



Asamblea General

Distr. general
15 de abril de 2005
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**

38º período de sesiones
Viena, 4 a 15 de julio de 2005

Régimen de la insolvencia

Posible labor futura en materia del régimen de la insolvencia

Adición

**Propuesta del International Insolvency Institute (III), Committee on Debtor in
Possession Financing in International Reorganizations**

Financiación posterior a la apertura en procedimientos internacionales de reorganización

Antecedentes

1. El International Insolvency Institute (III) propone que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) se ocupe más a fondo del tema de la legislación que regula la financiación en casos de insolvencia transfronteriza. Esa labor de la Comisión podría consistir inicialmente en un coloquio en el que se analizara la naturaleza de esa labor o en la realización de un estudio detallado sobre los mecanismos existentes, sus deficiencias y las posibles formas de abordar los problemas que se plantean en este ámbito. En última instancia, la CNUDMI debería plantearse la creación de un grupo de trabajo encargado de examinar este tema, combinándolo tal vez con otros aspectos suplementarios de los que la CNUDMI pudiera ocuparse en materia de financiación y del régimen de la insolvencia.
2. En la labor que la CNUDMI ha concluido con éxito sobre el tema del régimen de la insolvencia se reconoce la necesidad de que los países se doten de regímenes de la insolvencia eficaces y eficientes que prevean un marco normativo para los casos de insolvencia transfronteriza. Con frecuencia, la preservación y la maximización del valor de la masa de la insolvencia de un deudor requiere que se



concedan a éste o a un representante de la insolvencia créditos, préstamos u otras facilidades financieras que permitan mantener en funcionamiento la empresa del deudor. Esta continuidad en la marcha del negocio es, a su vez, necesaria para que pueda obtenerse un valor económico mediante la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha, las cuales fomentan la obtención de beneficios económicos continuos, así como el empleo.

3. La Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (en adelante, “la Guía Legislativa”) especifica los objetivos fundamentales que debe perseguir todo régimen de la insolvencia y recomienda a los legisladores que tengan en cuenta los siguientes objetivos fundamentales:

“1) A fin de elaborar y redactar un régimen de la insolvencia eficaz deberían tomarse en consideración los siguientes objetivos fundamentales:

- a) Dar certidumbre y seguridad al mercado con miras a promover la estabilidad y el crecimiento de la economía;
- b) Maximizar el valor de los bienes de la masa;
- c) Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de liquidación y de la vía de reorganización;
- d) Tratar de modo equitativo a todos los acreedores cuyos créditos sean similares;
- e) Buscar una solución rápida, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia;
- f) Preservar la masa de la insolvencia, de modo que pueda distribuirse equitativamente entre los acreedores;
- g) Formular un régimen de la insolvencia transparente y previsible que incentive debidamente la práctica de reunir y facilitar información; y
- h) Reconocer todo derecho existente de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación otorgable a los créditos.

2) El régimen de la insolvencia debería incluir disposiciones que regularan tanto la reorganización como la liquidación de las empresas deudoras.

3) El régimen de la insolvencia debería reconocer los derechos y créditos nacidos en virtud de una regla de derecho, tanto nacional como extranjera, que no sea el régimen de la insolvencia, a reserva de las limitaciones expresamente enunciadas en ese régimen.

4) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando una garantía real sea eficaz o ejecutable en virtud de una regla de derecho distinta del régimen de la insolvencia, deberá reconocerse, en los procedimientos de insolvencia, la eficacia y la ejecutabilidad de dicha garantía real.

5) El régimen de la insolvencia debería prever un marco moderno, armonizado y equitativo que permitiera dirimir eficazmente casos de insolvencia transfronteriza. Se recomienda a los Estados que incorporen a su derecho interno la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, primera parte, capítulo I, sección A).

4. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (en adelante, “la Ley Modelo”) complementa y refuerza, con sus metas, los objetivos fundamentales de la Guía Legislativa, haciéndolos extensivos a situaciones plurinacionales. La finalidad de la Ley Modelo es “establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza con miras a promover el logro de los objetivos siguientes:

- a) La cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de este Estado y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza;
- b) Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones;
- c) Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor;
- d) La protección de los bienes del deudor y la optimización de su valor; así como
- e) Facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo” (preámbulo de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza).

5. Para que cumplan las metas de la Ley Modelo y los objetivos fundamentales de la Guía Legislativa será a veces necesario que el deudor pueda proseguir sus operaciones comerciales tras la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y, posteriormente, tras la apertura de dicho procedimiento. En el párrafo 94 de la Guía Legislativa (segunda parte, capítulo II, sección D) se explica la necesidad de financiar las operaciones comerciales del deudor una vez entablado el procedimiento y esa explicación se formula en términos que podrían ser aplicables también al período que media entre la solicitud de apertura y la apertura de un procedimiento. El texto de dicho párrafo es el siguiente:

“94. 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 cuando la empresa deba venderse 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 pago de bienes y servicios esenciales, incluidos los costos de personal, los seguros, los alquileres, el mantenimiento de contratos y otros gastos de explotación, así como los costos que entrañe la conservación del valor 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 ingresos previstos por concepto de créditos) para cubrir los gastos corrientes de la empresa. Otra posibilidad consiste en sufragar esos gastos con la corriente de efectivo de que disponga el deudor al dictarse una paralización y al suspenderse los pagos de las deudas anteriores a la apertura del procedimiento. Cuando el deudor no disponga de fondos para atender sus necesidades inmediatas de efectivo, deberá solicitarlos a terceros. Esta financiación puede revestir la forma de créditos comerciales concedidos al deudor por vendedores de bienes y servicios, de préstamos o de otros tipos de financiación proporcionada por prestamistas.”

6. El tema de la financiación posterior a la apertura se analiza exhaustivamente en los párrafos 94 a 107 y en las recomendaciones 63 a 68 de la Guía Legislativa (segunda parte, capítulo II, sección D). El examen directo del tema se ve enriquecido por: a) el análisis y las recomendaciones referentes a la “protección del valor”, que figuran en los párrafos 63 a 69 y en la recomendación 50; y b) el análisis y las recomendaciones referentes a las “medidas cautelares” (otorgadas entre la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura de éste), que figuran en los párrafos 47 a 53 y en las recomendaciones 39 a 45 (segunda parte, capítulo II, sección B). Estas referencias se han plasmado en el documento A/CN.9/582/Add.5.

7. Lo que se reconoce implícitamente en la Guía Legislativa es que en muchos regímenes de la insolvencia no se prevé actualmente ningún mecanismo eficaz, a nivel nacional, para la financiación del deudor tras la solicitud de apertura de un procedimiento o tras la apertura de éste. Además, muchos Estados tienen leyes que desalientan o penalizan la concesión de créditos a empresas que están sujetas a procedimientos de insolvencia. Ni la Guía Legislativa ni la Ley Modelo abordan las complicaciones suplementarias que se plantean, en caso de insolvencia transfronteriza, para la concesión de financiación tras la solicitud de apertura de un procedimiento y tras la apertura de éste.

8. Con la creciente integración de la economía mundial, va en aumento el número de casos de insolvencia con empresas deudoras que tienen establecimientos y realizan operaciones en varios Estados. En esos casos, la necesidad de financiación es tan acuciante como en los casos de ámbito nacional que se abordan en la Guía. En opinión del International Insolvency Institute, la CNUDMI podría, con una labor suplementaria, propiciar el mejoramiento de las legislaciones nacionales que afecten a la financiación en casos de insolvencia y armonizarlas entre ellas, y promover también la eficacia de esas legislaciones en casos de insolvencia transfronteriza.

9. Por ejemplo, además de estudiar la manera de fomentar mejores legislaciones nacionales en materia de financiación, la CNUDMI podría ocuparse también de cuestiones que se plantean en los casos de insolvencia transfronteriza, como las siguientes: el tribunal ante el que se entablara el procedimiento “principal” y que se encontrara en el Estado en el que el deudor tuviera el centro de sus intereses principales ¿debería estar facultado para autorizar la financiación de las operaciones realizadas por el deudor en otros Estados?; ¿cómo deberían tratarse los temas de la prelación y de las garantías ante las diversas maneras en que probablemente se regulen esos temas en las legislaciones de los distintos Estados?; ¿incurrirá en responsabilidad un prestamista que, en un caso principal, otorgue crédito a un deudor insolvente en virtud de la legislación de los Estados que penalicen esa acción por parte de los acreedores?; ¿cómo podrán seguir funcionando eficazmente los sistemas de gestión de la liquidez, empleados para consolidar la liquidez de grandes empresas más allá de las fronteras de un Estado, una vez que se haya abierto un procedimiento de insolvencia?; ¿cómo se verá afectada la financiación en el caso de un grupo de filiales deudoras (o incluso cuando se trate de deudores con empresas filiales no deudoras) que tengan entidades diferentes, pero relacionadas entre sí, en diferentes Estados y en qué se diferenciará esta situación de aquella en que exista un único deudor con filiales en distintos Estados?; ¿de qué derechos dispondrá un prestamista en cada uno de los Estados afectados cuando se desestime una solicitud de reorganización o cuando se decida que un procedimiento de

reorganización pase a ser de liquidación?; las disposiciones de la Ley Modelo relativas a la coordinación y a la cooperación ¿son suficientes para resolver estas cuestiones o deben redactarse disposiciones modelo suplementarias?

10. La excelente labor llevada a cabo por la CNUDMI sobre el tema del régimen de la insolvencia y la labor que actualmente realiza en materia de operaciones garantizadas sientan unas sólidas bases para desarrollar esa estructura adicional necesaria. A juicio del International Insolvency Institute, la labor suplementaria en materia de financiación de procedimientos de insolvencia se vería enriquecida con la participación de los Estados, de los representantes de organizaciones financieras internacionales, de los bancos de desarrollo y de las organizaciones no gubernamentales, incluidos los representantes de bancos comerciales y de otras organizaciones financieras.

11. La financiación de los casos de insolvencia reviste una importancia fundamental para el cumplimiento de las metas y de los objetivos de la Ley Modelo y de la Guía Legislativa. En la actualidad, esa financiación muchas veces no está disponible o es incierta debido a las deficiencias de la legislación aplicable. La CNUDMI es una entidad idónea y singularmente apta para formular recomendaciones que se traduzcan en mejoras en este ámbito crucial del derecho de insolvencia valiéndose del esfuerzo de colaboración y de la pericia de que su secretaría, los Estados miembros y los observadores han dado prueba en los trabajos de redacción de la Ley Modelo y de la Guía Legislativa. La labor en materia de financiación tras la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y tras la apertura del mismo complementaría toda labor que la CNUDMI pudiera emprender sobre la elaboración de protocolos transfronterizos y el desarrollo de los grupos empresariales y podría combinarse con dicha labor.
