

**Asamblea General**

Distr. limitada
16 de octubre de 2002*
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
27º período de sesiones
Viena, 9 a 13 de diciembre de 2002

**Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la
insolvencia****Nota de la Secretaría****Índice**

[La Introducción y la Primera Parte del proyecto de guía pueden verse en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63; el capítulo I de la Segunda Parte, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 y Add.2; el capítulo II.A y B, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 y Add.4; el capítulo III.A a F, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 a 9; el capítulo IV.A a B, en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10; los capítulos V a VII figuran en adiciones subsiguientes]

	Párrafos	Página
Segunda Parte (continuación)		
IV. Participantes e instituciones	260-303	2
C. Acreedores	260-295	2
1. Categorías de acreedores	260-262	2
2. Participación de los acreedores en el procedimiento de insolvencia . . .	263-295	3
Recomendaciones	106)-120)	12
D. Marco institucional	296-303	15

* Este documento se ha presentado con retraso debido a la necesidad de concluir las consultas y de ultimar las enmiendas consiguientes.



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

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

Segunda Parte (continuación)

IV. Participantes e instituciones

C. Acreedores

1. Categorías de acreedores

260. [213] En un procedimiento de insolvencia existen muchos intereses diversos en pugna. En la mayor parte de los casos, los acreedores lo son en virtud de haber entablado una relación jurídica y contractual con el deudor con anterioridad a la insolvencia. No obstante, existen acreedores que no han entablado esa relación con el deudor, como las autoridades fiscales (que intervendrán a menudo en los procedimientos de insolvencia) y los demandantes por responsabilidad extracontractual (cuya participación será, por lo general, menos habitual). Por consiguiente, [214] los derechos de los acreedores se regirán por una serie de leyes distintas.

261. [214] Si bien muchos acreedores tal vez estén en una situación parecida respecto de los tipos de demandas que mantienen sobre la base de derechos jurídicos o contractuales similares, puede que otros tengan demandas superiores o mantengan derechos superiores. Incluso en la misma clase de acreedores, existirán derechos en pugna como los de los acreedores con garantía que tendrán mejor garantía que otros. Por esos motivos, las leyes de insolvencia suelen clasificar a los acreedores por remisión a sus demandas, enfoque este que no resulta incompatible con el objetivo de un tratamiento equitativo. Al formular estas categorías, conviene que se logre un equilibrio entre los derechos jurídicos y comerciales de los acreedores basado en la equidad y el carácter comercial razonable de sus posiciones relativas, observando al mismo tiempo el objetivo de la igualdad de tratamiento, salvaguardando las expectativas comerciales legítimas y fomentando la previsibilidad en las relaciones comerciales. Ahora bien, existe un límite de la medida en que pueden alcanzarse esas metas, habida cuenta del equilibrio que resulta deseable en una ley de insolvencia entre esos objetivos en pugna y otras consideraciones de orden público. En la medida en que esos intereses de orden público más amplios pugnan con intereses privados, pueden derivar hacia una distorsión de los incentivos comerciales normales. Cuando se da prioridad a esos intereses públicos, y no se observa la igualdad de tratamiento basada en la clasificación de las demandas, es conveniente que las razones normativas para establecer esa prioridad se hagan constar claramente en la ley de insolvencia. A falta de la igualdad de tratamiento, este enfoque brindará por lo menos un elemento de transparencia y previsibilidad en

cuanto a las demandas (véase el capítulo VI.A de la Segunda Parte), y la distribución (véase el capítulo VI.C de la Segunda Parte).

262. [216] Los acreedores de un deudor insolvente se agrupan generalmente en las categorías de acreedores garantizados, acreedores con prelación o con créditos preferentes, y acreedores no garantizados u ordinarios. En algunos regímenes, se toman en cuenta los empleados como grupo separado de interesados.

[NOTA PARA EL GRUPO DE TRABAJO: El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si la Guía debe ofrecer información sobre los distintos tipos de acreedores y sus derechos. ¿Sería útil, por ejemplo, incluir en esta parte de la Guía un sumario de supuestos en los que los acreedores garantizados pueden verse afectados por un procedimiento de insolvencia? En el capítulo VI.C figura un análisis de la clasificación de créditos.]

2. Participación de los acreedores en el procedimiento de insolvencia

a) Introducción

263. [192] Una vez iniciado el procedimiento de insolvencia, los acreedores tienen considerables derechos sobre la empresa del deudor. Por lo general, esos derechos se salvaguardan mediante el nombramiento del representante de la insolvencia. Además, muchas veces se dispone que los acreedores participen directamente en el procedimiento de diversas formas y por diferentes razones. Habida cuenta de que son los más interesados desde el punto de vista económico en los resultados del procedimiento, los acreedores pueden perder la confianza en un proceso en que las principales decisiones sean adoptadas, sin consultarlos, por personas que en su opinión, carecen de experiencia, de conocimientos técnicos sobre el tipo de empresa del deudor o de independencia, según cuál sea la forma de nombramiento del representante de la insolvencia. Con frecuencia, los acreedores están en condiciones de prestar asesoramiento y asistencia con respecto al negocio del deudor y de vigilar la actuación del representante de la insolvencia, poniendo freno a posibles abusos en el procedimiento de insolvencia y a los gastos excesivos de administración.

b) Grado de participación de los acreedores en el proceso decisorio

264. [194] El grado de participación de los acreedores en el proceso decisorio del procedimiento puede variar y los regímenes de la insolvencia adoptan una amplia gama de criterios y mecanismos relativos a la participación de los acreedores. Es posible que sólo se permita un bajo nivel de participación, como en los regímenes de la insolvencia que prevén que el representante de la insolvencia adopte todas las decisiones cruciales sobre cuestiones generales de administración en las que no haya habido controversias, en tanto que los acreedores desempeñan un papel secundario y gozan de escasa influencia. Se pueden compaginar la falta de participación de los acreedores en este modelo con las obligaciones cruciales del representante de la insolvencia, entre las que se encuentra la protección del valor del patrimonio de la insolvencia y de sus garantías en beneficio de los acreedores en general. Este criterio puede resultar eficaz si se nombra un representante de la insolvencia experimentado en el marco del procedimiento, ya que permite evitar los posibles retrasos y los gastos que ocasiona gestionar la participación de los acreedores, y si el régimen de la insolvencia reglamenta de forma muy completa el proceso y sus participantes.

265. [195] En otras legislaciones se dispone una mayor participación de los acreedores en el procedimiento. Esta participación puede variar desde la intervención en una reunión inicial en la que se estudian ciertas cuestiones, hasta desempeñar funciones de forma continuada, en virtud de las cuales puede exigirse de los acreedores únicamente el ejercicio de funciones consultivas o que aprueben ciertos actos y decisiones del representante de la insolvencia. Concretamente, los acreedores pueden intervenir en la venta de bienes importantes, la verificación de los créditos y la aprobación del informe final del representante de la insolvencia y de la contabilidad, o pueden incluso tener una responsabilidad primordial en determinadas funciones administrativas. Los acreedores pueden también estar en condiciones de proponer al tribunal la destitución y sustitución del representante de la insolvencia por incumplimiento de sus funciones y deberes o por negligencia. Los acreedores también pueden intervenir solicitando o recomendando medidas judiciales, concretamente recomendando al tribunal que el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación o que la masa de la insolvencia, o los acreedores en beneficio de ésta, entablen una acción de impugnación. Los acreedores también pueden controlar los gastos administrativos y la remuneración del representante de la insolvencia.

266. [196] Algunos regímenes de la insolvencia distinguen entre liquidación y reorganización al determinar el nivel de participación de los acreedores. En la liquidación, si bien en general tal vez no sea importante que los acreedores intervengan en el proceso ni en la adopción de decisiones, pueden, no obstante, constituir una fuente valiosa de conocimientos especializados y de información sobre la empresa del deudor, particularmente cuando ésta se ha de vender como negocio en marcha. Puede ser conveniente que los acreedores reciban informes sobre la evolución del procedimiento a efectos de promover su confianza en el proceso y su transparencia. En cambio, en la reorganización el aporte de los acreedores es útil y necesario, ya que en general estará en sus manos el respaldo del plan de reorganización y el cumplimiento de sus objetivos.

267. En lo que respecta a los mecanismos de participación, algunos regímenes de la insolvencia admiten la participación de los acreedores como entidad que reagrupa a todos los acreedores. Otros regímenes disponen la creación de un comité (en el que los acreedores ocasionalmente pueden estar representados junto con los accionistas y quizás también con otras partes interesadas) con objeto de facilitar la participación en la administración de la masa de la insolvencia. Por lo general, el comité estará compuesto por un reducido número de acreedores (en algunos regímenes por un número previamente establecido). Otro criterio consiste en nombrar a una sola persona para que represente a determinados grupos de acreedores (como un grupo de acreedores que representen al menos un 10% de la deuda). Con la adopción de este criterio se pretende facilitar una participación más ordenada y oportuna además de evitar demoras y controversias planteadas anteriormente.

268. [198] Una cuestión importante que tal vez haya que considerar si se permite intervenir a los acreedores activamente en el proceso es cómo superar la apatía de éstos para que se decidan a participar. Incluso cuando el régimen de la insolvencia facilita la participación activa de los acreedores, no es infrecuente que éstos consideren que tal participación no les beneficiará, especialmente en los supuestos en que no parece probable que los acreedores obtengan un rendimiento significativo y cuando, de hecho, su participación pueda suponer un gasto adicional en tiempo y

dinero. Esta cuestión se puede abordar, en cierta medida, teniendo en cuenta los intereses de todas las partes interesadas (véase, por ejemplo el capítulo IV.A.2 de la Segunda Parte) y con medidas concretas en relación, por ejemplo, con la elección de los miembros del comité de acreedores y con las funciones atribuidas a dicho comité (o a los acreedores en general cuando no haya comité) (véase *infra*).

c) Cuerpo general de acreedores [junta de acreedores]

269. En los supuestos en que se requiera o permita la participación del cuerpo general de acreedores en el procedimiento de insolvencia, el régimen de la insolvencia debe establecer claramente las facultades y funciones de ese cuerpo, así como la forma de convocar las reuniones de acreedores en general. También, es conveniente que el régimen de la insolvencia establezca cómo pueden o deben participar los acreedores garantizados en las reuniones del cuerpo general de acreedores; por ejemplo, algunos regímenes de la insolvencia exigen que los acreedores garantizados entreguen su garantía para poder participar en el procedimiento y votar como miembros del cuerpo de acreedores.

i) Funciones

270. Como se señaló más arriba, las funciones que han de desempeñar los acreedores varían sustancialmente de unos regímenes de la insolvencia a otros. En algunos casos, los acreedores desempeñan una función consultiva general y el representante de la insolvencia puede remitirles cuestiones, sin quedar por ello vinculado a las decisiones de aquéllos. En otros regímenes, los acreedores pueden desempeñar funciones específicas respecto de la sustanciación del procedimiento, que pueden comprender una cooperación y coordinación con el representante de la insolvencia. Es posible que este último tenga que consultar aquellas cuestiones con los acreedores antes de tomar una decisión, o que los acreedores tengan la competencia decisoria. Otra función que pueden desempeñar los acreedores es la de supervisar los actos y decisiones del representante de la insolvencia. Las cuestiones de interés para los acreedores pueden ser todas o algunas de las siguientes: el mantenimiento de la empresa en liquidación; la financiación posterior a la apertura del procedimiento; la verificación de los créditos; la remuneración de los profesionales, incluido el representante de la insolvencia; el régimen aplicable al procedimiento judicial en el que el deudor sea parte en el momento de la apertura del procedimiento; el examen y la aprobación de un plan de reorganización; el nombramiento de un comité o de representantes de los acreedores; la supervisión de los actos del representante de la insolvencia; la distribución de los bienes y el estudio (y aprobación) del informe final y de la contabilidad del representante de la insolvencia.

271. Cuando las decisiones de los acreedores no son vinculantes para el representante de la insolvencia, los regímenes de la insolvencia disponen con frecuencia que el representante de la insolvencia deba solicitar la aprobación previa del tribunal para llevar a cabo determinados actos, o que los acreedores puedan solicitar al tribunal que emita instrucciones preceptivas para el representante de la insolvencia (o solicitar la sustitución del representante de la insolvencia cuando este último incumpla sus obligaciones o actúe en detrimento de los intereses de los acreedores). En caso de desacuerdo entre los acreedores y el representante de la insolvencia, muchos regímenes otorgan precedencia a la decisión que se tome en

una reunión de acreedores. La intención es similar cuando se exige consultar a los acreedores sobre cualquier decisión que requiera una aprobación por parte del tribunal.

272. Con independencia de las funciones que deban desempeñar los acreedores, es conveniente que el régimen de la insolvencia establezca con claridad si el cuerpo general de acreedores tiene la obligación de desempeñar cada una de las funciones que se determinen, o si ciertas funciones son discrecionales, y que especifique las formas de interacción posibles entre los acreedores y el representante de la insolvencia al desempeñar dichas funciones.

ii) Reuniones de acreedores

273. Muchos regímenes de la insolvencia disponen que los acreedores desempeñen sus funciones en el marco de reuniones generales de acreedores (en contraposición a las reuniones de un comité designado para desempeñar funciones en nombre del cuerpo general). Como ya se indicó anteriormente (véase el capítulo II.B de la Segunda Parte), todo régimen de la insolvencia debe exigir que se notifique a los acreedores (ya sea mediante una comunicación personal, un anuncio en la prensa o cualquier otro medio) la apertura del procedimiento de insolvencia y que en esa notificación se incluya asesoramiento sobre diversas cuestiones, como pueden ser los pormenores de una reunión inicial de acreedores que deba convocar el tribunal o el representante de la insolvencia en un plazo preestablecido, después de la apertura del procedimiento (los plazos oscilan, en la práctica, desde cinco días hasta un mes a contar desde la fecha de apertura del procedimiento).

274. En lo que respecta a las reuniones posteriores del cuerpo general de acreedores, los regímenes de la insolvencia adoptan diferentes criterios. Según varios regímenes de la insolvencia, los acreedores mantendrán únicamente una reunión inicial. Conforme a otros regímenes, el tribunal o el representante de la insolvencia pueden convocar otras reuniones con objetivos concretos; otros regímenes disponen, en cambio, que tanto los acreedores como el representante de la insolvencia, y en algunos casos excepcionales el deudor, pueden convocar reuniones especiales en caso necesario. Cuando un régimen de la insolvencia permita a los acreedores convocar una reunión, dicho régimen puede limitar esa facultad o fijar las condiciones que se deben satisfacer para poder convocar la reunión. Puede requerirse, por ejemplo, que haya transcurrido un determinado período de tiempo tras la adopción de una determinada medida en el procedimiento, o que el representante de la insolvencia haya realizado algún acto o adoptado una decisión concreta, o que el representante de la insolvencia se haya abstenido de actuar. Algunos regímenes también prevén que sólo tengan derecho a convocar una reunión los acreedores que posean un determinado porcentaje de la totalidad de los créditos (por ejemplo, los acreedores que representen el 10% del valor de los créditos, los que representen un 25% o más de la totalidad de los créditos o al menos el 25% de los créditos no garantizados). Otro criterio consiste en permitir que cualquier parte interesada tenga derecho a solicitar del tribunal la convocatoria de una reunión de acreedores.

275. Es conveniente que todos los acreedores tengan derecho a expresar su punto de vista sobre las cuestiones que se examinan en una reunión de acreedores. Cuando se requiera una votación del cuerpo general de acreedores, es conveniente que el régimen de la insolvencia establezca las condiciones y los mecanismos pertinentes

de votación. También puede ser aconsejable que un régimen de la insolvencia prevea que los acreedores establezcan normas que rijan la celebración de las reuniones de acreedores cuando esto contribuya a facilitar su participación en ellas y cuando sea conveniente para que puedan ejercer sus funciones durante el procedimiento.

d) Comité de acreedores

276. [193] En algunos procedimientos de insolvencia el establecimiento de un comité de acreedores o la elección de un representante de los acreedores puede constituir un mecanismo que facilite la participación de los acreedores en el procedimiento, ya sea de liquidación o de reorganización. Es posible que no se precise un comité de acreedores (u otra forma similar de representación de los acreedores) en todos los supuestos de insolvencia, pero tal representación puede ser conveniente en los casos en que haya un gran número de acreedores, cuando éstos tengan intereses muy dispares o cuando otras características del caso indiquen que pudiera ser conveniente o necesario (por ejemplo, para restringir gastos monetarios y de tiempo). Algunos regímenes de la insolvencia prevén que los acreedores decidan sobre la oportunidad de nombrar un comité, mientras que otros regímenes prevén que el tribunal nombre un comité que ayude a supervisar los actos del representante de la insolvencia. Si se establece un comité de acreedores, será necesario estudiar en qué medida el patrimonio de la insolvencia cubrirá los costos del comité. Algunos regímenes de la insolvencia permiten que los acreedores establezcan comités oficiosos no reconocidos formalmente por el tribunal ni por el representante de la insolvencia y cuyos costos no estén cubiertos por el patrimonio de la insolvencia, y otros regímenes prevén que los acreedores puedan nombrar un representante, pero que deberá soportar los costos conexos. Varios regímenes prevén que los costos del comité de acreedores se cubran con cargo al patrimonio de la insolvencia. Esta cuestión está estrechamente vinculada a las funciones del comité, a la posibilidad de que las funciones que, conforme al régimen de la insolvencia, han de desempeñar los acreedores puedan ser ejercidas por un comité y a los factores en virtud de los cuales deba establecerse un comité en el marco de un procedimiento.

i) Acreedores que cabe nombrar para integrar el comité

277. [199] La composición de los comités de acreedores se regula de diversos modos. Como cuestión preliminar, el régimen de la insolvencia puede tener que determinar qué acreedores tendrán derecho a formar parte de un comité de acreedores. Algunos regímenes de la insolvencia disponen, por ejemplo, que sólo pueden ser nombrados los acreedores cuyos créditos hayan sido admitidos (por el tribunal o por el representante de la insolvencia, según lo que establezca el procedimiento de admisión), si bien otros regímenes prevén el nombramiento de un comité provisional, del que todos los acreedores pueden formar parte, hasta que se verifiquen y admitan todos los créditos. Otros regímenes de la insolvencia imponen restricciones basadas en la ubicación de los acreedores que pueden formar parte de un comité de acreedores. [205] Sin embargo, a fin de garantizar la igualdad de trato de los acreedores, tal vez sea conveniente que puedan formar parte del comité los acreedores cuyos créditos sólo hayan sido aprobados provisionalmente y los acreedores extranjeros.

278. La segunda cuestión se refiere a los tipos de acreedores que pueden estar representados en el comité. [199] Si bien éste por lo general representa sólo a los acreedores con créditos no garantizados, en algunos regímenes se reconoce que puede haber casos en que se justifique crear, además, un comité de acreedores garantizados. Ese criterio se basa en el hecho de que los intereses de los distintos tipos de acreedores no siempre coinciden y es posible que, con su participación en el comité y su posible influencia en las decisiones de éste, los acreedores garantizados no siempre favorezcan o satisfagan los intereses de otros acreedores.

279. [200] En otros casos se dispone que las dos clases de acreedores estén representadas en el mismo comité. En esos regímenes se considera que, como el comité de acreedores participa en el proceso decisorio y adopta decisiones importantes, no se debe excluir a los acreedores garantizados de la adopción de decisiones importantes que pueden afectar a sus intereses. Otro criterio puede ser no especificar qué acreedores deben estar representados en determinado caso, sino permitir a los acreedores que elijan colectivamente a sus propios representantes entre los acreedores que estén dispuestos a actuar (para tener en cuenta la frecuente apatía de los acreedores) y prever la ampliación o la reducción del comité en caso necesario. Cuando hubiera distintas clases de acreedores y la representación fuera demasiado diversa como para conjugar los intereses de todos en un solo comité, como puede ser el caso de los grupos que representan intereses especiales, como los acreedores extracontractuales y los accionistas, cabe disponer que se constituyan diversos comités que representen diferentes intereses. No obstante, es conveniente que ese mecanismo se utilice únicamente en casos especiales a efectos de evitar gastos innecesarios y la posibilidad de que el mecanismo de representación de los acreedores se vuelva incontrolable.

280. [201] La participación de los accionistas o propietarios de la empresa y de los acreedores relacionados con el deudor puede ser una cuestión controvertida, especialmente cuando el comité tenga poder de decisión sobre los derechos de los acreedores garantizados o cuando los accionistas o propietarios tengan vínculos con la dirección de la empresa del deudor. No obstante, habrá casos en que los accionistas no conozcan a la dirección de la empresa ni tengan vínculos directos con ésta, como cuando los accionistas son inversionistas sin relación ni acceso directos a la dirección de la empresa. En esos casos puede haber razones imperiosas para permitir que los accionistas participen por conducto de su propio comité. Tal vez sea necesario excluir de un comité a otros acreedores que puedan tener conflictos de intereses (como los competidores del deudor, cuyo interés personal puede afectar a su imparcialidad al ejercer las funciones del comité), a fin de garantizar que el comité pueda desempeñar sus funciones con imparcialidad e independencia en nombre del cuerpo general de acreedores.

281. [202] Puede surgir un problema análogo en relación con las partes que adquieren los créditos de los acreedores. Esos compradores pueden estar relacionados con el deudor o pueden ser terceros que no tienen derechos especiales sobre la empresa del deudor. Esas compras hechas por terceros pueden dar lugar a problemas relativos al acceso a información confidencial y delicada que puede tener valor en el mercado secundario de deudas, en tanto que las compras hechas por personas allegadas plantean la cuestión de si la persona allegada debe tener derecho a reclamar el valor nominal original del crédito o sólo la cuantía que pagó

efectivamente por él (cuando esas sumas no coincidan), lo que puede afectar al derecho de voto, si éste último depende del valor de los créditos.

282. [203] Para prever eventuales problemas cabría especificar las partes que no tienen derecho a participar en un comité de acreedores ni a votar sobre determinadas cuestiones, como la designación de un representante de la insolvencia o la aprobación de un plan de reorganización.

ii) *Formación del comité de acreedores*

283. [204] Cuando la ley prevé el establecimiento de comités de acreedores, a menudo regula también los detalles sobre la forma en que éstos deben constituirse, el alcance y la amplitud de sus obligaciones, sus reglamentaciones y su funcionamiento, concretamente los criterios para poder votar y los poderes correspondientes, el quórum y la dirección de los debates y el relevo y la sustitución de sus miembros. Puede ser conveniente incluir esas disposiciones en el régimen de la insolvencia no sólo para evitar controversias y garantizar la confidencialidad, sino también para establecer procedimientos transparentes y previsibles.

284. [206] Los miembros del comité pueden nombrarse de diversos modos, que dependen en gran medida de las funciones que se atribuyan a un determinado comité de acreedores. En muchos casos, corresponde al cuerpo general de acreedores nombrar el comité, por lo general en la primera reunión de acreedores, o una vez que el representante de la insolvencia facilite información preliminar sobre el deudor. La designación del comité por los propios acreedores puede promover la confianza y la participación de éstos en el proceso de la insolvencia. Algunos ordenamientos jurídicos permiten que el tribunal designe los miembros del comité de acreedores, ya sea de oficio o a instancia de los acreedores o del representante de la insolvencia. Entre los inconvenientes de este criterio se encuentran la falta subjetiva de imparcialidad, así como la falta de equidad y de transparencia; los acreedores tal vez no tengan confianza en un régimen que no promueve su participación ni les permite elegir a sus propios representantes y que no sirve para superar el problema generalizado de la apatía de los acreedores. Por otro lado, ese criterio puede contribuir a simplificar el procedimiento para establecer un comité de acreedores y a reducir las posibles controversias entre ellos. La elección de uno de estos diferentes criterios puede depender del grado de supervisión del procedimiento de insolvencia que ejerza el tribunal y de su intervención en los asuntos cotidianos, y también de si los acreedores deben asumir un papel activo en el ejercicio de funciones que requiera algo más que asesorar al representante de la insolvencia.

285. [205] Con objeto de facilitar la administración y supervisión del comité, algunas legislaciones sobre la insolvencia regulan el número de miembros que debe tener, que generalmente es impar a fin de evitar empates y de garantizar una mayoría en las votaciones, y que, en algunos casos, sólo será de tres o cinco personas. Cuando el comité representa únicamente a acreedores no garantizados, algunas veces sólo pueden formar parte de él los acreedores no garantizados con los créditos de mayor cuantía. Este tipo de acreedores puede determinarse de diversos modos, por ejemplo, exigiendo al deudor que prepare una lista de sus mayores acreedores. [207] Puede ser necesario supervisar la labor del comité para cerciorarse de que cumple su función de representar equitativamente a los acreedores cuando el régimen de la insolvencia atribuye a dicho comité funciones importantes; esa tarea de supervisión puede encomendarse al representante de la insolvencia o al tribunal.

iii) Funciones del comité de acreedores

286. Por lo general, el comité de acreedores desempeñará sus funciones en nombre del cuerpo general de acreedores y, por lo tanto, esas funciones estarán directamente vinculadas a las del cuerpo general de acreedores. Las facultades y funciones atribuidas al comité de acreedores no deben menoscabar los derechos de los acreedores en su conjunto a participar o actuar de otra forma en el procedimiento de insolvencia. En general, los regímenes de la insolvencia prevén que el comité de acreedores asesore al representante de la insolvencia, consulte con éste o supervise sus actuaciones y [208] desempeñe una serie de funciones específicas, como la de vigilar la evolución del caso (que puede incluir la exigencia de que el representante de la insolvencia facilite información), consultar con otros participantes en el procedimiento, -especialmente el representante de la insolvencia y los directores de la empresa del deudor-, y asesorar al representante de la insolvencia acerca de las aspiraciones del conjunto de acreedores respecto de cuestiones como la venta de bienes importantes y la formulación del plan de reorganización. Para desempeñar sus funciones, el comité puede necesitar asistencia administrativa y pericial. Esa cuestión se puede abordar disponiendo que el comité pida autorización al representante de la insolvencia o al cuerpo general de acreedores para contratar un secretario y, si las circunstancias lo justifican, consultores y profesionales. Algunos regímenes de la insolvencia prevén que esos costos sean sufragados con cargo al patrimonio de la insolvencia, mientras que otras legislaciones disponen que los acreedores deben sufragar sus propios gastos de participación en el proceso de la insolvencia.

iv) Responsabilidad del comité de acreedores

287. [209] El comité puede tener que responder ante el cuerpo general de acreedores. También puede no tener ninguna responsabilidad ni obligación fiduciaria con los propietarios de la empresa insolvente. Tal vez sea conveniente exigir que el comité actúe de buena fe y disponer que sus miembros estén exentos de responsabilidad con respecto a los actos que realicen y a las decisiones que adopten como tales, a menos que se demuestre que han actuado indebidamente o que han incumplido una de sus obligaciones fiduciarias frente a los acreedores que representan, como por ejemplo, obteniendo beneficios de la administración o adquiriendo bienes del patrimonio de la insolvencia sin la aprobación previa del tribunal. Al considerar la cuestión de la responsabilidad del comité, tal vez haya que establecer un término medio entre, por una parte, un grado excesivo de responsabilidad que promueva la apatía de los acreedores y les reste incentivos para participar y, por otra, un grado insuficiente de responsabilidad que pueda dar lugar a abusos e impedir que el comité funcione con eficiencia como órgano representativo.

v) Destitución y sustitución de los miembros del comité

288. Un régimen de la insolvencia puede tener que examinar los motivos que podrían justificar la destitución de un miembro del comité de acreedores y establecer un mecanismo para su sustitución. El procedimiento de destitución y sustitución puede guardar relación con el procedimiento de designación del comité de acreedores, en caso de la destitución, ya sea por el tribunal o por el cuerpo general de acreedores. También cabe prever un mecanismo de sustitución de los miembros del comité en caso de que éstos renuncien a su condición de miembros o

no estén en condiciones de seguir desempeñando las funciones que les corresponden, como por ejemplo, en caso de enfermedad grave o fallecimiento.

e) Votación de los acreedores

289. El régimen de la insolvencia puede tener que distinguir entre las cuestiones que requieran una votación del cuerpo general de acreedores y aquéllas sobre las que el comité de acreedores pueda adoptar decisiones, así como establecer los requisitos aplicables a las votaciones en cada caso. También puede tener que determinar qué condiciones deben cumplirse para que una reunión del comité de acreedores sea válida fijando el número mínimo de miembros presentes (o quórum), si bien la necesidad de tal disposición puede depender de las funciones que deba desempeñar el comité.

290. [210] Cuando las medidas que se hayan de adoptar durante el procedimiento puedan tener una gran trascendencia para el conjunto de los acreedores, es conveniente que todos ellos (y no sólo el comité) tengan derecho a recibir notificación de esas medidas y a votar al respecto. Las medidas pueden comprender la elección del representante de la insolvencia en los casos en que la ley atribuya a los acreedores esa función, la aprobación del plan de reorganización, otros actos importantes como la venta de bienes valiosos, y la financiación posterior a la apertura del procedimiento.

291. El procedimiento de votación puede regularse de diversos modos, según la naturaleza de la cuestión sometida a decisión. En algunas legislaciones se dispone que se vote en persona en una asamblea de acreedores, en tanto que en otras se dispone que cuando haya un gran número de acreedores o cuando éstos no sean residentes locales, se pueda votar por correo o por poder. También puede ser conveniente reconocer la posibilidad de votar por medios electrónicos.

292. [211] En las legislaciones se regulan de diversos modos los tipos de resultados de las votaciones necesarios para vincular a los acreedores a las diferentes decisiones, [212] habiendo algunos regímenes de la insolvencia que distinguen los distintos tipos de decisiones que se pueden adoptar. Para la adopción de decisiones de mayor importancia, como la aprobación de un plan de reorganización, es necesario un voto favorable que represente un determinado porcentaje del valor de los créditos, así como un determinado número de acreedores (véase el capítulo V de la Segunda Parte). Algunas veces se exige contar con una mayoría basada en el valor de los créditos para casi todas las decisiones y una mayoría basada en dicho valor y en el número de acreedores para decisiones como la elección o destitución del representante de la insolvencia o la contratación de determinados profesionales por parte de éste. En otros países se dispone que es suficiente una mayoría simple para cuestiones como la elección o destitución del representante de la insolvencia. En algunos regímenes también se distingue entre cuestiones que requieren el apoyo de los acreedores garantizados y de los no garantizados: los acreedores garantizados sólo pueden votar cuando se trata de cuestiones concretas como la elección del representante de la insolvencia y cuestiones que afecten a su garantía.

293. Los ordenamientos jurídicos adoptan también una variedad de criterios para regular las votaciones en el comité. Estos criterios reflejan los que se siguen en el caso del cuerpo general de acreedores. Sin embargo, es de suma importancia

establecer normas concretas que rijan la adopción de decisiones en el comité de acreedores, en particular normas relativas a las mayorías y a las votaciones.

f) Solución de controversias entre el cuerpo general de acreedores y el comité de acreedores

294. Como se señaló anteriormente respecto de las diferencias con el representante de la insolvencia, muchos regímenes de la insolvencia dan prioridad a las decisiones adoptadas en las reuniones del cuerpo general de acreedores. Al ser el principal órgano decisorio de los acreedores, las decisiones explícitas del cuerpo general de acreedores deben prevalecer sobre las decisiones adoptadas en la misma materia por el comité de acreedores.

g) Confidencialidad

295. Como se señaló anteriormente (capítulo IV.A y B de la Segunda Parte), es conveniente que el régimen de la insolvencia imponga la obligación de confidencialidad tanto al deudor como al representante de la insolvencia. Por razones similares, puede ser oportuno examinar también las circunstancias en las que los acreedores deben respetar la confidencialidad. En el transcurso de un procedimiento de la insolvencia, los acreedores estarán generalmente en una situación que les permitirá obtener una gran cantidad de información sobre el deudor y su empresa, gran parte de la cual puede ser comercialmente delicada. Si bien las consecuencias de la liquidación dan a entender que posiblemente los acreedores no tengan muchas oportunidades de beneficiarse injustamente de esa información (o que se pueda perjudicar al deudor), esto puede no ser así en el caso de una reorganización, y pueden darse circunstancias en que los acreedores utilicen esa información en detrimento de un plan ya aprobado. Por estas razones, puede ser conveniente imponer a los acreedores una obligación de confidencialidad que sólo permita utilizar la información obtenida en el transcurso del procedimiento a efectos de la administración del mismo, salvo que el tribunal decida otra cosa.

Recomendaciones

Categorías de acreedores

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre las categorías de acreedores tienen por objeto: [...].

Contenido de las disposiciones legales

106) El régimen de la insolvencia debe distinguir claramente las diferentes categorías de acreedores que se verán afectadas por dicho régimen y especificar la manera en que esas categorías serán reguladas [en lo que respecta a los créditos, la prelación y la distribución].

Participación de los acreedores en el procedimiento de insolvencia

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre la participación de los acreedores en el procedimiento de insolvencia tienen por objeto:

- a) establecer las funciones y responsabilidades del cuerpo general de acreedores;
- b) prever la participación del cuerpo general de acreedores en el procedimiento de insolvencia mediante la constitución de un comité de acreedores;
- c) disponer un mecanismo para designar los miembros de un comité;
- d) establecer las funciones y responsabilidades del comité de acreedores.

Contenido de las disposiciones legales

Cuerpo general de acreedores [junta de acreedores]

107) [(85)] El régimen de la insolvencia debería fijar las facultades y funciones del cuerpo general de acreedores. Estas tendrían que comprender:

- a) la aprobación o el rechazo de un plan de reorganización;
- b) [la participación en] [el asesoramiento sobre] cuestiones que le remita el representante de la insolvencia, entre ellas el asesoramiento sobre la forma de mantener en marcha la empresa en liquidación, la financiación posterior a la apertura del procedimiento, la verificación de los créditos, la remuneración de profesionales, el régimen aplicable a los procedimientos judiciales en los que el deudor sea parte en el momento de la apertura, la distribución de bienes y [...].

- Votaciones del cuerpo general de acreedores

108) [(86)] El régimen de la insolvencia debería concretar las materias sobre las cuales fuera preceptiva una votación del cuerpo general de acreedores y determinar los requisitos pertinentes para votar.

- Derecho a ser oídos

109) [(87)] Los acreedores deberán tener un derecho individual a ser oídos en el procedimiento de la insolvencia en asuntos relativos a [...].

- Participación de acreedores garantizados

110) [(90)] El régimen de la insolvencia debe señalar con claridad en qué medida los acreedores garantizados [pueden] [deben] participar tanto en el procedimiento de liquidación como en el de reorganización. Si los acreedores garantizados quieren valerse de bienes gravados para que se les pague una parte o la totalidad de sus créditos, el régimen de la insolvencia [puede] [debe] limitar su participación en el procedimiento en la medida en que su crédito esté garantizado. Si algún acreedor garantizado hubiese entregado su garantía al representante de la insolvencia, el régimen de la insolvencia debería permitirle participar en el procedimiento del mismo modo que a los acreedores ordinarios no garantizados. El acreedor garantizado debe tener derecho a participar en un procedimiento de

reorganización cuando su crédito garantizado se vaya a reestructurar en el marco del plan de reorganización.

- Convocatoria de las reuniones del cuerpo general de acreedores

111) Las reuniones del cuerpo general de acreedores pueden ser convocadas [por el tribunal] [por el representante de la insolvencia] [a instancia de los acreedores [que tengan (especificar el porcentaje del valor total de los) créditos no garantizados]].

Comité de acreedores

112) [(88)] El régimen de la insolvencia debería prever [un mecanismo] para que el cuerpo general de acreedores participe activamente en el procedimiento de la insolvencia [como por ejemplo] mediante un comité de acreedores. Si los intereses y las categorías de los acreedores que participan en el procedimiento son diversos y la participación no se verá facilitada por el nombramiento de un único comité, el régimen de la insolvencia puede disponer el nombramiento de diferentes comités de acreedores.

113) Si el régimen de la insolvencia prevé el nombramiento de un comité de acreedores, debería hacerse constar claramente la relación entre el cuerpo general de acreedores y el comité de acreedores. En particular, el régimen de la insolvencia debería especificar: si es necesario un comité en todos los casos de insolvencia, la distribución de las funciones y facultades entre el cuerpo general de acreedores y el comité de acreedores, el mecanismo para la solución de controversias entre el cuerpo general de acreedores y el comité de acreedores y [...].

- Acreedores que pueden formar parte de un comité

114) [(89)] El régimen de la insolvencia debe concretar las categorías de acreedores que pueden o no ser nombrados miembros del comité, indicando si debe o no admitirse el crédito de un acreedor [ya sea provisionalmente o de otra forma] antes de que pueda ser nombrado miembro del comité. Entre los acreedores que no [pueden] [deben] ser nombrados miembros del comité de acreedores figurarían personas allegadas, como los acreedores relacionados con el deudor (ya fuera por tener vínculos personales con el deudor o los directores, gerentes o asesores de su empresa) y los acreedores con un interés personal en los negocios del deudor, cuando este interés pudiera afectar a la imparcialidad del acreedor en el ejercicio de las funciones del comité (por ejemplo, un competidor del deudor).

- Mecanismo de nombramiento de los miembros del comité de acreedores

115) [(91)] El régimen de la insolvencia debería establecer el mecanismo de nombramiento de los miembros del comité de acreedores. Una de las posibilidades consistiría en que los seleccionara el cuerpo general de acreedores o que los designara el tribunal u otro órgano administrativo.

- Funciones del comité de acreedores

116) [(92)] El régimen de la insolvencia debería establecer las facultades y funciones del comité de acreedores, a saber:

a) tanto en los procedimientos de liquidación como en los de reorganización, una función general de asesoramiento, prestando asesoramiento y asistencia al representante de la insolvencia;

b) una función de supervisión con respecto al desarrollo del plan de reorganización, la venta de bienes relevantes y en otras materias como ordene el tribunal o se determine en cooperación con el representante de la insolvencia;

c) el derecho a ser oído en el procedimiento de insolvencia.

- Empleo y remuneración de profesionales del comité de acreedores

117) [(93)] El régimen de la insolvencia debería permitir al comité de acreedores, con la aprobación del [tribunal] [cuerpo general de acreedores], emplear y remunerar a los profesionales que pudieran necesitarse para ayudar al comité de acreedores a desempeñar sus funciones.

- Responsabilidad de los miembros del comité de acreedores

118) [(94)] El régimen de la insolvencia debería prever que los miembros del comité de acreedores estuvieran exentos de responsabilidad por los actos que realizaran en su calidad de miembros del comité, a menos que se descubriera que había actuado fraudulentamente.

- Destitución y sustitución de los miembros del comité de acreedores

119) [(95)] El régimen de la insolvencia debería prever la destitución y la sustitución de los miembros del comité de acreedores y concretar los motivos, incluidas la negligencia [grave], [la falta de la pericia necesaria], [la incompetencia o la ineficiencia].

- Normas de procedimiento para el comité de acreedores

120) [(96)] El régimen de la insolvencia puede disponer que se establezca un reglamento que rija el desempeño de las funciones del comité de acreedores y la adopción de sus decisiones y que prevea reglas sobre las mayorías requeridas y los procedimientos de votación.

D. Marco institucional

296. Cada régimen de la insolvencia forma parte de un ordenamiento jurídico mercantil general y su aplicación adecuada depende en gran medida no sólo del nivel de desarrollo del ordenamiento jurídico mercantil, sino también del nivel de desarrollo del marco institucional para administrar dicho régimen. Por lo tanto, las opciones para elaborar o reformar un régimen de la insolvencia tendrán que estar estrechamente vinculadas a la capacidad de las instituciones existentes. El régimen de la insolvencia sólo podrá ser eficaz si los tribunales y los funcionarios encargados de su aplicación disponen de la capacidad necesaria para ofrecer el resultado más efectivo, oportuno y equitativo para los beneficiarios de dicho régimen. Si todavía no existe esa capacidad institucional, es altamente recomendable que las reformas del régimen de la insolvencia vayan acompañadas de reformas institucionales en que se compagine el costo del establecimiento y mantenimiento del marco institucional necesario con las ventajas de disponer de un sistema eficiente y eficaz en el que la sociedad pueda confiar. A pesar de que el examen detallado de los medios con los que cabe desarrollar o mejorar la capacidad institucional no entran en el ámbito de la presente Guía, pueden hacerse una serie de observaciones generales al respecto.

297. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos los procesos de insolvencia son administrados por autoridades judiciales, que son a menudo tribunales comerciales o tribunales ordinarios o, en unos cuantos casos, tribunales de quiebras. Algunas veces, los jueces tienen conocimientos especializados y son exclusivamente competentes en cuestiones de insolvencia, mientras que en otros casos la insolvencia constituye sólo una de las muchas materias de que conocen los tribunales. En varios ordenamientos jurídicos, instituciones no judiciales o cuasi-judiciales desempeñan las funciones que en otros ordenamientos corresponden a los tribunales.

298. Al concebir el régimen de la insolvencia puede ser conveniente tener en cuenta en qué medida los tribunales deberán supervisar el proceso y si su función puede verse limitada o no respecto de las diferentes fases del proceso o puede ser contrarrestada por las funciones de otros participantes en el proceso, como los acreedores o el representante de la insolvencia. Esto cobra especial importancia cuando el régimen de la insolvencia exige que los jueces den una solución rápida a casos difíciles de insolvencia (que a veces guardan relación con cuestiones mercantiles y empresariales) y cuando la capacidad del poder judicial es limitada, ya sea por causas relacionadas con su estructura; por una carencia general de recursos en el sistema judicial o por falta de conocimientos y experiencia en los tipos de cuestiones que pueden plantearse en el ámbito de la insolvencia.

299. A fin de no sobrecargar a los tribunales, el régimen de la insolvencia puede prever, por ejemplo, que el representante esté autorizado a adoptar decisiones sobre diversas cuestiones, como la verificación y admisión de los créditos, la necesidad de financiación posterior a la apertura del procedimiento, la entrega de bienes gravados sin ningún valor al patrimonio de la insolvencia, la venta de bienes esenciales, el inicio de acciones de impugnación y el régimen aplicable a los contratos, sin que el tribunal tenga que intervenir, salvo en el caso de que surjan diferencias. También puede autorizarse a los acreedores a que presten asesoramiento al representante de la insolvencia o a que aprueben determinadas decisiones de éste, como por ejemplo, la venta de bienes importantes o la obtención de financiación posterior a la apertura del procedimiento sin que el tribunal tenga que intervenir, salvo en el caso de que surjan controversias. El régimen de la insolvencia puede especificar qué procedimientos requieren la aprobación del tribunal, como por ejemplo, conceder a una financiación garantizada tras la apertura del procedimiento una prelación superior a la de los derechos de los acreedores garantizados existentes.

300. La capacidad del tribunal para ocuparse de las cuestiones comerciales, a menudo complejas, que llevan aparejadas los casos de insolvencia, no consiste únicamente en conocer prácticas jurídicas y comerciales concretas, sino también en que se actualicen periódicamente los conocimientos y la experiencia al respecto. Al abordar la cuestión de la capacidad judicial, el hecho de prestar especial atención a la formación y a la capacitación continua del personal al servicio del tribunal, no sólo de los jueces sino también de los oficiales y de otros administradores del tribunal, contribuirá a apuntalar un régimen de la insolvencia capaz de responder con eficacia y eficiencia a todos los casos que se presenten.

301. Otra consideración relativa a la capacidad del tribunal para supervisar los casos de insolvencia es el equilibrio entre los componentes obligatorios y los discrecionales del régimen de la insolvencia. Si bien los elementos imperativos, como la apertura automática de un procedimiento o la aplicación automática de la

paralización, pueden dar al deudor y a los acreedores un alto grado de seguridad y previsibilidad así como limitar los asuntos que requieran un examen de los tribunales, también pueden ser causa de rigidez si hay demasiados elementos de esa índole. Un enfoque discrecional permite que el tribunal sopesa los hechos y circunstancias, teniendo en cuenta los precedentes, los intereses de la colectividad y los de las personas afectadas por la decisión y por las condiciones del mercado. El hecho de carecer de los conocimientos o de la experiencia necesarias para sopesar esos factores, o de los recursos para reaccionar de manera oportuna ante ellos puede imponer una carga al tribunal. Si el régimen de la insolvencia prevé, por ejemplo, que el tribunal ratifique un plan de reorganización, no es conveniente pedir al tribunal que lleve a cabo complejas evaluaciones económicas de la viabilidad o conveniencia del plan sino que más bien debería limitarse a llevar a cabo el proceso de aprobación y otras cuestiones específicas. Cuando un régimen de la insolvencia prevé que una autoridad facultada para adoptar decisiones actúe discrecionalmente, como por ejemplo un tribunal, es preferible prever que aporte la orientación adecuada sobre la manera más apropiada de ejercer esa facultad, en especial cuando ello afecte a cuestiones económicas o comerciales. Este criterio es coherente con los objetivos generales de transparencia y previsibilidad de todo régimen de la insolvencia.

302. La idoneidad de la infraestructura jurídica y, en especial, los recursos de que disponen los tribunales para ocuparse de los casos de insolvencia, pueden tener repercusiones importantes en la eficiencia con la que se resuelvan los casos de insolvencia y en su duración. Esta puede ser una reflexión pertinente al decidir si el régimen de la insolvencia debe imponer plazos para la tramitación de determinadas fases del proceso. Si la infraestructura judicial no está en condiciones de adaptarse oportunamente a las exigencias que se le plantean a fin de garantizar que las partes respeten los plazos y de agilizar el proceso de insolvencia, con la inclusión de esas disposiciones en la legislación, no se logrará el objetivo de todo régimen de la insolvencia eficaz y eficiente. Las normas de procedimiento también tendrán su importancia en la tramitación de los casos, de manera que unas normas bien formuladas contribuirán a que los tribunales y los profesionales resuelvan de forma eficaz y ordenada los casos de insolvencia y la situación económica del deudor y minimicen las demoras que pueden tener como consecuencia la desvalorización de los bienes del deudor, menoscabando las perspectivas de éxito del procedimiento de la insolvencia (ya sea de liquidación o de reorganización). Estas normas también contribuirán a mejorar el nivel de previsibilidad y de igualdad de trato en todos los casos.

303. La aplicación de los regímenes de insolvencia no depende únicamente de los tribunales sino también de los profesionales que intervienen en el proceso de la insolvencia, ya sean representantes de la insolvencia, asesores jurídicos, contables, tasadores u otros asesores profesionales. La adopción de pautas de profesionalidad y la capacitación pueden contribuir al desarrollo de la capacidad institucional. Puede ser conveniente evaluar qué funciones del ámbito de la insolvencia son realmente de carácter público y deben desempeñarse en el sector público a fin de garantizar el nivel de confianza necesario para que el régimen de la insolvencia sea eficaz, y las funciones que pueden llevarse a cabo ofreciendo incentivos adecuados a los participantes del sector privado en el proceso de la insolvencia. El representante de la insolvencia podría ser un ejemplo.

Recomendaciones

[NOTA PARA EL GRUPO DE TRABAJO: El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si las recomendaciones relativas al marco institucional necesario para un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente deben incorporarse a la Guía y, de ser así, qué deben contener dichas recomendaciones.]
