



Asamblea General

Distr. general
27 de abril de 2004
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
37º período de sesiones
Nueva York, 14 de junio a 25 de junio de 2004*

Proyecto de Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia

Nota de la Secretaría

Compilación de las observaciones presentadas por organizaciones internacionales

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Compilación de las observaciones	2
Organizaciones internacionales	2
Comisión Europea - Dirección General de Justicia e Interior	2
Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo	4
Organización Internacional del Trabajo (OIT)	6
Departamento Jurídico del Fondo monetario Internacional	8

* Fechas revisadas.



I. Introducción

1. Como preparativo del 37° período de sesiones de la Comisión, se distribuyó entre las autoridades competentes de todos los Estados y organizaciones internacionales interesadas, el texto del proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia, conforme fue aprobado, en principio, por la Comisión en su 36° período de sesiones, en 2003, y por el Grupo de Trabajo en septiembre del mismo año, a fin de recabar toda observación que desearan hacer al respecto. A continuación pueden verse reproducidas las observaciones recibidas al 26 de marzo de 2004, que se refieran explícitamente al contenido de dicho proyecto de guía.

II. Compilación de las observaciones

Organizaciones internacionales

Comisión Europea

Dirección General de Justicia e Interior

[Original: inglés]

En primer lugar, el proyecto de guía nos informa de que su texto está destinado a ser utilizado como punto de referencia por el legislador, pero sin que su objetivo sea ofrecerle un juego unitario de soluciones. En su lugar, las recomendaciones que figuran al final de cada sección tratan de ofrecer una visión ponderada de los diversos objetivos de un régimen de la insolvencia, examinando el procedimiento de ámbito universal y de ámbito territorial, y de liquidación o de reorganización de la empresa, así como las diferencias entre los regímenes favorables al deudor y los favorables a sus acreedores, y entre los créditos ordinarios y los garantizados. Dicho enfoque parece contradecir la necesidad de que se armonice dicho régimen por medio, por ejemplo de un instrumento internacional jurídicamente vinculante para todo Estado que pase a ser parte en el mismo. En aquellos casos en que las recomendaciones abordan expresamente alguna cuestión del régimen sustantivo de la insolvencia, cabe suponer que las directrices legislativas tratarán de ofrecer una solución pragmática, dada la dificultad de encontrar una única solución para cuestiones que la jurisprudencia interna ha resuelto de modo diferente. Ahora bien, cuando se hayan de aplicar reglas de competencia jurisdiccional o de conflictos de leyes a una insolvencia de ámbito transfronterizo, será necesario que la solución encontrada sea compatible con la normativa interna de los diversos países afectados.

Por ello, el proyecto de guía se refiere a ciertos instrumentos actuales del derecho internacional privado, tales como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza y el Reglamento del Consejo de Europa N° 1346/2000 de 29 de mayo de 2000, sobre el procedimiento de insolvencia. El proyecto de guía menciona, en particular, las definiciones del centro donde el deudor haya radicado sus principales intereses y del establecimiento del deudor como posibles factores de conexión para la apertura en dicho lugar de un procedimiento. Ahora bien, existe cierta incoherencia lo dicho en entre el párrafo 99 -“en particular cuando las partes sean de un país extranjero, procedería que la ley indicara claramente cuál es el tribunal competente para esta o aquella función”- y en la nota de pie de página

número 8 -“esta recomendación tiene la finalidad de indicar los motivos mínimos y no exclusivos para abrir un procedimiento de insolvencia. En algunos países cabe invocar otros motivos, como pudiera ser la presencia de bienes”. No vemos justificación alguna para seguir empleando el criterio de la presencia de bienes. Con ello no pretendemos que dicho motivo no pueda existir, sino que, si se admite dicho motivo, debe insertarse en el propio texto de la recomendación. Ahora bien si no se admite ese motivo o se estima que es un motivo débil (véase el párrafo 98 que dice: “el criterio de la presencia de bienes puede suscitar el problema de la pluralidad de foros competentes, así como la posibilidad de que se inicien diversos procedimientos, lo cual dará lugar a problemas de coordinación y cooperación”), no parece estar claro qué es lo que se está recomendando.

En **segundo** lugar, en el marco de la recomendación 18) de la página 75, así como del párrafo 583 de la página 246 y de la recomendación 158) de la página 256 que trata de los requisitos de forma y tiempo para la presentación de créditos extranjeros, no estaría de más mencionar la reglamentación explícita en los artículos 40 a 42 del Reglamento N° 1346/2000 CE del aviso que ha de darse a los acreedores.

En el marco del párrafo 161 de la página 79, que nos dice que otros regímenes de la insolvencia disponen que las garantías reales no se verán afectadas por la apertura de un procedimiento y que los acreedores garantizados podrán hacer valer sus derechos tanto contractuales como legales, convendría señalar que dicho principio ha sido ya formulado, en un contexto transfronterizo, en el artículo 5 del Reglamento N° 1346/2000 CE.

En el marco del párrafo 166 de la página 80 convendría referirse a la solución dada en dicho Reglamento inspirada en el principio de la apertura de un procedimiento de ámbito universal, pero sin excluir la posibilidad de que se abra algún otro procedimiento secundario, cuyo ámbito quedaría circunscrito al territorio del Estado Miembro de la Unión Europea interesado. Se ha previsto en el Reglamento el reconocimiento automático de los fallos extranjeros, así como ciertas reglas especiales para coordinar la actuación de los liquidadores.

En el marco de los párrafos 324 y 325 y de la recomendación 74) de la página 151 relativa a las “Garantías reales”: tal vez proceda mencionar el artículo 8 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en manos de un intermediario, que fue aprobado el 13 de diciembre de 2002.

En lo relativo al examen de los créditos privilegiados o dotados de alguna prelación especial el párrafo 632 de la página 263 dice que esta cuestión puede tener particular trascendencia en supuestos de insolvencia transfronteriza. Además de la remisión que se hace en dicho párrafo a la Ley Modelo de la CNUDMI, cabría describir brevemente la solución equilibrada adoptada por la Unión Europea en el artículo 4.2 i) del Reglamento N° 1346/2000, es decir, la de prever que el orden de prelación de los créditos se determinará con arreglo a la ley del foro ante el que se haya abierto el procedimiento (principal o secundario).

Pasando, por último, a la cuestión crucial del régimen aplicable a los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia, la sección C, en las páginas 267 a 270, se muestra favorable a una aplicación extensiva del régimen de la insolvencia en el que se prevea el supuesto de las sociedades agrupadas o grupos de empresas sin dejar de señalar ciertos inconvenientes de dicho enfoque. En la

Unión Europea se argumentó a favor tanto de un enfoque centrado en el “grupo de sociedades” (determinado a la luz de criterios económicos) como de un enfoque centrado en la “persona jurídica constituida” (determinada a la luz de la plena responsabilidad gestora de su oficina central). Cabe decir que, el nuevo Reglamento de la EU no ha previsto el tratamiento “consolidado” o mancomunado de la responsabilidad de las empresas de un mismo grupo. Ahora bien, cabe señalar en la jurisprudencia interna ciertas sentencias contradictorias que revelan la dificultad de aplicar en la práctica criterios comunes.

Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo¹

[Original: inglés]

Observaciones generales

Al presentar las siguientes observaciones, el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) es consciente de la importancia de la insolvencia para las economías en curso de transición de Europa oriental y de Asia central y de que, en el marco de su labor en esta esfera, el BERD centrará su encuesta del presente año sobre nuevos indicadores jurídicos (*New Legal Indicator Survey: NLIS*) en el tema de la insolvencia. Dicha encuesta tratará de evaluar la eficacia práctica del régimen de la insolvencia existente en países miembros del BERD con miras a determinar los puntos fuertes y débiles del régimen de la insolvencia de dichos países. El BERD tuvo asimismo en cuenta la índole complementaria de la labor del Banco y de la CNUDMI, al interesarse principalmente el Banco en las ventajas económicas de un régimen eficaz, eficiente y transparente de la insolvencia. Su examen del proyecto de guía permite al Banco expresar su parecer de que sus recomendaciones propiciarán el logro de dichas metas, al tiempo que imparte directrices normativas claras que pueden ser de utilidad para países tanto del *common law* como de tradición jurídica civilista y para economías tanto desarrolladas como en desarrollo.

Observaciones pormenorizadas

El párrafo 126 informa de que no existe un consenso general sobre si la apertura de un procedimiento de reorganización podrá ser solicitada no sólo por el deudor insolvente sino también por un acreedor. El Banco estima que es esencial facultar a los acreedores para solicitar la apertura de dicho procedimiento, no sólo porque cabe prever que el personal gerente de la empresa deudora dimita al declararse la insolvencia, sino también por el deseo que abrigarán normalmente los acreedores de poder controlar de algún modo el procedimiento de insolvencia. Como la Guía indica, la mayoría de los regímenes internos permiten que un acreedor solicite la apertura de un procedimiento de liquidación. Si se permite igualmente que un acreedor, que solicite la apertura de un procedimiento de reorganización, retenga cierto “control” del procedimiento abierto, cabe igualmente prever que es mucho más probable que los acreedores opten por la vía de la reorganización. Ello sería particularmente cierto en el marco de un régimen en el que sea probable que la parte que solicite la apertura del procedimiento pueda además elegir al administrador de la insolvencia. Es mucho más probable que los acreedores se muestren favorables a

¹ Las observaciones facilitadas por el Banco no fueron presentadas a su personal directivo para ser oficialmente refrendadas.

la vía de la reorganización de la empresa si se sienten seguros de que “su” administrador de la insolvencia estará al frente del negocio del deudor.

El párrafo 142 habla de la notificación que ha de darse a raíz de la presentación de una solicitud de apertura. La Guía sugiere que, en algunos supuestos, el deudor esté exento de la obligación de avisar a los acreedores de su solicitud de apertura de un procedimiento. Si bien pueden darse supuestos en los que proceda obrar así, se ha de sopesar dicha conveniencia frente a la inquietud suscitada por todo régimen de la insolvencia que anteponen, tras la apertura de un procedimiento, el pago de los gastos de administración de la insolvencia a la satisfacción de los créditos de los propios acreedores garantizados. Si el régimen de la insolvencia otorga prelación suprema a dichos gastos administrativos, estimamos que todo acreedor garantizado deberá ser notificado de la solicitud de apertura de un procedimiento y que, de no darse ese previo aviso, no cabe anteponer los gastos incurridos por el administrador de la insolvencia a la satisfacción del crédito de dichos acreedores. De estimarse en algún régimen jurídico que dicha notificación no sería práctica, sugerimos que dicho régimen disponga que toda declaración de apertura de un procedimiento de insolvencia deberá ser notificada a los acreedores garantizados, por el administrador de la insolvencia, dentro de un plazo razonable, y que se habilite explícitamente a los acreedores garantizados para solicitar modificaciones en el régimen de prelación de los gastos dimanante de la declaración de apertura de un procedimiento.

El párrafo 143 trata del aviso que ha de darse al deudor por los acreedores cuando éstos optan por abrir un procedimiento, pero no dice nada acerca de si dichos acreedores deben dar aviso de su actuación a otros acreedores. No está claro si dicha omisión es o no intencionada. Por las razones descritas en el párrafo anterior, salvo que alguna urgencia excepcional lo haga inviable, dichos acreedores deberían dar aviso de su tentativa de apertura de un procedimiento a todo acreedor garantizado conocido de ese mismo deudor.

El párrafo 324 sugiere que toda garantía real otorgada a un acreedor que no sirva de contrapartida para el “préstamo de nuevos fondos” será impugnabile con arreglo al régimen de la insolvencia. Se parte pues de la presunción de que la operación no sería impugnabile si la garantía real se otorga como contrapartida del préstamo de “nuevos fondos”. Cabe sugerir que el Grupo de Trabajo extienda el alcance de este criterio para que no sea tan sólo el “préstamo de nuevos fondos” lo que sirva de amparo a la operación constitutiva de la garantía, sino la aportación de todo nuevo contravalor o contraprestación que sea reconocida como tal por el derecho interno aplicable. La presente distinción sería importante, por ejemplo, respecto de los denominados acuerdos de abstención por los que algún acreedor convenga suspender la ejecutoriedad de algún derecho ejecutorio. Dicha abstención sería una contrapartida válida, con arreglo al derecho interno de muchos países, y debería ser amparable por el otorgamiento de alguna garantía real nueva que compensara dicha abstención. Si bien es cierto que en este supuesto el acreedor no estaría inyectando nuevos fondos en efectivo en la empresa deudora, sí estaría otorgando un valor legítimo que justificara la constitución de una nueva garantía.

El párrafo 402 sugiere que el régimen de la insolvencia indique el grado de relación entre el deudor y el administrador de la insolvencia que pudiera dar lugar a un conflicto de intereses. Compartimos plenamente dicho parecer en aras de la transparencia del procedimiento de insolvencia. Sugerimos, por ello, que el Grupo de Trabajo vaya aún más lejos y recomiende que se prohíba sin más cierto tipo de

relaciones. Por ejemplo, cuando el administrador de la insolvencia (tal vez un contable colegiado o una empresa de contaduría) haya actuado, en el pasado, como auditor de la empresa deudora sería impropio que actuara ahora como administrador de la insolvencia. Todo vínculo tan estrecho puede dar lugar a conflictos de intereses, como en el del notorio caso “Enron” donde ciertas prácticas contables de la empresa y de su auditor provocaron, de hecho, la insolvencia de dicha empresa. En dicha situación, el administrador de la insolvencia sería el encargado de actuar en justicia en nombre de los acreedores de la empresa insolvente, por lo que se produciría un notorio conflicto de intereses si la propia empresa del administrador figuraba entre los presuntos culpables.

Organización Internacional del Trabajo (OIT)

[Original: inglés]

La Oficina Internacional del Trabajo ha seguido con interés la labor del Grupo de Trabajo V sobre el régimen de la insolvencia y desea presentar las siguientes observaciones a los documentos A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I) y A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II) con miras a la próxima aprobación del texto finalizado de la futura guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia.

Respecto de los objetivos fundamentales de todo régimen eficaz y eficiente de la insolvencia, enunciados en la primera parte de la guía legislativa, la OIT disiente de la formulación dada al objetivo número 8 en el párrafo 21 (página 16) en donde se declara que los “grados de prelación deberían basarse, en la medida de lo posible, en acuerdos comerciales, y no reflejar criterios sociales y políticos que podrían distorsionar el resultado de la insolvencia” y que sugiere a continuación que “convendría evitar dar prelación a créditos que no estuvieran basados en acuerdos comerciales”. La OIT opina que dicha fórmula constituye una distorsión ideológica del objetivo de que se establezcan reglas claras para la determinación del rango de prelación de los créditos. La formulación actual de dicho objetivo aboga claramente en favor de que se otorgue prelación a las instituciones crediticias y otros acreedores financieros, en detrimento esencialmente de los trabajadores cuyo esfuerzo es, no obstante, indispensable para que toda empresa sea financieramente solvente.

Los acreedores financieros cobran un interés por los préstamos que otorgan a sus deudores, en el que esté incorporado el factor de riesgo implícito a toda operación de préstamo. El riesgo de que el préstamo no sea reembolsable es un riesgo comercial en el que incurre todo acreedor financiero. De hecho, dichos acreedores cobran un tipo de interés distinto según cual sea el grado de riesgo que el cliente suponga para ellos. Si pese a ese riesgo dichos acreedores aceptan el negocio que la operación supone, cabría esperar que acepten igualmente la pérdida que les suponga la insolvencia eventual de su cliente. En cambio, un principio básico del contrato laboral es que el trabajador no asume en modo alguno el riesgo comercial de su empleador. Cabe por ello decir que el enfoque adoptado por el proyecto de guía legislativa supone, ni más ni menos, un traslado del riesgo comercial de la operación desde los hombros de los acreedores financieros y del contratista a los hombros de los trabajadores contratados. Pese a lo que pueda ser la opinión de los autores de la nueva guía lo cierto es que la mayoría de los países del mundo han adoptado la decisión de reconocer un privilegio a los créditos salariales de los trabajadores en todo supuesto de insolvencia de su empleador. En el momento actual 95 países son Partes en el Convenio relativo a la protección del salario de la OIT, 1949 (Nº 95),

cuyo artículo 11 obliga a todo Estado parte a tratar a los trabajadores como acreedores privilegiados en todo supuesto de quiebra o de liquidación judicial de su empresa. La OIT opina que dichos países no podrán aceptar la propuesta de la CNUDMI salvo que repudien una obligación internacional por ellos contraída.

Respecto de la segunda parte de la Guía Legislativa relativa a las disposiciones fundamentales para un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia, la OIT objeta la postura adoptada en el párrafo 629 al decirse que “algunas prelación se fundamentan en consideraciones sociales que cabría regular mejor conforme a otras ramas del derecho tales como la normativa legal protectora del bienestar social, en vez de fijar, en el régimen de la insolvencia, objetivos sociales muy indirectamente relacionados con los problemas del endeudamiento y de la insolvencia” dado que, según se dice, los problemas sociales de esa índole, sólo se podrán resolver, en el mejor de los casos, en el marco de un régimen de la insolvencia de forma incompleta e inadecuada, pero restando, al mismo tiempo, eficiencia al procedimiento de insolvencia. El peligro reside en que, en aras de facilitar la viabilidad de una empresa insolvente y de hacer que el procedimiento de insolvencia resulte menos gravoso para los acreedores garantizados y el personal gestor de la insolvencia, la Guía no sólo presta escasa atención a los parámetros sociales de la insolvencia y del procedimiento de liquidación, sino que sugiere abiertamente que toda preocupación de amparo social de los trabajadores en un supuesto de insolvencia de su empleador debe quedar al margen del régimen de la insolvencia. La OIT abriga graves dudas respecto del acierto del parecer reflejado en el proyecto de guía de que el régimen de la insolvencia no debe tratar de ocuparse de la problemática social. En su formulación actual, la Guía suscita la inquietud de que su intención real es la de dismantelar el régimen privilegiado que ampara los créditos salariales de los trabajadores, pese a ser un régimen de aplicación prácticamente universal, a fin de amparar mejor los intereses de los acreedores institucionales. Ello es tanto más grave cuanto que la Guía no parece proponer ninguna alternativa válida viable a dicho régimen privilegiado, dado que las instituciones de salvaguardia de los créditos salariales, brevemente mencionados en la Guía son “arreglos de país rico” que difícilmente podrían crearse o funcionar en países del mundo en desarrollo.

Además, la OIT considera que los párrafos 633 y 634 (págs. 263 y 264) constituyen un mal reflejo de la práctica estatal internacionalmente difundida, que reconoce ampliamente la necesidad de amparar de modo especial los créditos de los empleados, otorgándoles un rango de prelación superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados. Es ciertamente significativo que el proyecto de texto no mencione el caso de aquellos países en donde los créditos de los trabajadores gozan de un “privilegio de rango superior” por delante de todos los demás créditos, incluidos los créditos garantizados (a este respecto, la definición que se da en la parte introductoria de la Guía del término “prelación absoluta” (en inglés “*superpriority*”) es incorrecta por lo que debe ser reformulada). La OIT ha tenido ocasión de presentar una formulación alternativa de estos dos párrafos en la que se describe con mayor fidelidad el derecho y la práctica actual en la mayoría de los países, sin que parezca que dicha formulación haya sido en modo alguno retenida. La OIT desea referirse de nuevo al Estudio general, correspondiente al año 2003, sobre la aplicación del Convenio relativo a la protección del salario de 1949 (Nº 95) preparado por la Comisión de Expertos de la OIT en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, en cuyos párrafos 298 a 353 se analiza con cierto detalle el régimen legal interno de muchos países para el amparo de los créditos salariales de

los empleados por sus servicios prestados. [Se envía una copia junto con observaciones].

Más aún, la recomendación 174) (página 267) parece dar a entender, en su formulación actual, que los créditos salariales de los trabajadores deben ser agrupados junto con otros créditos privilegiados en una única categoría de créditos prioritarios que deberán ser satisfechos con arreglo a cierta tasa (y no plenamente) en todo supuesto de insuficiencia de la masa para satisfacer los créditos. Este parecer refleja una práctica de cierto número de países del *common law*, que dista mucho de haber sido generalmente aceptada. De hecho, en la gran mayoría de los países, los créditos salariales de los trabajadores constituyen una categoría privilegiada que goza de una prelación superior a la de los créditos estatales o públicos y a la de los créditos de la seguridad social. Este parecer ha sido incorporado al artículo 8 1) del Convenio de la OIT sobre la protección de los créditos laborales (en supuestos de insolvencia) de 1992 (Nº 173), que exige que los Estados Miembros otorguen a los créditos de los trabajadores una prelación superior a la de los restantes créditos privilegiados y en particular a la de los créditos públicos o estatales y a la de los créditos de la seguridad social.

En conjunto, la OIT opina que la labor en curso del Grupo de Trabajo V sobre el régimen de la insolvencia interesa del modo más directo a la labor de su propio programa relativo a la dignidad y honradez en las relaciones laborales, contrariando en algunos aspectos directamente los objetivos normativos y las prioridades de la OIT. La OIT desea seguir de cerca las deliberaciones del Grupo de Trabajo a fin de evitar que se ignoren sin más los conceptos y principios básicos de los instrumentos actualmente en vigor de la OIT en el campo del derecho de la quiebra y de la insolvencia. Conforme a lo dicho en el ya mencionado Estudio general de la Comisión de Expertos de la OIT (párrafo 505), el proceso de racionalización internacional del régimen de la insolvencia no debe en modo alguno contribuir a que dicho régimen se vuelva socialmente insensible. La asignación de un rango de prelación preferente a los salarios y otros emolumentos de los empleados constituye una piedra angular del derecho laboral de casi todos los países, por lo que la Comisión de Expertos aconseja firmemente que no se cuestione dicho principio sin ofrecer algún otro arreglo protector equivalente como pudiera ser el de la constitución de un fondo de garantía de salarios o de un programa de seguros que facilite una fuente independiente de fondos con los que sea posible saldar los créditos salariales de los empleados.

Departamento Jurídico del Fondo Monetario Internacional

[Original: inglés]

1. Visión de conjunto

El Departamento Jurídico del Fondo Monetario Internacional (FMI) desea hacer algunas observaciones más sobre algunos aspectos clave del examen, efectuado en la nueva Guía, del proceso de reorganización, así como sobre alguna otra sección de dicha Guía. La presente nota comienza por el tema de la reorganización, para pasar luego a examinar algunos de los capítulos por el orden en que aparecen en la Guía.

2. Procedimiento de reorganización

Como se observó en otras observaciones anteriores, la inquietud básica del FMI guarda relación con el régimen de votación de los acreedores para la aprobación del plan de reorganización y algunos aspectos de la vía de reorganización. Debe insistirse en que no se pretende modificar, con las presentes observaciones, la orientación normativa de la Guía, sino buscar la manera para que la Guía exponga de manera más concreta y analítica las opciones normativas existentes en esta importante esfera.

En primer lugar se debe declarar explícitamente en el comentario y en las recomendaciones que, si los derechos de los acreedores garantizados y de otros acreedores que gocen de alguna prelación pueden verse afectados por el plan de reorganización, dichos acreedores deberán poder votar, en todo supuesto, por categorías separadas unas de otras y de los acreedores ordinarios. En su formulación actual, la Guía no excluye que el plan pueda ser aplicable a los acreedores prioritarios ni tampoco declara explícitamente que dichos acreedores deberán en todo supuesto poder votar por categorías separadas. Cabe, por ello, entender que el texto actual de la Guía permite que se pueda forzar a los acreedores prioritarios a votar junto con los acreedores ordinarios. Ello podría, a su vez, dar lugar a un debilitamiento extremo, o a una privación total, de la garantía otorgada a los acreedores prioritarios, lo que supondría, entre otras cosas, una oferta menor de crédito financiero a dichos países y a precio más elevado. Cabría responder a ese riesgo insertando en el texto de las recomendaciones 130) y 133), así como en la tercera oración del párrafo 515 del comentario², algún texto por el que se insista en la necesidad de que todo acreedor que goce de una garantía real o de alguna otra prelación reconocida deberá votar, en todo supuesto, por categorías separadas.

En segundo lugar, la Guía deberá aclarar y examinar de modo más sistemático que el régimen de la insolvencia debe reconocer a todo acreedor discrepante que haya de aceptar un plan de reorganización (que sea vinculante tanto para los miembros minoritarios de una categoría que haya dado su aprobación al plan como para los miembros de una categoría que, en cuanto tal, lo haya rechazado. El comentario menciona de paso diversos tipos de medidas de amparo (la regla de un valor de liquidación mínimo, la regla de la prelación absoluta, etc.), pero sin examinar sistemáticamente ni dar aclaración alguna de las medidas de amparo mínimas que habrán de observarse respecto de los acreedores discrepantes para que un plan pueda ser tenido por aceptable. Por el contrario, el examen efectuado es a la vez limitado y discontinuo³.

² Cabría reformular el párrafo 515 en términos como los siguientes (texto adicional subrayado): “el hecho de permitir que los acreedores garantizados o prioritarios voten como una categoría aparte supone una salvaguardia mínima para un amparo adecuado de sus créditos, y un reconocimiento de que sus respectivos derechos y garantías difieren de los de los acreedores ordinarios o no garantizados”.

³ Por ejemplo, la primera oración del párr. 508 dice únicamente que “tal vez sea necesario” amparar a los acreedores discrepantes; y el párr. 532 dice que los regímenes en los que se prevé en la imposición del plan a los discrepantes suelen “en general” prever ciertas salvaguardias para los acreedores (sin que se aclare en ninguno de los dos párrafos cuáles son las salvaguardias adecuadas en cada supuesto). De modo similar la recomendación 134) se limita a observar que el régimen legal debería regular “el trato” que deba a darse a cada categoría disidente de acreedores cuando no sea obligatoria la aprobación del plan por todas las categorías;

En tercer lugar, pese a que la cuestión está bien examinada en el comentario, las recomendaciones no prevén cómo ha de procederse para la subdivisión de los acreedores ordinarios en subcategorías para la emisión del voto⁴. Conforme se examina en el comentario, pese a su eventual complejidad, la subdivisión de los acreedores ordinarios puede ser en ocasiones un medio indispensable para obtener la aprobación del plan de reorganización por los acreedores. Por consiguiente, no estaría de más reformular el texto para que indicara que el régimen de la insolvencia podría ofrecer asimismo la posibilidad de subdividir a los acreedores ordinarios en nuevas categorías.

En cuarto lugar, además de las cuestiones anteriormente examinadas suscitadas por la aprobación del plan y las reglas de la votación requerida al respecto, otra inquietud suscitada por la vía de reorganización propuesta guarda relación con el examen que se hace (párrs. 535 y 538) de la autoridad del tribunal para rechazar o denegar la confirmación de un plan por razón de su falta de “viabilidad” económica. El único ejemplo de dicha falta de viabilidad que se da en dichos párrafos (la falta de acuerdo para resolver la cuestión de los créditos garantizados) parece justificado, pero la cuestión de la falta de viabilidad es mucho más amplia, por lo que cabría invocarla para rechazar un plan en supuestos y por motivos menos justificados. Dada la complejidad de este tipo de decisiones económicas y a la luz de la consideración de que los acreedores son los que mejor pueden evaluar dicha decisión, estimamos que el régimen de la insolvencia no debería facultar al tribunal para rechazar por razones de viabilidad un plan que haya sido aprobado por los acreedores, o debería definir con mayor precisión los supuestos en los que podrá ejercitar dicha facultad. Cabría insertar algún texto respecto, no sólo en el comentario (p.ej. en su párr. 539), sino también en las recomendaciones.

Cabe hacer las siguientes observaciones adicionales respecto de la reorganización de la empresa:

- Para evitar toda discrecionalidad judicial excesiva (así como, las demoras prolongadas a que suele dar lugar), las recomendaciones 123) y 125) deberían precisar cuáles son los supuestos en los que cabría prorrogar el plazo de exclusividad y el plazo para la presentación del plan, o deberían indicar, al menos, ciertos motivos bien definidos para la concesión de dichas prórrogas.
- Procedería retener sin modificaciones los textos entre corchetes, eliminando dichos corchetes, en las recomendaciones 128) b) i) y c) v) a vii), y 138) e) y f).
- En la recomendación 139) a) y b), la remisión que se hace a las recomendaciones 142 y 144 debería probablemente hacerse a las recomendaciones 138 y 140.

la recomendación 137) prevé que la posibilidad de que sigan utilizándose los bienes y gravados contra la voluntad del acreedor garantizado sin examinar ninguna medida concreta de salvaguardia al respecto; y la recomendación 138) no explica que es lo que constituye un trato “justo y equitativo” de los acreedores que autorice la confirmación judicial del plan (pese a que muy poco lectores fuera de los Estados Unidos entiendan el significado de dicho término en el derecho de los Estados Unidos).

⁴ El texto actual (recomendación 130)) dice únicamente que el régimen deberá prever “la posibilidad de que los acreedores puedan votar o no por categorías en función de sus respectivos de derechos”, lo que no significa que se prevea la posibilidad de subdividir a los acreedores *ordinarios* en otras subcategorías.

- Respecto de la vía de reorganización agilizada, cabría eliminar el texto entre corchetes de la recomendación 146) b), ya que no es probable que dichas vías de votación hayan sido previstas en muchas economías de mercado emergentes.
- No está clara la importancia del requisito enunciado en la recomendación 150) de que se notifique “individualmente” a los acreedores de la apertura de un procedimiento agilizado. Debemos observar, no obstante, que se está recurriendo cada vez más a la vía de reorganización agilizada no sólo respecto de acreedores bancarios que son fáciles de identificar sino respecto de acreedores dispersos que son simples tenedores de bonos u obligaciones bursátiles. Por ello, convendría que el procedimiento agilizado no obligara al representante de la insolvencia a notificar por separado a cada acreedor, sino que le permitiera dar dicho aviso a través de un síndico o de todo otro mecanismo bursátil estipulado en dichos bonos u obligaciones.
- En la recomendación 153), parece preferible la primera variante presentada entre corchetes, dado que restablecería los derechos originarios de los acreedores, en el supuesto de que fracase el plan de reorganización agilizada. La segunda variante entre corchetes, por la que se pide la conversión del procedimiento en un procedimiento de liquidación, al fracasar la ejecución del plan confirmado tal vez haga que el deudor se sienta reacio a recurrir a la vía expeditiva, demorando el momento en que debería comenzar hacer frente a sus dificultades financieras.

3. Glosario

Seguimos abrigando las siguientes inquietudes respecto del Glosario, que ya fueron señaladas en anteriores ocasiones:

Empleo del término “tribunal”: En el párrafo 5 del Glosario debería precisarse que toda otra vía, que se prevea como una alternativa de la vía judicial, podrá ser una opción válida, siempre que *la vía alternativa considerada esté permitida por la ley del foro competente*. Es preciso tener en cuenta que la mayoría de los ordenamientos jurídicos imponen ciertos límites *constitucionales* al abandono de la vía judicial y a su sustitución por una vía administrativa distinta de la judicial. Por consiguiente, aun cuando sea posible tramitar la insolvencia ante algún órgano administrativo, las partes involucradas en un procedimiento de insolvencia estarán siempre facultadas para llevar, en última instancia, su controversia ante un *tribunal judicial*.

“Protección del valor de los bienes gravados”: Cabría suprimir la larga descripción que se da en el glosario de esta expresión, por razón de la complejidad de la noción descrita, así como de la posibilidad de adoptar un enfoque distinto (como el de amparar, en su lugar, el valor del crédito garantizado), no descrito en el Glosario, y por razón de que esta noción se examine con mayor detalle y claridad en la segunda parte de la Guía.

“Deuda garantizada”: La primera definición entre corchetes (cuantía global de los créditos garantizados) es preferible a la segunda (créditos correspondientes a los acreedores garantizados), aun cuando ninguna de las dos definiciones sea plenamente clara. El rasgo principal reconocido en otros lugares de la Guía (y contradicho en la segunda definición), es el de que el alcance de la cobertura del crédito por la garantía vendrá determinado por el *menor de dos valores*: el valor del

crédito garantizado o el valor del bien gravado. Cabría por ello aclarar en el Glosario que sólo cabrá considerar como “deuda garantizada” la cuantía del crédito garantizado que esté cubierta por el valor del bien gravado, ya que todo otro criterio reportaría al acreedor un valor superior al negociado.

“Garantía real”: La primera oración de la definición es inexacta, por lo que debería suprimirse. En primer lugar, (y conforme se observa en la segunda oración), no es preciso que la garantía real sea otorgada por una de las partes, ya que también puede ser constituida sin acto voluntario alguno de las partes o por imperativo legal. En segundo lugar, la garantía real no “compromete” de por sí al deudor a pagar o cumplir con su obligación; el compromiso de pagar o de cumplir una obligación *nace del contrato subyacente*, y la garantía real se limita a otorgar al acreedor un cierto derecho en el supuesto de que el deudor incumpla su obligación de pagar o de efectuar alguna prestación.

“Paralización de las actuaciones”: Además de las acciones concernientes a los bienes, los derechos, las obligaciones y las deudas del deudor, tal vez procedería hablar de *toda acción dirigida contra el deudor*.

“Acreedor no garantizado”: En relación a la observación que se hizo respecto de “deuda garantizada”, cabría aclarar que la noción de “acreedor no garantizado” puede abarcar a un acreedor garantizado en la medida en que el valor de su crédito sea superior al del bien gravado.

4. Marco institucional

En relación con la observación efectuada anteriormente en lo concerniente a la definición de “tribunal”, el párrafo 75 debería aclarar que aun cuando se dé al representante de la insolvencia o a algún tercero un amplio mandato a fin de limitar en lo posible la intervención judicial, esa intervención seguirá siendo necesaria en la mayoría de los ordenamientos *tan pronto como surja algún desacuerdo respecto de alguna competencia asignada al representante de la insolvencia*, lo que demuestra, a su vez, la conveniencia de reforzar la capacidad operativa de la judicatura en aquellos países en donde pudiera resultar insuficiente. El texto actual del comentario, en dicho párrafo, podría ser falsamente leído como dando a entender que cabe prescindir de la actuación judicial (y aplazar, por tanto, el desarrollo de la capacidad de la judicatura), lo que no es exacto.

5. Bienes que constituyen la masa de la insolvencia

Si bien somos conscientes de que este asunto se examina en más detalle en otras partes de la Guía, esta sección (en particular su párr. 160) debería indicar más claramente que deberá otorgarse una protección adecuada en todo supuesto en que un bien gravado haya de seguir formando parte de la masa de la insolvencia. Por ejemplo, procedería decir en la primera oración del párrafo 160, al hablar de los bienes gravados que formen parte de la masa, que dichos bienes *deberán* (no meramente “podrán”) *ser* objeto de cierta protección. La última oración de dicho párrafo debería indicar asimismo explícitamente que el régimen de la insolvencia *deberá amparar explícitamente los derechos reales de los acreedores garantizados sobre los bienes gravados*.

El comentario (párr. 173) observa acertadamente que existen diferencias de un ordenamiento a otro respecto de si la fecha de constitución de la masa será la fecha de solicitud o de declaración de apertura del procedimiento o algún otro hecho. Ahora bien, la cláusula de “finalidad” de esta sección deberá reformularse en términos que reflejen estas distintas posibilidades dado que el texto actual habla únicamente de los bienes que formarán parte de la masa de la insolvencia al *abrirse* un procedimiento.

6. Protección y conservación de la masa de la insolvencia

Esta sección concluye que procederá exceptuar de la paralización toda actuación procesal que sea necesaria para preservar un crédito contra el deudor (por ejemplo la recomendación 35) y los párrs. 182 y 184). No nos parece mal el resultado de dicha excepción, pero nos preguntamos si no cabría obtener dicho resultado, sin necesidad de una excepción, definiendo la paralización en términos que permitan interrumpir el curso normal de la prescripción de todo crédito frente al deudor. Si se interrumpe el curso de la prescripción mientras dure la paralización de las actuaciones, el acreedor podrá presentar su crédito frente al deudor el día en que se levante la paralización al igual que lo hubiera hecho el día que se impuso la paralización. Si esa paralización del curso de la prescripción está ya prevista en el concepto actual de la paralización enunciada en la Guía, entonces cabe preguntarse con mayor razón cuál es la necesidad de una excepción para “preservar crédito” alguno frente al deudor.

Al examinar la técnica para amparar el valor de toda fracción garantizada de un crédito, el texto del párrafo 215 podría señalar que este enfoque resulta mucho más sencillo que el de tratar de amparar el valor del bien gravado, debido en particular a que el primer enfoque elimina la necesidad de una valoración continua y compleja del bien gravado requerida por el segundo enfoque. Pese a no haber sido examinado detalladamente en la Guía, el primer enfoque puede ser el más indicado para todo país que carezca del marco institucional requerido para llevar a cabo una valoración continua y, a veces, complicada de los bienes gravados.

Cabe hacer las siguientes observaciones adicionales respecto de la preservación de la masa:

- Convendría suprimir el texto entre corchetes de la recomendación 38) b), que enuncia una consideración que complicaría aún más la valoración del bien gravado;
- Al poder afectar una medida cautelar a alguna parte que no sea el deudor, el párrafo 199 debería examinar la necesidad de notificar a *toda parte afectada en general* (y no únicamente al deudor);
- En la versión inglesa falta el subtítulo “*ii) Liquidación*” justo antes del comienzo del párrafo 188.

7. Utilización y disposición de los bienes

El párrafo 237 indica que todo “beneficio” que reporte a la masa de la insolvencia el hecho de que se sigan utilizando bienes de terceros deberá ser remunerado por la masa a título de gasto administrativo. En vez de hablar, en sentido subjetivo y restrictivo, del “beneficio” reportado a la masa, debería hablarse de que todo crédito

adquirido por un tercero, a resultas de que se sigan utilizando sus bienes en provecho de la masa, deberá ser tratado como gasto administrativo. Cabría reformular el párrafo 237 para dar entrada a este concepto.

En la última oración del párrafo 220, cabría sustituir la expresión “en particular” por “*por ejemplo*”.

8. Régimen aplicable a los contratos

El examen actual de las cláusulas de aplicación *ipso facto* se refiere únicamente a las cláusulas de *resolución ipso facto* del contrato. La Guía podría tratar del enfoque adoptado por el derecho interno respecto de la anulación o aceptación de otros tipos de cláusulas *ipso facto* (p.ej. las cláusulas por las que se exija, a título penalizador, el pago de algún interés o de alguna carga especial a raíz de la insolvencia del deudor o de algún otro hecho que pueda ser indicio de insolvencia).

Por razón similar a lo anteriormente dicho respecto de la utilización y disposición de los bienes, convendría reformular el texto del párrafo 270, en lo referente al reembolso a título de gasto administrativo de todo “beneficio reportado” a la masa por un contrato subsiguientemente rechazado, en términos por los que se limite dicho reembolso a todo *pago* por concepto de dicho contrato *que venza* antes de que el contrato haya sido rechazado.

Estamos plenamente de acuerdo en que la ley podrá limitar los créditos nacidos a raíz del rechazo de un contrato de larga duración (rec. 68). El comentario examina esta cuestión únicamente respecto de ciertos *arriendos* a largo plazo (párr.265) por lo que debería ser ampliado a otros supuestos. En términos más generales, se diría que el examen global de la indemnización abonable por rechazo de un contrato (párrs. 281 y 282) podría ser reformulado en términos que dieran mayor margen para que el régimen de la insolvencia limite al alcance de dicha indemnización en todo supuesto donde pueda ser procedente (p.ej. no sólo en supuestos de contratos de larga duración, sino también en casos en los que se imponga, a título penalizador, algún interés o carga por el incumplimiento que dé lugar a que sea reclamable un crédito muy superior al crédito originario). El texto actual por el cual se remite al derecho general aplicable para determinar el cálculo de la indemnización no parece adecuado, ya que es sumamente improbable que el derecho general aplicable limite una indemnización, por lo demás admisible, para evitar que el monto de dicha indemnización pueda reducir proporcionalmente los créditos de los demás acreedores envueltos en un procedimiento de insolvencia.

9. Procedimiento de impugnación

No está claro porque se ha incluido al “acreedor potencial” en la definición de “toda operación por la que se trate de impedir, demorar o obstaculizar el cobro de sus créditos por los acreedores” (rec. 73) y párr. 314), dado en particular que la razón principal de las reglas en materia de impugnación es la de revocar toda operación que sea contraria al principio del trato equitativo que se ha de dar a todo *acreedor actual*. Cabe señalar que ésta parece ser la única categoría de operación impugnabile que se define en función de un grupo que no esté formado por acreedores actuales, o que lo sean efectivamente, de la masa de la insolvencia. Convendría aclarar en la Guía la razón de ser de esta regla especial (indicándose asimismo que la problemática de la prueba descrita en la Guía se verá notablemente agravada cuando

se trate de precisar la intención de las partes en una operación supuestamente en fraude de “un acreedor potencial”). De no haberse incluido dicha referencia por algún motivo especial, debería suprimirse para evitar confusiones.

Las excepciones enunciadas como oponibles a toda acción de impugnación (rec. 82)) parecen ser demasiado limitativas, al no incluir a) las operaciones concertadas en un procedimiento de reorganización agilizado o a título de ensayo en el marco de un acuerdo voluntario o b) las operaciones concertadas en un procedimiento de reorganización (o de reorganización agilizada) que no sea ulteriormente convertido en un procedimiento de liquidación⁵. Cabría mencionar dichas operaciones entre las que constituyen una excepción oponible frente a la impugnación de la operación (o cabría explicar por qué dicha mención no sería procedente).

Por último, desearíamos que se retuviera, sin los corchetes, la oración colocada entre corchetes en la recomendación 81).

10. Participantes

Para no dar a entender que se asigna el cometido allí descrito a todo representante de la insolvencia, cabría suprimir los corchetes en la recomendación 95) c) y reformular la frase entre corchetes para que diga “si se nombra un representante de la insolvencia *para dichas funciones ...*”.

11. Régimen aplicable a los créditos de los acreedores

Una premisa básica de esta sección, la de que los créditos excluidos del procedimiento de insolvencia serán judicialmente incobrables (véase, en particular, párr. 571), no es necesariamente correcta, ya que, conforme a cierto número de regímenes de la insolvencia, ciertos créditos que no hayan sido reconocidos en el marco del procedimiento de insolvencia (por ejemplo, los créditos fiscales o ciertos créditos garantizados) podrán ser reclamados por vía judicial al margen del procedimiento de insolvencia o paralelamente a dicho procedimiento. Por ello, cabría distinguir entre los efectos de: i) declarar extinguido todo crédito que haya sido excluido del procedimiento de insolvencia; y ii) preservar alguna vía alternativa para reclamar el cobro de aquellos créditos que hayan sido excluidos del procedimiento de insolvencia. Por razones similares, debería decirse explícitamente en el comentario que lo que se trata es de prever las consecuencias del hecho de no haberse presentado, en el procedimiento de insolvencia, un crédito que debiera haberse presentado, y no de regular los créditos cuyo cobro pueda o deba ser reclamado por alguna otra vía al margen de la insolvencia.

12. Prioridades y distribución

En el párrafo 631, cabe encontrar una curiosa referencia a la “necesidad de hacer cumplir obligaciones internacionales” a título de factor que puede ser pertinente a la hora de otorgar rango privilegiado a alguna deuda de una empresa colectiva o individual. Sería conveniente explicar el motivo de dicha referencia ya que cabría,

⁵ Por su parte, el comentario (párr. 329) señala, con esta acción como excepción que será oponible frente a la impugnación, todo pago que se haya efectuado en el curso de un procedimiento de reorganización agilizado o de un acuerdo de reorganización voluntaria aun cuando limite la invocabilidad de esta excepción al supuesto de que el procedimiento se ha transformado en un procedimiento de liquidación.

de lo contrario, entenderla como referida a las obligaciones internacionales de un *deudor público o estatal* (lo que daría lugar al malentendido de que la Guía imparte asimismo orientación respecto de la insolvencia de entidades soberanas o estatales).

13. Exoneración

El comentario examina el tema de la exoneración eventual de una persona jurídica en el curso de un procedimiento de reorganización, sin que el contenido de dicho examen haya sido reflejado en las recomendaciones. Cabe sugerir que la importancia de esta cuestión justifica que sea objeto de alguna recomendación.
