



Asamblea General

Distr. limitada
14 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 figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 y Add.2; el capítulo II.A y B figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 y Add.4; el capítulo III.A a F figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 a 9; el capítulo IV.A a D figura en las adiciones 10 y 11, el capítulo V figura en la adición 12, el capítulo VI.A figura en la adición 13, el capítulo VII.A y B figura en la adición 15, y el capítulo VI.D y E figurarán en la adición 16]

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Segunda Parte (continuación)		
VI. Administración del procedimiento	412-441	2
B. Financiación posterior a la apertura del procedimiento	412-420	2
1. Necesidad de financiación posterior a la apertura del procedimiento	412-414	2
2. Fuentes de financiación posterior a la apertura del procedimiento	415	3
3. Obtención de financiación posterior a la apertura del procedimiento - garantías y prelación	416-420	4
Recomendaciones	(161)(165)	5
C. Prioridades y distribución [del producto de la liquidación]	421-441	7
1. Prioridades	421-439	7
2. Distribución	440-441	13
Recomendaciones	(166)(171)	13

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



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 recogidas 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)

VI. Administración del procedimiento

B. Financiación posterior a la apertura del procedimiento

1. Necesidad de financiación posterior a la apertura del procedimiento

412. [187] El hecho de que la empresa del deudor siga funcionando después de la apertura del procedimiento de insolvencia es fundamental para la reorganización y también es importante en caso de liquidación si la empresa se ha de vender como negocio en marcha. Para que la empresa pueda seguir funcionando, el deudor debe tener acceso a una financiación que le permita seguir sufragando el suministro de bienes y servicios esenciales, incluidos los costos de personal, los gastos correspondientes a seguros, arrendamientos, mantenimiento de contratos y otros gastos de explotación, así como los costos asociados a la conservación del valor de los bienes. Dicha financiación también puede ser relevante en los supuestos de liquidación en los que se necesitan fondos para proseguir la actividad empresarial por un breve período de tiempo con el fin de facilitar la venta de los bienes. En algunos casos de insolvencia, el deudor puede disponer previamente de liquidez suficiente en efectivo o en bienes convertibles en efectivo (como los anticipos sobre los ingresos por créditos) para cubrir los gastos corrientes de la empresa. Otra posibilidad consiste en sufragar esos gastos con la corriente de efectivo disponible del deudor mediante una paralización y la suspensión de pagos de las deudas anteriores a la apertura del procedimiento. Cuando el deudor no dispone de fondos para atender sus necesidades inmediatas de efectivo, deberá solicitarlos a terceros. Esta financiación puede adoptar la forma de créditos comerciales concedidos al deudor por vendedores de bienes y servicios, de préstamos u otros tipos de financiación proporcionada por prestamistas.

413. Cuando el objeto del procedimiento sea garantizar la continuidad de la empresa, es muy conveniente determinar con la prontitud deseable la necesidad de obtener nuevos fondos, en algunos casos incluso en el intervalo entre la presentación de la solicitud y la apertura del procedimiento. No obstante, en muchos ordenamientos, la obtención de fondos antes de la apertura del procedimiento plantea cuestiones delicadas como la de las facultades de anulación y la de la responsabilidad del prestamista y del deudor. Algunos regímenes de la insolvencia disponen, por ejemplo, que cuando un prestamista proporciona fondos a un deudor insolvente, puede resultar responsable de cualquier incremento de las deudas de otros acreedores que se produzca como consecuencia de lo que, sencillamente, no es otra cosa que un aplazamiento de la apertura de la liquidación. Al margen de ese

intervalo inicial y, especialmente en el supuesto de un procedimiento de reorganización, la obtención de nuevos fondos tendrá también relevancia en el período que media entre la apertura del procedimiento y el examen del plan; la obtención de fondos en el período posterior a la aprobación del plan debe generalmente abordarse en dicho plan, especialmente en los ordenamientos que prohíben nuevos préstamos salvo que el plan los autorice en caso de necesidad.

414. [187] Un régimen de la insolvencia puede reconocer la necesidad de solicitar financiación después de la apertura del procedimiento, facilitar la autorización correspondiente y determinar la prelación del derecho de quien conceda esa financiación a obtener reembolso. La cuestión fundamental es el alcance de esa facultad y, en particular, los incentivos que pueden ofrecerse a un posible acreedor a fin de obtener financiación de éste. En la medida en que la solución adoptada afecte a los derechos de los acreedores garantizados anteriores o a aquellos que tengan un derecho establecido anteriormente sobre ciertos bienes, es conveniente que al regularse la financiación posterior a la apertura del procedimiento se establezca un término medio entre la necesidad general de mantener los contratos comerciales rentables, la de proteger los derechos anteriores de los acreedores y su grado de prelación y la de reducir al mínimo cualquier consecuencia negativa que socave la posibilidad de obtener créditos, en particular financiación garantizada que pueda obtenerse interfiriendo en aquellos derechos garantizados anteriores y su grado de prelación. Por regla general, el valor económico de los derechos de los acreedores con garantías anteriores debe ser protegido de todo perjuicio injustificado. Cuando sea necesario (como ya se ha examinado en relación con la protección de la masa de la insolvencia: véase el capítulo III.B.5 de la Segunda Parte), los acreedores con garantías anteriores deben disponer de medios de protección suplementarios para conservar el valor económico de sus derechos de garantía, como los pagos periódicos o los derechos de garantía sobre otros bienes en sustitución de cualquier bien que pueda utilizar el deudor o gravar para obtener nuevos préstamos. Además de las cuestiones relativas a la disponibilidad y a la garantía o prelación de nuevos créditos, el régimen de la insolvencia puede tener que examinar el tratamiento de los fondos que pueden haber sido adelantados antes del fracaso de la reorganización y en el caso de que posteriormente se haya de liquidar la empresa deudora. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que cualquier garantía que se otorgue respecto de nuevos préstamos puede quedar sin efecto en una liquidación posterior mientras que otros regímenes disponen que los acreedores que obtengan prelación para la nueva financiación la podrán mantener en cualquier liquidación posterior.

2. Fuentes de financiación posterior a la apertura del procedimiento

415. [188] Lo más probable es que tras la apertura del procedimiento se disponga de muy pocas fuentes de financiación. Una de ellas puede ser la de los prestamistas o vendedores de mercancías anteriores a la insolvencia, que mantienen una relación continua con el deudor y su negocio y pueden adelantar nuevos fondos o proporcionar créditos comerciales a fin de tener más probabilidades de recuperar los créditos que ya tenían y tal vez ganar más con las mayores tasas de interés que cobrarán por el nuevo préstamo. Una segunda clase de prestamista será aquel que, sin tener vinculación alguna con el negocio del deudor antes de la insolvencia, actúe motivado únicamente por la posibilidad de obtener más ganancias. El incentivo que tendrán las dos clases de prestamistas es la certeza de que se dará un trato especial al préstamo y a los créditos concedidos tras la apertura del procedimiento. Para los

prestamistas anteriores a la insolvencia existen otros incentivos: la relación continua con el deudor y su negocio, la garantía de que las condiciones del préstamo concedido antes de la apertura del procedimiento no se modificarán y, según algunos regímenes, la posibilidad de que, si no proporcionan la financiación posterior a la apertura del procedimiento, la prelación se desplace a los prestamistas que proporcionen esa financiación.

3. Obtención de financiación posterior a la apertura del procedimiento - garantías y prelación

416. [189] Para obtener financiación después de la apertura del procedimiento y facilitar los reembolsos se pueden adoptar diferentes criterios. [190] En muchos regímenes de la insolvencia se autoriza al representante a gestionar créditos al descubierto sin la aprobación del tribunal ni de los acreedores, en tanto que en otros se requiere la aprobación del tribunal o de los acreedores en determinadas circunstancias. Cuando el prestamista exige una garantía real, se puede otorgar sobre bienes no gravados o como garantía real de prelación inferior sobre bienes ya gravados, siempre que el valor del bien gravado sea muy superior al monto de la obligación garantizada. En este caso no será necesario ningún medio de protección especial para el acreedor con garantías anteriores a la apertura del procedimiento, salvo que posteriormente cambien las circunstancias.

417. [189] Si esos incentivos son insuficientes o no se pueden aplicar, por ejemplo porque no haya bienes no gravados o un excedente suficiente del valor de los bienes ya gravados, los regímenes de la insolvencia regulan con diversos criterios la obtención de nueva financiación. Varios regímenes de la insolvencia no abordan específicamente la cuestión de la nueva financiación ni prevén ningún tipo de prelación para su reembolso. En los casos en que el deudor no puede ofrecer como garantía bienes no gravados o si el prestamista no está dispuesto a asumir el riesgo de otorgar un préstamo sin garantía, no se obtendrán nuevos fondos.

418. [189] Algunos regímenes de la insolvencia disponen que se dé un cierto nivel de prelación a los nuevos préstamos sobre otros acreedores, incluidos en algunos casos los acreedores garantizados existentes. Un nivel de prelación corresponde a los créditos derivados de la administración de la insolvencia (véase el capítulo VI.C de la Segunda Parte); estos créditos se podrán cobrar antes que los de los acreedores ordinarios no garantizados, pero no antes que los de un acreedor garantizado con respecto a su garantía. En algunos casos, el fundamento de esta prelación radica en que el nuevo préstamo se concede al representante de la insolvencia y no al deudor, convirtiéndose así en un gasto de la masa de la insolvencia. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que el tribunal o los acreedores aprueben los préstamos, mientras que otros regímenes prevén que el representante de la insolvencia pueda obtener la financiación necesaria sin aprobación, si bien esto puede implicar un componente de responsabilidad personal para el representante de la insolvencia. Es probable que esta exigencia sea un factor disuasorio a la hora de buscar nueva financiación.

419. [189] Otros regímenes de la insolvencia prevén una prelación administrativa privilegiada, es decir, una prelación frente a otros acreedores de la administración de la insolvencia o frente a todos los acreedores, incluidos los que tengan créditos garantizados (gravamen prioritario). En los países en que se permite esta última forma de prelación, los tribunales de la insolvencia reconocen el riesgo que aquélla

supone para los prestamistas garantizados existentes y sólo autorizan esos tipos de prelación con reticencia y como último recurso. La concesión de esa prelación puede estar sujeta a ciertas condiciones, como la de notificarla a los acreedores garantizados afectados y de dar a éstos la oportunidad de ser escuchados por el tribunal; que el deudor pruebe que no está en condiciones de obtener la financiación necesaria sin esa prelación y que se proporcione la protección adecuada contra cualquier depreciación del valor económico de las garantías reales constituidas en favor del acreedor garantizado afectado. En algunos ordenamientos jurídicos existen todas esas opciones para obtener financiación después de la apertura del procedimiento.

420. Al examinar la cuestión de la autorización, puede ser conveniente vincularla al daño que pueda provocar o al beneficio que probablemente proporcionará la nueva financiación. A pesar de que algunos regímenes de la insolvencia exigen una autorización del tribunal y de que la intervención de este último puede contribuir a promover la transparencia y supone una garantía adicional para los prestamistas, en muchos casos el representante de la insolvencia puede estar en una posición más favorable para evaluar la necesidad de una nueva financiación. En cualquier caso, para fundamentar su decisión, el tribunal generalmente podrá disponer sólo de los conocimientos especializados y de la información que le proporcione el representante de la insolvencia. Otros criterios pueden consistir en fijar un límite por encima del cual se exija la aprobación del tribunal o en requerir la aprobación del tribunal únicamente cuando los acreedores afectados se opongan a las propuestas del representante de la insolvencia.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre la financiación y el crédito otorgado con posterioridad a la apertura del procedimiento tienen por objeto:

- a) permitir obtener financiación y crédito para mantener en funcionamiento o para garantizar la supervivencia del negocio del deudor o la conservación o el aumento del valor de los bienes del deudor;
- b) proporcionar una protección apropiada a los proveedores de financiación y crédito después de la apertura;
- c) proporcionar una protección apropiada a las partes cuyos derechos puedan verse afectados por la aportación de financiación y crédito después de la apertura del procedimiento.

Contenido de las disposiciones legales

(161) [(110)] El régimen de la insolvencia ha de permitir al representante de la insolvencia obtener financiación y crédito con posterioridad a la apertura del procedimiento si el representante de la insolvencia determina que ello es necesario para mantener en funcionamiento o para garantizar la supervivencia de la empresa del deudor o la conservación o el aumento del valor de los

bienes del deudor. El régimen de la insolvencia puede disponer que se requiera la autorización previa del tribunal o de los acreedores.

~~[(111)] El régimen de la insolvencia ha de permitir que el representante de la insolvencia obtenga crédito con posterioridad a la apertura del procedimiento si el representante de la insolvencia determina que ello es necesario para la continuación del funcionamiento o la supervivencia de la empresa del deudor o la conservación o el aumento del valor de los bienes del deudor.~~

Garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento

(162) [(112)] El régimen de la insolvencia deberá permitir que se constituya una garantía real para el reembolso de la financiación posterior a la apertura del procedimiento, incluso sobre bienes no gravados [incluidos los bienes adquiridos posteriormente] y garantía nueva o con menor prioridad sobre bienes del deudor ya gravados.

(163) [(113)] El régimen de la insolvencia ha de disponer que una garantía real sobre los bienes del deudor para asegurar la financiación posterior a la apertura del procedimiento no tenga prioridad sobre alguna otra garantía real ya existente sobre los mismos bienes, a menos que el representante de la insolvencia notifique al acreedor garantizado beneficiario de la garantía y obtenga su consentimiento o siga el procedimiento de la recomendación [(114)].

(164) [(114)] El régimen de la insolvencia debe disponer que cuando el titular de la garantía real ya existente no dé su consentimiento, el tribunal podrá autorizar [la concesión] [la constitución] de esa garantía, siempre que se satisfagan determinadas condiciones, a saber:

~~a) que el acreedor ya garantizado tenga suficiente garantía sobre los bienes de modo que no [será perjudicado] [sufrirá un perjuicio irrazonable] por una prioridad dada a la financiación posterior a la apertura del procedimiento;~~

a) se notifique al [acreedor garantizado] [titular de la garantía existente] y se le dé la oportunidad de ser oído por el tribunal;

b) el deudor pueda probar que no le es posible obtener la financiación de otra manera;

c) los intereses del [acreedor garantizado] [titular de la garantía] existente estén suficientemente protegidos, incluso mediante un valor residual suficiente del bien gravado, de manera que el acreedor ya garantizado no sufra un perjuicio irrazonable a causa de la prelación concedida a la financiación posterior a la apertura del procedimiento.

Prelación de los créditos otorgados con posterioridad a la apertura

(165) [(115)] El régimen de la insolvencia deberá establecer la prelación que pueda concederse para la financiación posterior a la apertura del procedimiento, de modo que por lo menos el proveedor de la financiación

posterior a la apertura del procedimiento pueda cobrar antes que los acreedores ordinarios no garantizados (~~una prioridad administrativa~~) [incluidos los acreedores no garantizados con prioridad administrativa]. Cuando el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación, toda prelación concedida a los créditos posteriores a la apertura del procedimiento en la reorganización deberá seguir reconociéndose como tal en la liquidación.

C. Prioridades y distribución [del producto de la liquidación]

1. Prioridades

421. [253] La distribución del producto del patrimonio se realizará generalmente de acuerdo con la clasificación de los créditos de los acreedores por categorías. Cuando los distintos acreedores hayan concertado tratos comerciales diferentes con el deudor, la clasificación de los acreedores puede justificarse por la conveniencia de que el sistema de la insolvencia reconozca y respete esos tratos comerciales además de fomentar el trato igual para los acreedores que se encuentren en situaciones similares. El establecimiento de un sistema de clasificación claro y previsible para la distribución puede contribuir a garantizar que los acreedores estén seguros de sus derechos al celebrar acuerdos comerciales con el deudor y, en el caso de un crédito garantizado, a facilitar su obtención. [215] Además de basarse en esas categorías derivadas de las relaciones comerciales y jurídicas entre el deudor y sus acreedores, los criterios de distribución reflejan también con frecuencia opciones que reconocen importantes intereses públicos (como la protección del empleo), la conveniencia de garantizar una tramitación ordenada y efectiva del procedimiento de insolvencia (dando prioridad a la remuneración de los profesionales que participen en el procedimiento de insolvencia y a los gastos de la administración de la insolvencia), y de fomentar el mantenimiento de la empresa y su reorganización (dando prioridad a los créditos concedidos después de la apertura del procedimiento).

422. Los regímenes de la insolvencia siguen una amplia gama de criterios en la clasificación de los acreedores, tanto en función de la prelación existente entre las distintas categorías de acreedores como en función del trato que se concede a los acreedores de una misma categoría, por ejemplo, a aquellos que entran, a grandes rasgos en la categoría de acreedores no garantizados.

a) Acreedores garantizados

423. [218] Muchos regímenes reconocen los derechos de los acreedores garantizados a gozar de máxima prelación para la satisfacción de sus créditos, bien sea con cargo al producto de la venta de determinados bienes garantizados o con cargo a fondos generales. El método de distribución entre los acreedores garantizados depende del método utilizado para proteger a este tipo de acreedores durante el procedimiento. Si el derecho de garantía se protege preservando el valor del bien gravado, el acreedor garantizado dispondrá generalmente de un derecho de prelación sobre el producto de la venta de ese bien hasta el límite del valor de su crédito garantizado (siempre que éste no exceda del valor del bien). En cambio, si los derechos de garantía del acreedor garantizado se protegen fijando el valor de la parte garantizada del crédito en el momento de la apertura del procedimiento, el acreedor tendrá por lo general un derecho de prelación sobre el producto general del

patrimonio de la insolvencia respecto de ese valor. En el supuesto de que el crédito del acreedor garantizado exceda del valor del bien gravado, o del valor del crédito garantizado tal como se determinó al inicio del procedimiento (siempre que se siga ese criterio), el importe del crédito no cubierto por la garantía se considerará generalmente como un crédito ordinario no garantizado a los efectos de la distribución.

424. [219] En los regímenes de la insolvencia que no reconocen una máxima prelación a los derechos de los acreedores garantizados, el pago de las sumas debidas a éstos puede considerarse de menor prioridad que los gastos de administración y otros créditos a los que se otorgue una protección prioritaria, como el pago de los salarios pendientes, los impuestos, las demandas ambientales y las demandas por lesiones personales. Por otra parte, hay regímenes que disponen que el monto que pueden recuperar (prioritariamente) los acreedores garantizados con cargo a los bienes gravados para garantizar el cobro de sus créditos se limite a un determinado porcentaje de dicho crédito. La parte restante del crédito se utiliza generalmente para reembolsar los créditos de otros acreedores, ya sean éstos titulares de créditos de menor prioridad o acreedores ordinarios no garantizados, o para remunerar los gastos del representante de la insolvencia y los gastos contraídos en la conservación y administración del patrimonio de la insolvencia cuando el valor de los bienes de dicho patrimonio sea insuficiente para sufragar esos gastos. Uno de los fundamentos de este criterio radica en que el acreedor garantizado debe soportar de manera equitativa parte de las pérdidas de otros acreedores en la liquidación y parte de los gastos en la reorganización. No obstante, es conveniente que se limiten estos tipos de excepciones a la regla de la máxima prelación de los acreedores garantizados a fin de proporcionar seguridad con respecto a la recuperación del crédito garantizado, fomentado así la concesión de créditos garantizados y reduciendo los gastos conexos.

425. [219] Cuando el crédito garantizado se reembolsa directamente con el producto neto de la liquidación del bien pertinente, el acreedor garantizado, a diferencia de los acreedores no garantizados, generalmente no contribuirá (ya sea directa o indirectamente) a los gastos generales del procedimiento de la insolvencia, salvo que se prevean disposiciones como las señaladas más arriba. No obstante, en esos casos, puede exigirse todavía al acreedor garantizado que contribuya a otros gastos relacionados directamente con sus derechos, como pueden ser los gastos administrativos derivados de la conservación del bien gravado. Si el representante de la insolvencia ha destinado recursos a la conservación del valor del bien gravado, tal vez sea razonable recuperar esos gastos en calidad de gastos administrativos del monto que, de no ser así, habría que pagar prioritariamente al acreedor garantizado con cargo al producto de la venta del bien. Otra excepción a la regla de la máxima prioridad puede relacionarse también con las prelaciones previstas con respecto a la financiación posterior a la apertura, donde el efecto en los derechos de los acreedores garantizados de cualquier prelación otorgada debería quedar aclarado en el momento en que se obtiene la financiación, en especial cuando ésta haya podido ser aprobada por los acreedores garantizados (véase el capítulo VI.B de la Segunda Parte).

b) Créditos derivados de la administración de la insolvencia

426. [220] Los gastos administrativos del procedimiento de la insolvencia tienen a menudo prioridad sobre los créditos no garantizados y generalmente se les concede esa prioridad a fin de asegurar que se pague adecuadamente a las partes que intervienen en la administración del patrimonio de la insolvencia. Estos gastos incluyen generalmente la remuneración del representante de la insolvencia y de los profesionales empleados por éste; las deudas que generen, como consecuencia del correcto ejercicio de las facultades y poderes del representante de la insolvencia (o en algunos casos del deudor) (véase el capítulo IV.A y B, de la Segunda Parte); los gastos generados por el mantenimiento de obligaciones contractuales (por ejemplo, contratos laborales y de arrendamiento); los gastos del procedimiento (por ejemplo las costas procesales) y, en algunos regímenes de la insolvencia, la remuneración de los profesionales empleados por una junta de acreedores.

c) Prioridad o créditos privilegiados

427. [223] Los regímenes de la insolvencia atribuyen a menudo derechos prioritarios a ciertos créditos (principalmente no garantizados) cuyo pago debe tener prelación, en consecuencia, sobre el de otros créditos no garantizados y no privilegiados (o menos privilegiados). Estos derechos de prelación que, a menudo, encuentran su fundamento en consideraciones de orden social y a veces político, van en contra del principio de la distribución *pari passu* y perjudican en general a las deudas ordinarias no garantizadas al reducir el valor de los bienes disponibles para su distribución entre los acreedores ordinarios no garantizados. El establecimiento de derechos de prelación puede fomentar un debate improductivo sobre la evaluación de las clases de acreedores a las que debe concederse prioridad y su justificación. El establecimiento de estos derechos en un régimen de la insolvencia tiene también repercusiones sobre el costo del crédito, que aumentará a medida que disminuya el monto de los fondos disponibles para su distribución entre otros acreedores.

428. [226] Algunas prelaciones se fundamentan en consideraciones sociales que podrían ser abordadas más fácilmente en regímenes distintos del de la insolvencia, como en una legislación sobre el bienestar social, que al elaborar un régimen sobre la insolvencia a fin de alcanzar objetivos sociales que sólo están indirectamente relacionados con problemas de deudas e insolvencia. Estableciendo una prelación en el régimen de la insolvencia se puede, en el mejor de los casos, resolver de forma incompleta e inadecuada el problema social, a la vez que se resta eficacia al procedimiento de la insolvencia. Cuando hayan de incluirse prelaciones en una ley sobre insolvencia o cuando existan en otras leyes prelaciones que tengan efectos en el régimen de la insolvencia, es conveniente que esas prelaciones se establezcan claramente o que se haga referencia a ellas en el régimen de la insolvencia (y si fuera necesario clasificarlas con otros créditos). Esto garantizará que ese régimen sea por lo menos seguro, transparente y previsible en lo que respecta a sus consecuencias para los acreedores, y permitirá que los prestamistas evalúen con mayor exactitud los riesgos relacionados con los préstamos.

429. [225] En algunos regímenes recientes sobre la insolvencia se ha reducido notablemente el número de estos tipos de derechos con prelación debido a que ha disminuido la aceptación pública de este trato. En algunos países, por ejemplo, se ha suprimido recientemente la tradicional prelación otorgada a los créditos fiscales. No

obstante, en otros países se tiende a incrementar las categorías de deudas con prelación. El mantenimiento de distintas categorías de prelación para muchos tipos de créditos puede complicar los objetivos fundamentales del proceso de insolvencia y restarle eficacia y eficiencia. También puede crear injusticias y, en una reorganización, complicar la preparación del plan. Además, cabe recordar que ajustando el orden de distribución para crear esas prelaciones no se incrementará la suma total de los fondos a disposición de los acreedores. Sólo redundará en beneficio de un grupo de acreedores a expensas de otro grupo. Cuanto mayor sea el número de categorías de acreedores con prelación, mayores serán las posibilidades de que otros grupos reivindiquen el derecho a recibir también un trato prioritario. Cuanto mayor sea el número de acreedores que reciben un trato prioritario, menores serán los beneficios que reporte ese trato.

430. Entre los factores que pueden ser pertinentes al determinar si existen razones imperiosas para otorgar un rango privilegiado a algún tipo de deuda en particular cabe destacar la necesidad de hacer cumplir obligaciones internacionales; la necesidad de compaginar los derechos particulares con los intereses públicos y otros medios disponibles para velar por esos intereses públicos; la conveniencia de crear incentivos para los acreedores, a fin de administrar eficientemente los créditos y de fijar el precio del crédito lo más bajo posible; las repercusiones de crear ciertas preferencias sobre los costos de las operaciones y del cumplimiento; y la conveniencia de hacer distinciones sutiles entre los acreedores que puedan tener como consecuencia que una clase de acreedores tenga que soportar una carga mayor de la deuda pendiente.

431. [224] Los regímenes de la insolvencia prevén distintos criterios para determinar los tipos de créditos a los que se concederá prelación y en qué habrá de consistir esa prelación. Los tipos de créditos a los que los países conceden prelación varían, pero predominan especialmente dos categorías: por un lado, los sueldos y las prestaciones de los empleados (los pagos de la seguridad social y las pensiones) y, por el otro, los créditos fiscales. El examen de la prelación de los créditos fiscales puede tener especial trascendencia en supuestos de insolvencia transfronteriza. Un enfoque podría consistir en rechazar la prelación para todos los créditos fiscales extranjeros. Otra posibilidad puede ser la de reconocer algunas formas de prelación, quizás con un alcance limitado, para esos créditos fiscales, en los supuestos en que o bien existe reciprocidad en cuanto al reconocimiento de esos créditos o bien se está tramitando conjuntamente en más de un Estado un procedimiento de insolvencia que afecta a un único deudor. El artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza reconoce la importancia del principio de no discriminación respecto de la prelación de créditos extranjeros, pero también dispone que los países que no reconocen los créditos extranjeros por concepto de impuestos o seguridad social pueden seguir discriminando a éstos¹.

i) Créditos de los empleados

432. En la mayoría de los países, los créditos de los empleados (incluidos los créditos por sueldos, las retribuciones en concepto de licencias o vacaciones, las asignaciones por otras ausencias remuneradas y la indemnización por despido)

¹ Nota de pie de página N° 2 y párrafo 2) del artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

constituyen una categoría de créditos prioritarios que, en muchos casos, tiene una prelación superior a la de los créditos por concepto de impuestos y seguridad social. [224] Este criterio es generalmente compatible con la protección especial concedida a los empleados en otros aspectos del régimen de la insolvencia (véase el capítulo III.D.6 de la Segunda Parte), así como con el criterio de algunos convenios internacionales². En algunos regímenes de la insolvencia, la importancia de dar mayor prioridad a la estabilidad en el empleo que a otros objetivos del procedimiento de la insolvencia, como la optimización del valor de la masa en beneficio de todos los acreedores, se hace patente cuando se recurre a la venta de la empresa como negocio en marcha (con la transmisión de las obligaciones existentes respecto de los empleados), en contraposición con la liquidación o la reorganización, en las que esas obligaciones pueden modificarse o anularse.

433. En algunos países se otorga prelación a los créditos de los empleados pero se equiparan a los créditos por concepto de impuestos y seguridad social de modo que forman parte de la misma categoría de créditos y pueden ser satisfechos proporcionalmente en caso de que los fondos sean insuficientes. En otros países, los créditos de los empleados no se benefician de prelación alguna, y tienen el mismo rango que los créditos ordinarios no garantizados, a pesar de que en algunos casos el pago de ciertas deudas nacidas durante un determinado período de tiempo (por ejemplo, los sueldos y otros pagos correspondientes a los tres meses anteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia) pueden ser garantizados por el Estado mediante un fondo de garantía de los sueldos. El fondo que garantice el pago de dichos créditos puede, a su vez, tener derecho a reclamar una suma con cargo al patrimonio de la insolvencia y puede tener o no la misma prelación frente al patrimonio de la insolvencia que los créditos de los empleados, ello depende de cuestiones de política general como la utilización de fondos públicos (en contraposición a los bienes del deudor insolvente) para sufragar el pago de compensaciones salariales. [230] La práctica habitual es que el fondo goce de los mismos derechos que los empleados, al menos con respecto a una determinada suma que puede consistir en una cantidad concreta en concepto de sueldos o en una suma equivalente a varias semanas de paga.

ii) *Créditos fiscales*

434. [224] A menudo se concede prelación a los créditos fiscales del Estado teniendo en cuenta la protección de los ingresos públicos. La concesión de prelación a ese tipo de créditos se ha justificado por diversos motivos. Entre estos motivos cabe destacar el hecho de que puede ser beneficioso para el procedimiento de reorganización porque alentará a las autoridades fiscales a diferir la recaudación de los impuestos adeudados por empresa en crisis, estimando que ulteriormente el régimen de la insolvencia les concederá prelación en el cobro, y que el Estado, al no ser un acreedor convencional o mercantil, puede ser excluido de algunas opciones para el cobro de deudas comerciales. Sin embargo, conceder prelación a esos créditos puede ser contraproducente, ya que el hecho de no recaudar impuestos

² Por ejemplo, el Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, de la OIT, 1992 (Nº 173). El párrafo 1 del artículo 8 dispone que “la legislación nacional deberá atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular a los del Estado y de la seguridad social”. El Convenio entró en vigor en 1995.

puede comprometer la aplicación uniforme de la legislación fiscal y constituir una forma de subsidio estatal que socave la disciplina que todo régimen de la insolvencia eficaz pretende fomentar. Además, esto puede alentar a las autoridades fiscales a no ejercer el debido control sobre los deudores y a no cobrar las deudas con un criterio comercial que contribuya a evitar la insolvencia y la desvalorización de los bienes.

d) Acreedores ordinarios no garantizados

435. [227] Una vez satisfechos los créditos de todos los acreedores garantizados y con prelación, se prorratea por lo general el saldo del patrimonio de la insolvencia entre los acreedores ordinarios no garantizados. Dentro de esta categoría puede haber subdivisiones que prevean la subordinación o la prelación, como se señaló más arriba, de algunos créditos. Más adelante se examinan algunos de los que son, por lo general, subordinados.

e) Propietarios y accionistas

436. [232] Los propietarios y los accionistas pueden tener créditos en virtud de préstamos concedidos al deudor y créditos en virtud de su participación en el capital social o de su derecho de propiedad sobre el patrimonio deudor. Muchos regímenes de la insolvencia hacen una distinción entre estos diferentes créditos. Con respecto a los créditos en virtud de la participación en el capital social, muchos regímenes de la insolvencia adoptan la regla general de que los propietarios y accionistas de la empresa no tienen derecho a la distribución del producto de los bienes hasta que se hayan pagado íntegramente todos los demás créditos que gozan de mayor prelación (incluidas las reclamaciones de intereses devengados después de la apertura del procedimiento). No es frecuente que los accionistas y los propietarios, como tales, sean beneficiarios de la distribución en virtud de sus participaciones en el patrimonio deudor. Si se procede a realizar una distribución, ésta se hace generalmente de conformidad con la clasificación de las acciones establecida en el derecho de sociedades y en la escritura de constitución de la empresa. Sin embargo, los créditos relativos a préstamos no siempre quedan subordinados.

f) Personas allegadas al deudor

437. [233] Otra categoría de acreedores que puede requerir atención especial es la de las personas relacionadas con el deudor tanto desde el punto de vista familiar como empresarial (véase el capítulo III.E.3 apartado e) y el capítulo VI.A de la Segunda Parte). Conforme a algunos regímenes de la insolvencia, estos créditos siempre quedan subordinados y, según otros regímenes, sólo quedan subordinados en los supuestos de comportamientos injustos, fraudulentos o cuasifraudulentos. Cuando estos créditos quedan subordinados, pueden ocupar un rango inferior al de los créditos ordinarios no garantizados. Otros criterios relativos al régimen aplicable a estos créditos no están en función de su clasificación, sino de la restricción del derecho de voto o del monto del crédito que se admitirá en el procedimiento.

g) Multas, sanciones e intereses devengados después de la apertura del procedimiento

438. [227] Algunos países incluyen en la categoría de créditos ordinarios no garantizados las gratificaciones, las multas y las sanciones (ya sean administrativas,

penales o de otro de tipo), dándoles una prelación inferior a la de otros créditos no garantizados. Algunos regímenes de la insolvencia excluyen estos tipos de créditos.

439. Para regular la acumulación y el pago de intereses devengados por los créditos se siguen diversos criterios. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que los créditos relativos a todas las deudas no garantizadas dejan de devengar intereses al iniciarse un procedimiento de liquidación, pero en una reorganización el pago de intereses dependerá de lo que se haya acordado en el plan. En otros casos, cuando se prevea que los créditos puedan devengar intereses después de la apertura del procedimiento, puede darse una prelación inferior al pago de esos intereses, que tendrá lugar únicamente después de que se hayan reembolsado todos los demás créditos no garantizados.

2. Distribución

440. [254] Cuando existan varias categorías de créditos con diferentes prioridades, por lo general se pagará íntegramente a los acreedores con mayor prelación antes de pagar al siguiente grupo por orden de prelación, y así sucesivamente. Cuando se llegue a un nivel de prelación para el que no queden fondos suficientes para pagar íntegramente a todos los acreedores de esa categoría, se prorrateará entre ellos la suma restante. En algunos regímenes que no establecen distintos grados de prelación, cuando no hay fondos suficientes para el pago íntegro, el prorrateo se hace entre todos los acreedores.

441. [255] En los procedimientos de reorganización, puede ser conveniente supeditar la confirmación del plan a que los acreedores con prelación cobren íntegramente sus créditos, a menos que dichos acreedores convengan otra cosa [¿razones?]. En un plan de reorganización podrán proponerse prioridades de distribución distintas de las previstas por la legislación para los supuestos de liquidación, siempre y cuando los acreedores que voten sobre el plan aprueben esa modificación.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre la distribución tienen por objeto:

a) establecer el orden en que se han de pagar los créditos con cargo al patrimonio del deudor tras el cobro del importe de los bienes en una liquidación o una vez que se confirme el plan de reorganización;

b) velar por que los acreedores de la misma categoría reciban idéntico trato y se les pague dividiendo proporcionalmente los bienes del patrimonio;

[c) indicar las circunstancias en las que se admita una prelación en la distribución.]

Contenido de las disposiciones legales

(166) [(116)] El régimen de la insolvencia tiene que establecer el orden en que los créditos, que no sean créditos garantizados, hayan de pagarse con el patrimonio del deudor tras la venta de los bienes en liquidación.

(167) [(117)] El régimen de la insolvencia debe minimizar las prioridades otorgadas a las categorías de créditos no garantizados. Cuando se conceden prioridades en virtud de una ley distinta del régimen de la insolvencia, deben ser claramente mencionadas en este último.

(168) [(118)] Los créditos garantizados deben pagarse con el producto de la ejecución de la garantía, subordinándolos a los eventuales créditos que tengan mayor prelación³.

(169) [(119)] Con respecto al pago de créditos de otras categorías que no sean los créditos garantizados, el régimen de la insolvencia debe prever que la cantidad disponible para ser distribuida entre los acreedores se pague por el siguiente orden:

- a) Costos y gastos administrativos, incluso los ocasionados en relación con el nombramiento, el desempeño de facultades y funciones y la remuneración del representante de la insolvencia y el comité de acreedores;
- b) Créditos anteriores a la apertura del procedimiento que tengan prioridad;
- c) Créditos ordinarios anteriores a la apertura del procedimiento;
- d) Créditos diferidos o subordinados anteriores a la apertura del procedimiento;
- e) El deudor (es decir, los derechos sobre participaciones en el capital social de la empresa deudora o sus titulares).

³ NOTA PARA EL GRUPO DE TRABAJO: El Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento ha sugerido que la Guía considere la proposición de que un acreedor garantizado debería compartir parte de la carga de un fracaso financiero, por lo menos con respecto a los acreedores no convencionales, como los que pidan daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual y los empleados y, en particular cuando el acreedor garantizado sea titular de una “prenda industrial” sobre cada bien de la entidad deudora. Con este fin, se propone añadir el siguiente texto para la protección de los derechos de los empleados al final de esta recomendación: “... siempre, sin embargo, que si un acreedor garantizado es titular de un derecho de retención o una hipoteca sobre sustancialmente todos los bienes del deudor, el producto de la ejecución de la garantía deba pagarse para satisfacer todos los créditos salariales acumulados e impagados de los empleados (si no están garantizados de otra manera por un organismo del Estado) y luego para satisfacer todos los créditos por daños en la persona (que no estén cubiertos por un seguro) y después al acreedor garantizado, de conformidad con la primera cláusula de la recomendación.”

(170) [(120)] Con respecto al pago de créditos de la misma categoría, el régimen de la insolvencia debe disponer, como principio general, que los créditos de cada categoría tengan el mismo rango entre ellos, salvo que los titulares de los créditos afectados acuerden otra cosa. Todos los créditos de una determinada categoría deben ser pagados íntegramente antes de que se pague a la categoría siguiente. Si no hay fondos suficientes para pagarlos íntegramente, deben pagarse proporcionalmente.

(171) [(121)] El régimen de la insolvencia debe disponer que las distribuciones se hagan prontamente y que se puedan pagar, en la medida de lo posible, con carácter provisional o definitivo. Al hacer una distribución, el representante de la insolvencia tiene que hacer una previsión para los créditos provisionalmente aceptados y para los créditos presentados y aún no admitidos.
