos respecto de otros créditos gozarían de prelación respecto de esa distribución. Tras un debate, el Grupo de Trabajo acordó en general que el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno no debía establecer un orden de prelación de créditos para la distribución, sino más bien describir las categorías de créditos que el legislador habría de considerar.

207. Se señaló que las disposiciones del párrafo 3) relativas a la igualdad de los créditos pertenecientes a una misma categoría y al pago íntegro efectuado a cada una de ellas antes de procederse al pago de la siguiente, si bien serían aplicables respecto de algunas categorías de créditos, no lo serían respecto de los créditos garantizados.

B. Exoneración

208. Se señaló que la situación de cada deudor tras la clausura del procedimiento de insolvencia variaba de un ordenamiento a otro. Se expresó la opinión de que el proyecto de guía debía reflejar la diversidad de opciones entre, por una parte, la exoneración automática del deudor y, por otra, la posibilidad de que el tribunal mantuviera cierta supervisión. Se sugirió que se examinaran otros enfoques posibles en el párrafo 258 de las observaciones generales. Con respecto a los distintos factores que podían determinar la forma en que se tratara una deuda determinada, se señaló que el comportamiento del deudor en el procedimiento de insolvencia podría ser uno de esos factores, y que cabría establecer un vínculo directo con el deber de cooperar de todo deudor. Este enfoque podía conducir a que algunas categorías de deudas no se beneficiaran de la exoneración, por razones como las que tal vez haya ocultado el deudor.

6. Planes de reorganización⁸

Párrafo 1) - Cláusula de finalidad

209. Se expresaron diversas opiniones con respecto a la finalidad de las disposiciones relativas a los planes de reorganización enunciadas en el párrafo 1). Se propuso incluir información adecuada sobre la situación del deudor y el trato que había de darse a los acreedores en el plan, para que éstos pudieran adoptar una decisión sobre el plan con conocimiento de causa.

210. Se señaló también que el texto actual de la disposición podía ser redundante, ya que la mayoría de las cuestiones que se mencionaban en los apartados a) a f) del

⁸ Las referencias son el documento A/CN.9/WG.V/WP.58, párrs. 261 a 299 y el resumen y las recomendaciones subsiguientes.

párrafo 1) estaban expresamente tratadas en las recomendaciones subsiguientes. Se dijo además que muchas de esas cuestiones se referían a los mecanismos y dispositivos técnicos para aplicar el plan y no a la finalidad en sí de la disposición. Se propuso, pues, sustituir el texto actual por otro de carácter general que dijera que las disposiciones relativas a los planes de reorganización tenían por finalidad facilitar la preparación de propuestas, y la presentación y aprobación de un plan de reorganización.

211. Se apoyó la sugerencia de que la disposición sobre la finalidad de la reorganización se basara en el enunciado general del preámbulo de la Ley Modelo de las CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza que dice “facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo”. Según otro parecer cabría incluir también una referencia al objetivo de maximizar el valor de los bienes.

212. Dando por sentado que se mantendría la estructura del párrafo, se propuso añadir entre los apartados a) y b) del párrafo 1) una disposición por la que se estableciera que el efecto vinculante del plan quedaba supeditado a su aprobación.

213. Se propuso modificar la redacción, mencionando explícitamente en el apartado a) del párrafo 1) a los acreedores respaldados por una garantía y a los acreedores ordinarios o no garantizados.

214. Con respecto al apartado b) del párrafo 1), se propuso incluir a los accionistas o socios de la empresa deudora entre las categorías de personas que podrían verse afectadas por el plan. Se dijo también que la referencia a “todos” los acreedores era improcedente, puesto que un plan no modificaría los derechos o el rango de prelación de todos los acreedores. Otra opinión fue la de que la palabra “todos” podría cumplir la función útil de subrayar el efecto vinculante que tendría un plan aprobado para los acreedores disidentes.

215. Según varios pareceres, la frase “liquidar las deudas y los créditos”, que aparecía en el apartado f) actual del párrafo 1), era inapropiada, puesto que esa liquidación o liberación de deudas no sería sino una de las soluciones propuestas en un plan de reorganización y no constituía un objetivo propio de la reorganización.

216. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que no se cambiara la estructura de la disposición, siempre y cuando se distinguiera claramente la finalidad del plan de reorganización de los mecanismos de aplicación y se indicaran todas las cuestiones pertinentes que podrían surgir en el contexto de un plan de reorganización.

Párrafo 2) - Fecha de presentación del plan

217. A modo de observación preliminar se dijo que era más apropiado emplear la frase “proyecto de plan” en los párrafos 2) y 3) para dejar en claro en el proyecto de guía que ambos trataban del plan antes de que fuera aprobado. En discrepancia con ese parecer se señaló que corrientemente se entendía que un plan de reorganización abarcaba las distintas etapas de su desarrollo y que no convenía modificar el término empleado, si se aclaraba el sentido que se le daba en el proyecto de guía.

218. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que las cuestiones de la fecha de presentación del plan y de a quién correspondía formularlo debían tratarse en párrafos distintos.

219. El Grupo de Trabajo coincidió en que el proyecto de guía debía recomendar la presentación oportuna del plan; sin embargo, se expresaron distintos pareceres en cuanto a la conveniencia de fijar un plazo de presentación. Se sostuvo que, con miras a preservar los objetivos generales de previsibilidad y transparencia, la ley debía determinar el plazo. Una opinión discrepante fue la de que sería preferible escoger un criterio más flexible, permitiendo que el tribunal o el representante de la insolvencia fijara el plazo. Se propusieron soluciones intermedias, consistentes en que se facultara al tribunal para determinar el término de ese plazo dentro de cierto plazo máximo establecido por la ley o para prorrogar los plazos establecidos en la ley.

Párrafo 3) - Preparación del plan

220. En cuanto al mecanismo para determinar a quién corresponde preparar el plan, se indicó que permitir la presentación simultánea de propuestas por distintas partes podría dar eficiencia al procedimiento, mientras que un procedimiento que previera su presentación consecutiva alargaría innecesariamente el procedimiento. En sentido contrario se dijo que para imponer cierto orden en el proceso, se debería dar a una de las partes, ya sea el deudor o alguna otra, un plazo breve y en exclusiva para la presentación del plan, transcurrido el cual cabría dar a las demás partes la misma posibilidad, caso de no haberse presentado un plan o de no haberse presentado ninguno con perspectivas de éxito. Se expresó la opinión de que a fin de alentar al deudor a solicitar con prontitud la apertura del procedimiento se debía otorgar a éste la oportunidad de presentarlo en exclusiva.

221. Si bien se señaló que era inapropiado que el deudor preparara el plan de reorganización por no estar previsto este supuesto en todos los ordenamientos, predominó la opinión de que la Guía debía ofrecer distintas opciones, incluida la posibilidad de que el plan fuera presentado por el deudor, por los acreedores y por el representante de la insolvencia, ya sea por sí solo o en cooperación con el deudor, así como por toda otra persona interesada, por ejemplo, un competidor del deudor. Se sugirió que la disposición relativa a la presentación del plan a raíz de la presentación de la solicitud de apertura de un procedimiento debía ser facultativa y no imperativa.

222. Se expresó cierta inquietud respecto de que el deudor tuviera el derecho o la obligación de consultar “a los acreedores y al representante de la insolvencia” antes de proponer un plan, como se indica en la segunda frase del párrafo 3). Se consideró que las consultas con los acreedores podían crear conflictos de intereses, por lo que sólo debería preverse la consulta con el representante de la insolvencia. Una opinión análoga fue la de que, si bien las consultas previas con los acreedores podrían aumentar las posibilidades de que se aprobara el plan propuesto, sería más adecuado que estas consultas las llevara a cabo el representante de la insolvencia y no el deudor. Otra opinión fue la de que un clima de colaboración podría dar óptimo resultado en términos de un plan aceptable.

223. Respecto de la cuestión de establecer un nexo entre un plan de reorganización negociado y convenido por el deudor y los acreedores en un contexto extrajudicial y la presentación por el deudor de un plan de reorganización en el contexto de un procedimiento de insolvencia, se indicó que las dos cuestiones se debían tratar en el proyecto de guía por separado, en función de la situación financiera del deudor,

pues en algunos regímenes de la insolvencia sólo es posible recurrir a la vía extrajudicial si el deudor no es insolvente.

Párrafo 4) - Contenido del plan

224. Se expresó apoyo general para la propuesta de que en el régimen de la insolvencia se debía precisar el contenido del plan de reorganización, con miras a asegurar que se definieran en sus detalles esenciales las consecuencias que entrañaría para las diversas categorías de acreedores, así como para otras personas afectadas. En cuanto al contenido concreto, se formularon varias propuestas, incluida la de que en el plan se resolvieran cuestiones como i) las diversas categorías de acreedores y el trato respectivo que se les daría (incluido el momento del pago, cuando se abordara dicho asunto); ii) el régimen aplicable a los contratos, incluidos los contratos de empleo; y iii) la posibilidad de que se vendiera la empresa en su totalidad, así como toda modificación prevista del capital de la sociedad insolvente.

225. Se apoyó, además, la sugerencia de que en la información descriptiva consignada entre corchetes y en cursiva en la segunda frase del párrafo se incluyera en una declaración divulgadora o informativa que se presentaría junto con el plan y no en el plan mismo. En la declaración deberían especificarse, entre otras cosas, detalles sobre el activo y el pasivo del deudor, el trato propuesto para los acreedores, la forma de pagar sus créditos y el plan del deudor para después de la reorganización del negocio o para la liquidación de los bienes del deudor.

Párrafo 5) - Categorías de acreedores

226. Se expresó la inquietud de que la referencia a “la índole y el contenido” de sus respectivos derechos, para la distribución de los acreedores en categorías, resultara demasiado limitada, y se señaló que se debía hacer referencia al orden de prelación, a ciertos compromisos o a la naturaleza y el alcance de la deuda.

227. Se señaló que como en algunos ordenamientos jurídicos se agrupaba en una sola categoría al número con frecuencia elevado de acreedores que eran titulares de créditos de pequeña cuantía, solución que con frecuencia agilizaba el procedimiento, cabría mencionar dicho enfoque en el proyecto de guía.

Párrafo 6) - Aprobación del plan

228. Con respecto a los apartados a) y b) del párrafo 6, se apoyó la opinión de que la referencia a las categorías enumeradas resultaba equívoca, porque podía suscitar dudas respecto de la relación entre ellas, cuestión abordada en relación con el párrafo 8), y que se debía aclarar.

229. Se sugirió que se aclarara en la disposición que sólo podrían votar los acreedores cuyos créditos se hubieran admitido.

230. Se expresó la opinión de que el término “afectados” apartado a) del párrafo 6) no era apropiado, porque si bien todos los acreedores se verían afectados por el procedimiento de insolvencia, se trataba aquí de referirse a los casos en que pudieran verse modificados los derechos de acreedores garantizados o preferentes, ya fuera porque ello se dispusiera en la ley o porque esos acreedores dieran su consentimiento a la modificación. Esta modificación podía relacionarse, por ejemplo, con la prórroga del plazo de reembolso de la deuda y de pago de los intereses.

231. Se sugirió que se aclarara el término “acreedores garantizados” en una definición, ya que podía referirse a supuestos distintos en diversos ordenamientos. Además, se indicó que los derechos y obligaciones de los acreedores garantizados eran por esencia particulares y que tal vez no procediera referirse a ellos como una categoría bien definida.

232. Con respecto al apartado b) del párrafo 6), se sugirió que se hablara de acreedores “ordinarios” y no de acreedores “no garantizados”.

233. Una de las opiniones fue que la aprobación por la mayoría de los accionistas prevista en el apartado c) del párrafo 6) sería apropiada únicamente en situaciones en las que el deudor demostrara su solvencia, porque de lo contrario los accionistas perderían todo interés y no tendrían derecho a votar ni a participar en modo alguno en la distribución de los bienes. Por ello, se sugirió suprimir la disposición. En sentido contrario se dijo que se debía conservar el derecho de voto de los accionistas, como un medio de control de los consejeros o administradores y del personal directivo de la empresa. También se dijo que el tratamiento de los accionistas debía preverse de forma más completa en una sección más general relativa al tratamiento de sus créditos.

234. Recordando un debate anterior relativo al párrafo 12) de la sección sobre los créditos de los acreedores, el Grupo de Trabajo convino en que se debía sustituir la referencia al término “accionistas” por otro término que abarcara todas las categorías posibles de socios mercantiles (por ejemplo, en sociedades anónimas o de todo otro tipo).

Párrafo 7) - Mayoría requerida

235. Hubo cierto apoyo por el parecer de que el texto del párrafo concretaba demasiado y de que el proyecto de guía debía centrarse más bien en presentar opciones como se hacía en el párrafo 279 del Comentario, e indicar las soluciones que no fuesen convenientes, como la unanimidad o la mayoría simple basada en el número de acreedores. Además de establecer lo que podría constituir una mayoría suficiente para la aprobación del plan, se sugirió que en la sección del resumen y las recomendaciones se tratara también de la forma de emitir el voto (asistiendo a la junta general de acreedores, por correo o por algún otro medio). Se observó que el método de votación podría influir a su vez en la mayoría requerida; si la votación se efectuaba por correo, bastaría con una mayoría simple, mientras que si se realizaba en una junta general de acreedores, se requeriría una mayoría calificada. Otra sugerencia fue la que el representante de la insolvencia contribuyera a obtener la mayoría requerida, procurando tal vez contrarrestar el peso excesivo de los acreedores mayoritarios.

Párrafo 8) - Vinculación de los acreedores disidentes al plan

236. Se observó que el texto actual del párrafo no distinguía con claridad entre las situaciones en que los acreedores de una categoría determinada disintieran del voto mayoritario de su propia categoría y aquéllas en que una categoría o categorías de acreedores disintieran del voto expresado por la mayoría de las categorías. Se sugirió que estas dos cuestiones se abordaran en párrafos aparte, en el primero de los cuales se regulara la forma de tratar a los acreedores disconformes de una categoría determinada, y en el segundo, relacionado con la función del tribunal

prevista en el párrafo 9), la manera de tratar a las categorías disconformes de acreedores.

237. Si bien se reconoció que la obligatoriedad para los acreedores de todo plan de reorganización aprobado por la mayoría requerida era indispensable para la reorganización, se señalaron diversas formas de conseguirlo. Con arreglo a ciertos regímenes de la insolvencia, la aprobación del plan por la mayoría requerida, tanto de los acreedores de cada categoría como de las distintas categorías de acreedores, lo haría vinculante para todos los acreedores sin necesidad de medidas ulteriores, como su confirmación o aprobación por el tribunal. Conforme a otras leyes, se señaló que al ser el plan de reorganización un contrato, sólo cabría hacerlo vinculante para todos los acreedores, en particular para los que no lo apoyaran y los que no votaran al respecto, en virtud de un mandamiento judicial.

Párrafo 9) - Confirmación del plan

238. Consciente de los distintos criterios indicados en el contexto del examen del párrafo 8) sobre la necesidad de que el tribunal confirme el plan, el Grupo de Trabajo examinó lo que el tribunal deberá tener en cuenta para otorgar dicha confirmación. Una opinión fue la de que el tribunal debería ceñirse a cuestiones como la corrección formal del procedimiento de aprobación; que los acreedores recibían con arreglo al plan al menos tanto como recibirían, de procederse a liquidación; que en los casos en que se haya de vincular al plan a categorías disidentes de acreedores, que las categorías de rango de prelación más alto sean plenamente reembolsadas antes de procederse al pago de otras categorías, a menos que las categorías de rango superior hayan consentido en otro enfoque; y la legalidad del plan. Se expresó cierta inquietud ante la sugerencia de que se pudiera pedir al tribunal que examinara la viabilidad económica del plan, especialmente en los casos en que ello requiriera la contratación de expertos y el examen de cuestiones económicas en algún detalle. Esta situación se debía distinguir de la cuestión del examen por el tribunal de la viabilidad del plan examinado en el párrafo 289 del Comentario, sin tener que examinar las cuestiones económicas en detalle.

239. Se observó que en los casos en que se requiriera la confirmación del plan a efectos de poder darle curso, el proceso no requería necesariamente procedimientos prolongados ni un análisis exhaustivo del plan, sino que podía arreglarse con miras a reducir al mínimo los costos y facilitar su realización expedita.

Párrafo 10) - Impugnación del plan por los acreedores

240. Se observó que en algunos ordenamientos en que no estaba prevista la confirmación por el tribunal, el párrafo 10) brindaría la oportunidad necesaria a los acreedores disidentes para impugnar la aprobación del plan. Además, se sugirió que cabría abordar en dicho párrafo la cuestión del recurso contra la confirmación por el tribunal de un plan aprobado.

241. Se expresó cierto apoyo a la opinión de que en el párrafo se deberían indicar motivos para impugnar el plan, como el de que no se hubieran cumplido los requisitos de confirmación; que el plan previera un reembolso inferior al obtenible por vía de liquidación; o que el procedimiento seguido para su aprobación fuera incorrecto. Otra opinión fue la de que estos motivos debían limitarse a supuestos de dolo a fin de no dar lugar a la interrupción indebida de la ejecución del plan. Se

observó también que en el párrafo se debería indicar con claridad el momento en que se habrían de formular las objeciones (por ejemplo después de la aprobación y antes de la confirmación o después de la confirmación).

Párrafo 11) - Supervisión de la aplicación del plan de reorganización

242. Se sugirió prever cierto límite para la duración de la supervisión, que habían de llevar a cabo el tribunal o algún otro órgano nombrado para ello, cuando la aplicación del plan fuera a llevar varios años.

Párrafo 14) - Conclusión del plan

243. Se dijo que la conversión del procedimiento de reorganización en otro de liquidación no debía exigir la presentación de una nueva solicitud que entrañara más demoras y trámites innecesarios. Se sugirió como solución que se permitiera presentar la solicitud de un plan de liquidación que previera la venta de bienes en el curso de la reorganización. Se observó, no obstante, al respecto que tal vez fuera necesario comenzar un nuevo procedimiento, cuando la aplicación del plan fracasaba después de haber transcurrido un lapso de tiempo considerable tras la apertura del procedimiento de reorganización. Se sugirió igualmente que debía tratarse la conversión en términos más generales, explicitando que podía sobrevenir en cualquier momento del procedimiento de reorganización y para subsanar situaciones en que el deudor no tuviera intenciones genuinas de iniciar la reorganización, en que se producía una pérdida constante de bienes y no había perspectiva alguna de reorganización, o en que el deudor incumplía las obligaciones que le incumbían en el procedimiento de reorganización.

7. Examen de otras cuestiones

A. Reorganizaciones extrajudiciales y reorganizaciones judiciales agilizadas

244. El Grupo de Trabajo examinó una nota de la Secretaría sobre las reorganizaciones extrajudiciales y reorganizaciones judiciales agilizadas, que se había elaborado con material tomado de sesiones anteriores del Grupo de Trabajo, a saber:

“Las reestructuraciones extrajudiciales y los procedimientos judiciales de reorganización agilizados han demostrado ser un método económico para reestructurar las obligaciones financieras de las entidades que se encuentran en situación económica precaria, y como tales pueden resultar opciones muy valiosas a las que pueden recurrir los comercios y empresas de un determinado país. En todo procedimiento de reestructuración extrajudicial suele haber negociaciones entre el deudor y acreedores de una o más categorías. Si una minoría de los acreedores afectados disiente o insiste en su postura, sólo podrá verse obligada si el procedimiento de reorganización se inicia con arreglo al régimen de la insolvencia y si el tribunal aprueba una reorganización en que se fijen las condiciones de la reestructuración. En tal situación, es posible mantener los resultados positivos del proceso de reestructuración extrajudicial si se agiliza el procedimiento de reorganización.

Las reestructuraciones extrajudiciales no deben fomentarse a causa de las deficiencias, la ineficacia o la escasa fiabilidad del régimen legal de la

insolvencia de un determinado país, sino por las ventajas de equidad y claridad que pueden brindar como mecanismo complementario de un régimen de la insolvencia. Podrían agilizarse los procedimientos judiciales cuando un número sustancial de acreedores hubiera llegado a acuerdo con el deudor pero no hubiera unanimidad.

Procedimientos extrajudiciales

Se ha sugerido que en el proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia se examinaran los diversos procesos distintos de los procedimientos plenarios de reorganización sujetos al régimen de la insolvencia a los que podría recurrirse normalmente para hacer frente a las dificultades financieras o a la insolvencia de una empresa comercial. Al examinarlos habría que hacer referencia a los textos que se han elaborado para prestar asistencia en la fase extrajudicial de estos procesos, como los Principios de INSOL para un enfoque mundial de las soluciones con múltiples acreedores, y examinar también la interrelación entre estos procesos oficiosos y los procedimientos de reorganización sujetos al régimen de la insolvencia.

Casi siempre se recurre a las reestructuraciones extrajudiciales para resolver la deuda con institutos de crédito y otros acreedores institucionales. Sin embargo, con frecuencia se recurre también a la reestructuración cuando hay acreedores no institucionales importantes, generalmente cuando el peso de estos acreedores es tan considerable que no es posible hacer una reestructuración eficaz sin su participación.

Otra característica determinante de las reestructuraciones extrajudiciales es que no afectan por lo general a todas las categorías de acreedores. Es habitual que los acreedores no institucionales (excepto los que se mencionan en el párrafo anterior) reciban el pago mientras sigue en marcha el negocio o que cobren íntegramente con arreglo al plan de reorganización. No es probable que estos acreedores se opongan a la reestructuración propuesta, y tampoco es necesario que intervengan en el proceso.

Procedimiento agilizado de reorganización

La intervención judicial para ejecutar una reestructuración negociada en un proceso extrajudicial es necesaria cuando existe una minoría disconforme de acreedores a los que el deudor y la mayoría de acreedores desean imponer una solución. Ello requiere una modificación no consensual de los derechos contractuales, que puede lograrse únicamente mediante el cumplimiento de las garantías procesales con las que se protege a los acreedores en toda actuación judicial.

Con arreglo a la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la modificación de los derechos contractuales requiere que la reestructuración extrajudicial se convierta en un procedimiento plenario de reorganización con arreglo al régimen de la insolvencia, en el que participen todos los acreedores. Los plazos son normalmente decisivos en la reorganización de las empresas, y los retrasos (habitualmente inherentes a todo procedimiento de insolvencia plenario) pueden resultar fatales para una reorganización eficaz. Así pues, es importante que el tribunal aproveche toda negociación y toda labor realizada antes de la apertura del procedimiento de reorganización con arreglo al

régimen de la insolvencia, y que éste permita al tribunal agilizar los procedimientos de reorganización.

En el proyecto de guía debería especificarse el procedimiento para ejecutar una reestructuración que se haya negociado con anterioridad en un proceso extrajudicial por medio de un procedimiento oficial, y deberían preverse disposiciones conformes al régimen de la insolvencia para facilitar la agilización de los procedimientos de reorganización disponiendo:

- a) Un proceso mas rápido. Por ejemplo, si se ha negociado oficiosamente un plan y otros documentos oficiosos que cumplan los requisitos oficiales del régimen de la insolvencia, y si existe una mayoría importante en su favor, el tribunal debería poder ordenar una reunión o audiencia inmediata, según procediera, lo que ahorraría tiempo y gastos;
- b) Que se declare una excepción respecto de una parte del proceso oficial. Por ejemplo, en caso de que una mayoría suficiente de acreedores de una categoría determinada hayan acordado un plan oficioso para aprobar una reorganización conforme a los requisitos de votación del régimen de la insolvencia -generalmente los acreedores institucionales-, y de que los derechos de los demás acreedores no se vean menoscabados por la aplicación del plan, el tribunal debería poder ordenar una reunión o una audiencia únicamente con esta categoría particular de acreedores.

Sin embargo, no se pretende recomendar que en procedimientos agilizados de reorganización judicial se dé a los acreedores disconformes y a las demás partes una protección inferior a la que determina el régimen de la insolvencia en procedimientos plenarios de reorganización. Los requisitos procesales de los procedimientos agilizados de reorganización deben contener en lo sustancial las mismas salvaguardias y garantías que se prevén para los procedimientos plenarios de reorganización.

Tal vez convenga modificar otras leyes para alentar o prever la reestructuración extrajudicial y los procedimientos de reorganización agilizados. Por ejemplo, estas leyes pueden requerir un consentimiento unánime para ajustar el endeudamiento al margen del procedimiento de la insolvencia, prever que los directores de empresa incurran en responsabilidad por efectuar transacciones durante el período en que se esté negociando una reestructuración extrajudicial, no reconocer las obligaciones por créditos concedidos durante dicho período y restringir la conversión de la deuda en capital social.”

245. Se apoyó en general la propuesta de tratar esos procedimientos en el proyecto de guía. En particular, obtuvo apoyo la tesis de que se incluyera un examen de las vías extrajudiciales oficiosas, en el que se explicaran las circunstancias en que cabría recurrir a dichas vías, las partes que podrían acudir a ellas y los mecanismos disponibles para facilitar su tramitación. Con respecto a las reorganizaciones judiciales agilizadas, se apoyó la idea de que se determinara la forma en que estos procedimientos podrían integrarse en el procedimiento oficial de reorganización; se subrayó la necesidad de describir la propuesta circunstanciadamente indicando, por ejemplo, las situaciones en que podría acudirse a ese procedimiento, los criterios que determinarían su utilización y las salvaguardias aplicables a los acreedores que habría que incluir.

246. Se pidió a la Secretaría que elaborara la propuesta para que el Grupo de Trabajo la examinara en una sesión ulterior.

B. Alcance del régimen de la insolvencia

247. El Grupo de Trabajo examinó los párrafos dedicados al alcance del régimen de la insolvencia, que se habían revisado en función de lo tratado por el Grupo en sesiones anteriores, a saber:

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

- a) qué tipos de deudores pueden estar sujetos al régimen de la insolvencia;
- b) qué tipos de deudores requieren un tratamiento especial y por consiguiente deberían estar sujetos a un régimen especial de la insolvencia y excluidos del régimen general;
- [c) qué deudores tienen una vinculación suficiente con este Estado para estar sujetos a su legislación de insolvencia.]

1) Condiciones de admisibilidad

- a) Un régimen de la insolvencia debería regir los procedimientos de insolvencia de todos los deudores que se dediquen a actividades comerciales [incluidas las empresas estatales dedicadas a actividades comerciales].
- b) Los bancos, las compañías de seguros y otras entidades especificadas que están sujetas a normas especiales y a un régimen especial de la insolvencia podrán quedar excluidas de la aplicación del régimen general de la insolvencia.

2) Jurisdicción

- a) Los procedimientos de insolvencia podrán ser iniciados por el deudor o contra éste si el centro de sus principales intereses o su establecimiento se encuentra en el Estado promulgante.
- b) Salvo prueba en contrario, se presumirá que una persona jurídica tiene el centro de sus principales intereses en el Estado en el que se encuentre su domicilio social.
- c) Salvo prueba en contrario, se presumirá que una persona física tiene el centro de sus principales intereses en el Estado en el que tiene su residencia habitual.”

248. Se propuso sustituir en la sección sobre la jurisdicción la frase “por el deudor o contra éste” por “en relación con el deudor”, puesto que el factor de conexión era sencillamente el deudor. El concepto de carácter voluntario o involuntario de la solicitud presentada se trató en los párrafos dedicados a la solicitud y declaración de apertura de un procedimiento.

C. Solicitud y declaración de apertura de un procedimiento

249. El Grupo de Trabajo examinó los párrafos referidos a la solicitud y declaración de apertura de un procedimiento, que se habían revisado a la luz de sus deliberaciones anteriores, a saber:

“Las disposiciones relativas a la solicitud y declaración de apertura de un procedimiento de insolvencia tienen por objeto:

- a) facilitar el acceso, del deudor o de sus acreedores y de las autoridades competentes, al régimen de la insolvencia;
- b) abrir vías expeditivas, eficientes y económicas para la presentación y tramitación de una solicitud de apertura de este procedimiento;
- c) facilitar el acceso de los interesados al procedimiento de insolvencia que mejor responda a la gravedad de las dificultades financieras del deudor;
- d) proteger tanto al deudor como a sus acreedores de la eventualidad de un recurso indebido al régimen de la insolvencia y establecer salvaguardias básicas.

1) Podrá solicitar a un tribunal la apertura de un procedimiento de liquidación:

- a) todo deudor que demuestre que no puede o no podrá atender al pago de sus deudas a su vencimiento [o que ha contraído deudas que exceden del valor de su patrimonio];
- b) uno o más de los acreedores cuyos créditos [hayan vencido y no hayan sido satisfechos por el deudor] o que puedan demostrar que el deudor [no está o no estará en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento o que ha contraído deudas que exceden del valor de su patrimonio];
- [c) una autoridad designada al efecto, forme o no parte de la administración pública, que actúe en función de [...]].

2) Toda solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia habrá de probar que el deudor es insolvente y, en el supuesto de un procedimiento de reorganización, que hay perspectivas razonables de que la reorganización del deudor prospere:

- a) Si se trata de una solicitud voluntaria del deudor, [la presentación de la solicitud funcionará como dispositivo de apertura automática del procedimiento] [el tribunal determinará sin dilación si se abrirá o no el procedimiento de insolvencia];
- b) Si se trata de una solicitud involuntaria,
 - i) se notificará de inmediato al deudor,
 - ii) se permitirá que el deudor responda a la solicitud, y

-
- iii) el tribunal determinará sin dilación si se abrirá o no el procedimiento de insolvencia.
- 3) El tribunal podrá sobreseer las actuaciones [o transformarlas] si determina que se está haciendo un empleo abusivo del procedimiento.
- 4) En caso de tratarse de una demanda voluntaria del deudor, se dará aviso de la apertura del procedimiento a los acreedores.
- a) La notificación de la apertura de un procedimiento deberá ser dada a cada acreedor por separado, a no ser que el tribunal considere que, en las circunstancias del caso, proceda dar alguna otra forma de aviso. [Deberá darse también aviso a todos acreedor conocido que no tenga una dirección en el territorio del Estado. No será preciso el envío de una carta o comisión rogatoria ni ninguna otra formalidad similar -[Nota destinada al Grupo de Trabajo: ¿convendría reproducir aquí lo dispuesto en la Ley Modelo?]].
 - b) El aviso dado a los acreedores deberá:
 - i) Señalar el plazo indicado para presentar algún crédito, así como el lugar donde deba presentarse;
 - ii) Señalar si los acreedores con créditos garantizados deberán presentar dichos créditos, según estén o no plenamente cubiertos por el valor de su o sus garantías;
 - iii) Contener toda otra información que sea obligatoria en la notificación que ha de darse a los acreedores con arreglo [*al derecho interno del Estado y a todo mandamiento dictado al respecto por el tribunal*].”

250. Se expresó cierta preocupación por el hecho de que, según el párrafo 2), debía probarse que había perspectivas razonables de que la reorganización del deudor prosperara. Se propuso que en el párrafo 3) se previera la posibilidad de imponer sanciones, en el supuesto de que se presentaran solicitudes sin que mediaran motivos justificados.

251. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no concluyó el examen de los párrafos revisados sobre la solicitud y declaración de apertura de un procedimiento.