



Asamblea General

Distr. general
7 de mayo de 2004*
Español
Original: inglés

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

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Nota de la Secretaría: revisiones del documento A/CN.9/WG.V/WP.70

1. En la presente nota se exponen ciertas revisiones y adiciones que se han de introducir en el comentario, que figura en las partes primera y segunda del documento A/CN.9/WG.V/WP.70, a raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo V en su 30º período de sesiones (véase el informe correspondiente en el documento A/CN.9/551).

Introducción

1. Organización y alcance de la Guía

1. En la quinta oración del párrafo 1, antes de las palabras “, y hace hincapié en la reorganización de las empresas insolventes,” insértese el texto siguiente:

“..., que vayan dirigidos contra un deudor, sea una persona jurídica o física, que desarrolle una actividad mercantil, (y hace hincapié) No se abordan las cuestiones que sean propias de la insolvencia de aquellas personas físicas que no desarrollen ese tipo de actividad, como sería el caso de los consumidores, pero la Guía también analiza la práctica ...”

2. Insértese, al final del párrafo 1, el texto siguiente:

“... cuyo texto ha sido incorporado a la Guía a fin de facilitar el examen de cuestiones relativas a la insolvencia transfronteriza. Sin embargo, cabe señalar

* La presentación tardía de este documento obedece al tiempo que demandó la celebración de consultas.

** Fechas revisadas.



que una ley modelo suele utilizarse de modo distinto que una guía legislativa. De hecho, una ley modelo es un texto legislativo recomendado a los Estados para que lo incorporen con o sin modificaciones en su derecho interno. Por ello, toda ley modelo suele proponer un juego completo de disposiciones legales sobre algún tema particular, formuladas en términos que faciliten su transposición directa al derecho interno del país interesado. Una guía legislativa tiene, en cambio, por finalidad la de orientar al legislador y a otros usuarios sobre determinado tema y, por ese motivo, suele incluir un comentario extenso en el que se desarrollan ciertas cuestiones pertinentes. No se pretende que las recomendaciones de una guía legislativa sean incorporadas sin más al derecho interno. Más bien se analizan brevemente las cuestiones fundamentales que dicho derecho debería abordar y, en algunas de las recomendaciones, se dan indicaciones precisas sobre cómo convendría formular ciertas disposiciones legales.”

3. En el párrafo 2, después de la cuarta oración, insértese el texto siguiente:

“Las recomendaciones son más o menos precisas en función de la cuestión de que se trate. Algunas se enuncian en lenguaje legislativo para mostrar con mayor detalle la mejor manera de resolver determinada cuestión en un régimen de la insolvencia, lo que es claro indicio de que existe un notable consenso respecto de la idoneidad de la solución recomendada. En otras recomendaciones se indican ciertos problemas básicos que el régimen de la insolvencia deberá tratar de resolver, y se proponen diversas soluciones posibles, al tiempo que se señala la existencia de algunas cuestiones de principio y de procedimiento que deberán tenerse presentes.”

Primera parte: Definir los objetivos fundamentales y la estructura de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

II. Mecanismos para resolver las dificultades financieras del deudor

4. Insértese como introducción antes del párrafo 31, el texto siguiente:

“A continuación se examinan diversos mecanismos que se han ideado para resolver las dificultades financieras del deudor y de probada utilidad para dicho cometido. Entre ellos cabe mencionar la apertura de un procedimiento de reorganización o de liquidación sustanciado con arreglo al régimen de la insolvencia; la apertura voluntaria, por el deudor, de negociaciones con los acreedores, que se desarrollarán esencialmente al margen del régimen oficial de la insolvencia; y ciertos procesos administrativos que se han instituido en algunos países con la finalidad expresa de hacer frente a problemas financieros sistémicos del sector bancario. Dichos procesos se mencionan a título meramente informativo, sin que se sugiera aquí hacerlos aplicables a los problemas suscitados por la insolvencia de deudores dedicados a otras actividades mercantiles. En el mismo orden de ideas, no debe confundirse la agencia facilitadora que sea encargada de supervisar esos procesos administrativos con otras autoridades, distintas de las judiciales, que tal vez sean designadas para supervisar un procedimiento de insolvencia abierto frente

a un deudor mercantil y que están previstas en la presente Guía bajo el término genérico de “tribunal”.

Segunda parte: Disposiciones fundamentales para un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

II. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia

D. Financiación posterior a la apertura del procedimiento

5. Los párrafos 246 a 250 deben ser reformulados como sigue:

3. Obtención de crédito con posterioridad a la apertura del procedimiento-concesión, para dicho fin, de una garantía real o de cierta prelación

246. Para obtener financiación tras la apertura de un procedimiento y garantizar su reembolso cabe adoptar diferentes criterios. El crédito comercial obtenido o el endeudamiento de la masa efectuado, en el giro normal del negocio, por un representante de la insolvencia (o por un deudor que obre en posesión de su negocio) podrá tratarse automáticamente como gasto administrativo de la masa. Cuando sea indispensable obtener crédito o contraer una deuda para maximizar el valor de los bienes y cuando dicho crédito o la financiación no sea, por algún otro concepto, imputable a la masa, a título de gasto administrativo o cuando deba obtenerse fuera del giro normal del negocio, el tribunal podrá autorizar dicha financiación o endeudamiento de la masa, a título de gasto administrativo, con prelación absoluta frente a todo otro gasto administrativo, o con el respaldo de una garantía constituida sobre bienes aún no gravados o sólo parcialmente gravados.

a) Concesión de prelación

248. En supuestos en los que la empresa de un deudor siga tras la apertura del procedimiento de insolvencia, bien sea en el marco de una tentativa de reorganización, bien sea para salvaguardar su valor de cara a su venta como negocio en marcha, son varios regímenes de la insolvencia que han previsto que los gastos inherentes al funcionamiento de la empresa sean abonables como gastos administrativos. Los titulares de un crédito administrativo no suelen gozar de prelación sobre un acreedor garantizado respecto del bien gravado por su garantía, aunque cuando suelen figurar en primer lugar (véase el capítulo V.B), lo que significa que cobrarán sus créditos antes de que se satisfaga todo crédito no garantizado o todo crédito con prelación legal o privilegiada, como sería el caso, por ejemplo, de los créditos fiscales o de la seguridad social. Los proveedores de bienes y servicios sólo seguirán suministrándolos a crédito al representante de la insolvencia si se les da una expectativa razonable de que cobrarán su crédito antes de que se satisfaga todo crédito ordinario o no garantizado, nacido antes de la apertura del procedimiento. En algunos casos, esta prelación se fundamenta en la consideración de que el nuevo crédito o préstamo se concede al representante de la insolvencia, y no a la empresa deudora en sí, pasando a ser un gasto de la masa de la insolvencia. Algunos regímenes de la insolvencia exigen que dichos préstamos o

crédito sean aprobados por el tribunal o por los acreedores, mientras que otros regímenes prevén que el representante de la insolvencia pueda negociar la financiación que sea necesaria sin aprobación alguna, si bien esta facultad puede conllevar cierta responsabilidad personal del representante y, cuando sea así, es probable que esa responsabilidad sea un factor disuasorio a la hora de buscar nueva financiación.

250. Otros regímenes de la insolvencia prevén la concesión de una prelación administrativa privilegiada en supuestos en los que no sea posible obtener crédito financiero en condiciones equiparables a las de un crédito administrativo y que, por ello mismo, estaría destinado a ser tratado al igual (*pari passu*) que otros créditos administrativos, como la remuneración del representante de la insolvencia o la de todo otro profesional llamado a intervenir en el procedimiento de insolvencia. Los créditos con prelación privilegiada tienen prioridad sobre los créditos administrativos de otros acreedores de la masa de la insolvencia.

b) Concesión de garantías reales

247. Cuando el prestamista exija una garantía real, dicha garantía se podrá constituir sobre bienes no gravados o como una garantía real de rango inferior sobre bienes ya gravados, siempre que el valor del bien gravado sea muy superior al importe de la obligación garantizada preexistente. En este caso, no será necesaria ninguna salvaguardia especial para proteger a todo acreedor que goce de una garantía anterior a la apertura del procedimiento, ya que sus derechos no se verán perjudicados, salvo que sobrevenga algún cambio de circunstancias (por ejemplo, que se deteriore el valor de los bienes gravados), por lo que dicho acreedor retendrá la prelación de la que gozaba sobre el bien gravado, antes de la apertura, de no mediar acuerdo en contrario. Con frecuencia, los únicos bienes no gravados disponibles para garantizar la financiación posterior a la apertura del procedimiento suelen ser bienes recuperados a través de algún procedimiento de impugnación; ahora bien, gravar dichos bienes puede ser, en algunos regímenes de la insolvencia, una cuestión controvertida y tal vez no esté permitido.

249. Algunos regímenes de la insolvencia han previsto que se otorgue cierto grado de prelación a los nuevos préstamos sobre los de los acreedores garantizados existentes, que a veces se denomina “gravamen privilegiado”. En algunos países en que se permite dicha forma de prelación, los tribunales de la insolvencia son conscientes del riesgo que supone para los acreedores garantizados ya existentes y sólo la autorizan 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; la de que el deudor pruebe que no está en condiciones de obtener la financiación necesaria sin esa prelación; y la de que se proteja a dichos acreedores de cualquier merma del valor económico de los bienes gravados, concretamente exigiendo que el valor de esos bienes sea suficientemente superior al de los créditos. Algunos ordenamientos han previsto la simple prelación, la prelación absoluta, la garantía real y el gravamen privilegiado, denominado también prelación privilegiada, como opciones posibles para atraer los fondos necesarios tras la apertura de un procedimiento. Como regla general, es preciso proteger el valor económico de los derechos de los acreedores garantizados preexistentes, a fin de que no resulten perjudicados. De ser necesario (y como ya se analizó en lo relativo a

la protección de la masa de la insolvencia; véase el capítulo II.B.8), esta protección puede asegurarse efectuando pagos periódicos a dichos acreedores o concediéndoles garantías reales sobre bienes suplementarios en sustitución de los bienes que haya utilizado el deudor o que se hayan gravado adicionalmente para obtener financiación suplementaria.
