



Asamblea General

Dis. D.IMP.ODA
A/54/PV.50

22 de septiembre de 1999
ESPAÑOL

Original: INGLÉS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL
DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia
22º período de sesiones
Viena, 6 a 17 de diciembre de 1999

POSIBLE LABOR FUTURA EN MATERIA DE DERECHO DE INSOLVENCIA

Nota de la Secretaría

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN	1-7	3
I. OBSERVACIONES GENERALES SOBRE LOS ANTECEDENTES	8-11	4
II. ACTIVIDADES EN CURSO EN LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES	12-23	5
A. Banco Asiático de Desarrollo	13-14	6
B. Asociación Internacional de Abogados	15	6
C. Fondo Monetario Internacional	16-18	6
D. Organización de Cooperación y Desarrollo Económico	19	7
E. Grupo de Trabajo sobre las Crisis Financieras Internacionales	20-21	7
F. Banco Mundial	22-23	8
III. OBJETIVOS FUNDAMENTALES	24-31	8
A. Maximizar el valor de los activos	25	8
B. Hallar un punto de equilibrio entre liquidación y rehabilitación	26	8
C. Trato equitativo	27	8
D. Proporcionar una solución oportuna, eficiente e imparcial de las insolvencias	28	9
E. Impedir que los acreedores desmiembren prematuramente los activos del deudor	29	9

ÍNDICE (continuación)

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
F. Proporcionar un procedimiento predecible y transparente que contenga incentivos para reunir y suministrar información	30	9
G. Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza	31	9
IV. DETERMINACIÓN DE LOS RASGOS ESENCIALES	32-160	9
A. Aplicación de la ley: particulares y empresas	34-36	10
B. La relación entre liquidación y rehabilitación	37-46	10
C. Procedimientos de liquidación	47-103	12
1. Condiciones para el comienzo de la liquidación	48-52	12
2. Efecto del inicio	53-62	14
3. El procedimiento	63-100	16
4. Liquidación de obligaciones	101-102	24
5. Acreedores extranjeros	103	25
D. Rehabilitación	104-143	25
1. Características esenciales	104	25
2. Requisitos para el inicio del proceso	105-110	26
3. Consecuencias del inicio del procedimiento	111-116	27
4. El procedimiento	117-143	28
E. Participación de los acreedores	144-147	34
F. Liquidadores y administradores	148-153	34
G. El tribunal	154-156	35
H. Procedimientos oficiosos de insolvencia	157-160	36
V. FORMA DE LA POSIBLE LABOR FUTURA	161-168	37
A. Ley modelo o disposiciones modelo	162-166	37
B. Principios legislativos o recomendaciones	167-168	38

INTRODUCCIÓN

1. La Comisión tuvo ante sí, en su 32º período de sesiones (1999), una propuesta de Australia (A/CN.9/462/Add.1) sobre la posible labor futura en la esfera de insolvencia¹. La propuesta se refería a las recientes crisis financieras regionales y mundiales y a la labor emprendida en foros internacionales como respuesta a esas crisis. Los informes procedentes de esos foros subrayaban la necesidad de fortalecer el sistema financiero internacional en tres aspectos: transparencia, responsabilidad, y gestión de las crisis financieras internacionales por los ordenamientos jurídicos nacionales. Según esos informes, los regímenes sólidos de insolvencia y de relaciones entre deudor y acreedor son un medio importante para impedir limitar las crisis financieras y para facilitar salidas rápidas y ordenadas de un endeudamiento excesivo. La propuesta que la Comisión tenía ante sí recomendaba que, dado lo universal de su composición, su anterior y afortunada labor en materia de insolvencia transfronteriza y las relaciones funcionales establecidas con organizaciones internacionales con conocimientos técnicos e interés en el derecho de insolvencia, la Comisión era un foro idóneo para incorporar el derecho de insolvencia a su programa. La propuesta instaba a que la Comisión estudiara la posibilidad de confiar a un grupo de trabajo la elaboración de la ley modelo sobre la insolvencia de las personas jurídicas a fin de fomentar y alentar la adopción de regímenes nacionales eficaces en esa materia.

2. La Comisión manifestó su reconocimiento por la propuesta. Observó que otras organizaciones internacionales, como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Asociación Internacional de Abogados, habían trabajado en el desarrollo de normas y principios para los regímenes de insolvencia. Observó también que el objetivo general de esas organizaciones, aunque con diferencias en su alcance y en los métodos de trabajo como consecuencia de sus respectivos mandatos y composición, era modernizar las prácticas y leyes sobre insolvencia. Las iniciativas adoptadas en esas organizaciones demostraban la necesidad de ayudar a los Estados a evaluar de nuevo sus leyes y prácticas en materia de insolvencia. Esas diversas iniciativas necesitaban, empero, además una coordinación reforzada, cuando correspondiera, a fin de evitar una ineficiente duplicación de los trabajos y conseguir resultados coherentes².

3. La Comisión manifestó que reconocía la importancia para todos los países de contar con regímenes de insolvencia sólidos. Se expresó la opinión de que el tipo de régimen de insolvencia adoptado por un país se había convertido en un factor determinante en las valoraciones internacionales del crédito. Con todo, se mostró preocupación, por las dificultades vinculadas con la labor sobre una legislación en materia de insolvencia en el plano internacional, que entrañaba elecciones delicadas y posiblemente divergentes de carácter sociopolítico. En vista de estas dificultades, se temía no poder llevar los trabajos a buen fin. Se dijo que, con toda probabilidad, no se podría lograr una ley modelo universalmente aceptable y que toda labor al respecto requería un enfoque flexible que dejase abiertas a los Estados opciones y elecciones en materia de política. Aunque en la Comisión se expresó apoyo para esa flexibilidad, se convino en general en que la Comisión no podía adoptar la decisión definitiva de comprometerse a establecer un grupo de trabajo para elaborar una legislación modelo u otro texto sin un ulterior estudio de los trabajos ya emprendidos por otras organizaciones y un examen de las cuestiones pertinentes.

4. Para facilitar ese estudio más a fondo, la Secretaría invitó a la Comisión a estudiar la posibilidad de dedicar un período de sesiones de un grupo de trabajo a determinar cuál sería, en el actual panorama de esfuerzos en ese sentido, la forma adecuada que habría de revestir el producto (ley modelo, disposiciones modelo, conjunto

¹ Posible labor futura en materia de derecho de insolvencia: propuesta de Australia, A/CN.9/462/Add.1.

² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones. Suplemento N° 17 (A/54/17), párrs. 381 a 385.*

de principios u otro texto) y definir el ámbito de las cuestiones contenidas en ese producto. Como respuesta, se expresaron opiniones divergentes. Una consideraba que la Secretaría debía realizar más labor de antecedentes y presentarla a la Comisión en su 33º período de sesiones, con miras a adoptar una decisión de si debían emprenderse trabajos sustantivos de elaboración de una ley uniforme u otro texto de carácter indicativo. Otro parecer fue que la cuestión podía remitirse al período de sesiones de un grupo de trabajo, con el fin de explorar esas diversas cuestiones, y la elaboración de un informe sobre la viabilidad de emprender una labor en materia de insolvencia dirigido a la Comisión en su 33º período de sesiones de 2000. La Comisión tendría entonces ante sí información suficiente para adoptar una decisión definitiva sobre esa cuestión. Se destacó que la labor preparatoria del período de sesiones del grupo de trabajo requeriría coordinación con otras organizaciones internacionales que ya se ocupan del derecho de insolvencia, puesto que los resultados de esa labor constituirían importantes elementos en las deliberaciones orientadas a recomendar a la Comisión qué contribución útil podía aportar en esa esfera. Se señaló que se había precisado la importancia y la urgencia de la labor sobre el derecho de insolvencia en varias organizaciones internacionales y que existía un amplio acuerdo sobre la necesidad de seguir trabajando para fomentar el desarrollo y la adopción de regímenes nacionales eficaces sobre insolvencia de las personas jurídicas.

5. La opinión predominante en la Comisión fue que debía convocarse un período de sesiones exploratorio de un grupo de trabajo para que preparara una propuesta de viabilidad y someterla al examen de la Comisión en su 33º período de sesiones. Posteriormente, después que la Comisión hubo analizado su labor futura en materia de arbitraje, se decidió que el Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia celebrase ese período exploratorio de sesiones del 6 al 17 de diciembre de 1999 en Viena.

6. La presente nota tiene por fin ofrecer una lista de cuestiones y criterios que un instrumento preparado por la Comisión pudiera abarcar. No pretende ser exhaustiva y se prevé que en el debate se susciten cuestiones que no han sido tratadas en la nota.

7. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar esta nota punto por punto, con miras a considerar, en primer lugar, si es conveniente y viable una futura labor sobre el tema de la insolvencia y, de ser así, qué puntos, de haberlos, podrían estudiarse en la futura labor. Al examinar estos puntos, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar el estado de los debates en curso y si las soluciones presentadas en esta nota pueden constituir un método adecuado. Además, el Grupo de Trabajo quizá desee también considerar qué forma del producto de la labor (ley modelo, disposiciones modelo, conjunto de principios u otro texto) podría ser apropiada para abordar consideraciones pertinentes de política y posibles opciones para solucionar los problemas esbozados en la presente nota. Este criterio podría ayudar al Grupo de Trabajo a conseguir una hipótesis de trabajo sobre la forma que puede adoptar un texto. Esa hipótesis podría servir de guía para cualquier deliberación posterior del Grupo de Trabajo y permitir que la forma cristalizara a medida que se desarrollasen los trabajos.

I. OBSERVACIONES GENERALES SOBRE LOS ANTECEDENTES

8. En la preparación de esta nota y la selección de las cuestiones a que en ella se hace referencia, la Secretaría ha recurrido a anteriores esfuerzos e informes. El capítulo II de la nota presenta brevemente los trabajos en curso de las organizaciones internacionales en materia de derecho de insolvencia. El capítulo III esboza los principios u objetivos claves reconocidos como importantes para un régimen de insolvencia eficaz, mientras que el capítulo IV examina con cierto detalle los rasgos esenciales de un régimen de insolvencia. Estas dos partes se basan en los principios y rasgos clave de los regímenes de insolvencia eficaces, expuestos en el informe del

Grupo de Trabajo sobre las Crisis Financieras Internacionales del Grupo de los 22³ y los informes del Fondo Monetario Internacional ("el FMI")⁴ y el Banco Asiático de Desarrollo ("el BAD")⁵. El capítulo IV contiene las recomendaciones y propuestas de esos informes. El capítulo V de la presente nota da una breve información de los antecedentes sobre los distintos tipos de texto que podrían formar la base para una futura labor. Se ocupa de alguna de las consideraciones planteadas por los diferentes productos de la labor, incluidas las posibilidades que ofrecía cada tipo de texto para contribuir a desarrollar un marco armonizado de unos regímenes nacionales y eficaces de insolvencia de las empresas.

9. Antes de proseguir con un examen de las cuestiones, puede ser útil aclarar cómo cabe entender ciertos términos básicos utilizados en la presente nota. La mayor parte de los ordenamientos jurídicos contienen normas sobre diversos tipos de procedimiento que pueden iniciarse cuando un deudor es incapaz de pagar sus deudas, mencionados con expresiones genéricas como "procedimientos de insolvencia". Se pueden distinguir dos tipos de procedimiento de insolvencia, para los cuales no siempre se utiliza una terminología uniforme.

10. En uno de esos tipos (denominado aquí "liquidación"), una autoridad pública, normalmente un tribunal que actúa por medio de un funcionario designado al efecto (denominado aquí el "liquidador") toma a su cargo los activos del deudor insolvente con miras a transformar en dinero los activos no dinerarios, distribuir el producto proporcionalmente entre los acreedores y liquidar al deudor como entidad comercial. En algunos Estados este es el único tipo de procedimiento utilizado. Otras palabras utilizadas para este tipo de procedimientos son *bankruptcy*, *winding-up*, *faillite*, quiebra, *Konkursverfahren*.

11. En el otro tipo de procedimiento (denominado aquí "rehabilitación"), la finalidad no es liquidar al deudor insolvente, sino permitirle superar sus dificultades financieras y reanudar unas operaciones comerciales normales. Este procedimiento se suele también desarrollar bajo la supervisión de una autoridad pública, como un tribunal, actuando por medio de un funcionario designado al efecto (denominado un "administrador"). Comúnmente tiene por fin llegar a un acuerdo entre el deudor y sus acreedores sobre una medida que permita al deudor organizar sus operaciones con el fin de restaurar su viabilidad financiera. Los regímenes de insolvencia pueden prever tanto la liquidación como la rehabilitación, así como la transferencia de un proceso al otro en ciertas circunstancias. Otras expresiones utilizadas para este tipo de procedimiento de insolvencia son *rescue*, *reorganización*, *arrangement*, *composition*, *concordat préventif de faillite*, suspensión de pagos, administración judicial de empresas, *Vergleichsverfahren*.

II. ACTIVIDADES EN CURSO EN LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

12. Las organizaciones internacionales cuya labor se menciona en esta parte no se dedican principalmente a la unificación de las normas jurídicas. Su interés por las leyes y prácticas en materia de insolvencia se deriva de su labor en el sistema financiero internacional y el reconocimiento cada vez más acusado de que los

³ Informe del Grupo de Trabajo sobre las Crisis Financieras Internacionales del Grupo de los 22, octubre de 1998 ("El informe del Grupo de los 22").

⁴ Fondo Monetario Internacional, informe del Departamento Jurídico, *Orderly and Effective Insolvency Procedures: Key Issues*, mayo de 1999 ("el informe del FMI").

⁵ Asian Development Bank, *Regional Technical Assistance Project, TA N°: 5795-REG, Insolvency Law Reform: Preliminary Comparative Report*, 1999 ("el informe del BAD"); también *Special Report: Insolvency Law Reform in the Asian and Pacific Region*, Law and Development at the Asian Development Bank, 1999 ed., ("el informe especial del BAD").

regímenes eficaces de insolvencia desempeñan una importante función en el fortalecimiento del sistema económico y financiero de un país a efectos de impedir crisis financieras y que, cuando la crisis se ha producido, son un mecanismo indispensable para atender a esa situación financiera. Estas organizaciones han subrayado el valor de unos regímenes nacionales de insolvencia sólidos.

A. Banco Asiático de Desarrollo (BAD)

13. El proyecto de Asistencia Técnica Regional para la Reforma del Derecho de Insolvencia del BAD (RETA) se lleva a cabo como parte de las actividades del BAD en la esfera del Derecho y Desarrollo y tiene por objeto proporcionar un foro regional para funcionarios gubernamentales y otras personas dedicadas a la reforma y administración del derecho de insolvencia con objeto de examinar problemas comunes en ese campo y explorar las mejores prácticas regionales e internacionales. En el contexto del RETA, se estudió la interrelación entre la deuda de las empresas, el cobro de deudas y la insolvencia de las empresas en once economías asiáticas. El Informe Preliminar Comparativo del estudio trata de determinar, comentar y evaluar las analogías y diferencias entre esas once economías respecto de dichas interrelaciones, a efectos de configurar unas esferas claves para un examen y evaluación crítica, y sugerir componentes decisivos de un “modelo de las prácticas óptimas” adecuado para que la región pueda hacer frente con eficacia a los problemas de la insolvencia de las empresas y el cobro de deudas. El informe propone que los componentes básicos se determinen con referencia a prácticas conexas firmemente establecidas en muchos países más plenamente desarrollados. Aunque el informe observa (1.6, pág. 8) que existe un grado considerable de diferencia en la aplicación y la práctica de estas políticas y principios entre los diversos países, subraya no obstante que se da, en estos regímenes, un nivel razonablemente básico de comunidad de enfoque. Sugiere que cabe elaborar un marco normativo básico de un régimen de insolvencia comercialmente aceptable, que parezca razonablemente adecuado para aplicarlo en una economía de mercado.

14. El informe se basa en un amplio estudio de diversos aspectos de las once economías estudiadas, incluidas las formas y estructuras de las organizaciones empresariales (concentrándose en las empresas grandes y medianas); el sistema bancario y la existencia de formas de financiación para las empresas, incluida la financiación garantizada y la ejecución de los créditos; la financiación no garantizada la ejecución de los créditos; las actitudes frente a las dificultades financieras y la insolvencia; los procesos informales; los regímenes de derecho de insolvencia; los aspectos extranjeros y transfronterizos del derecho de insolvencia; la interrelación de prestamistas y prestatarios; y una evaluación general de diversos procesos derivados de estas cuestiones (págs. 6 y 7). Los estudios se centraron en la forma y la sustancia de las cuestiones y los procesos, así como en las influencias intangibles o sociopolíticas que podrían repercutir sobre la forma y la sustancia.

B. Asociación Internacional de Abogados (IBA)

15. El Comité J de la Asociación Internacional de Abogados se ocupa de la insolvencia y de los derechos de los acreedores. Un proyecto reciente es el Código Modelo de la Insolvencia Personal con el que se pretende armonizar el derecho sustantivo en la materia aportando proyectos de disposición sobre componentes claves del derecho de insolvencia para las jurisdicciones que examinen la posibilidad de reformar sus regímenes en la materia. En septiembre de 1997 se terminó un primer proyecto dedicado al procedimiento de liquidación. Trata puntos como los criterios de insolvencia, las facultades del representante de la insolvencia personal, las operaciones inválidas anteriores a ella y la prelación de las reclamaciones y los contratos de los acreedores. Actualmente se prepara otro proyecto de la Ley Modelo.

C. Fondo Monetario Internacional (FMI)

16. En mayo de 1999, el Departamento Jurídico del FMI terminó un informe interno titulado “Unos procedimientos de insolvencia ordenados eficaces: cuestiones claves”. El informe estudia las grandes decisiones de política con que tienen que enfrentarse los países cuando arbitran un régimen de insolvencia. Sobre la base de un estudio comparativo de determinadas leyes de insolvencia, el informe analiza cuestiones de importancia universal y pondera las ventajas y los inconvenientes de las posibles soluciones. Aunque manifiesta ciertas preferencias con respecto a alguna de las decisiones de política más importantes, no trata de proponer normas.

17. El informe deja en claro que los criterios adoptados para estas cuestiones varían en una serie de aspectos, lo que cabe atribuir no sólo a las distintas tradiciones jurídicas sino también a las diferentes decisiones de política. Aunque algunas de estas decisiones puedan ser calificadas de “pro acreedor” o “pro deudor” en su enfoque, el informe (pág. 2) advierte que “la medida en la que se estima que las normas expuestas en una ley de insolvencia pertenecen a una u otra categoría es, en definitiva, menos importante que la medida en que las normas sean efectivamente llevadas a la práctica por una sólida estructura institucional”.

18. El informe observa que no se refiere a varias cuestiones -la aplicación del derecho de insolvencia a los individuos; los mecanismos jurídicos que se ocupan de los problemas de liquidez con que tropiezan los gobiernos nacionales o locales; la insolvencia de las instituciones financieras; la compleja relación entre administración e insolvencia de las empresas; el derecho relativo a las operaciones garantizadas; los rasgos generales de una judicatura independiente y competente, y la rehabilitación extrajudicial.

D. Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)

19. Desde 1992, la Dependencia de Privatización y Reforma de Empresas de la OCDE ha participado en un proceso tendiente a desarrollar normas y políticas para los gobiernos de los países con economías en transición y economías de mercado emergentes en la esfera de la reforma jurídica, centrándose en la privatización, la insolvencia y el derecho de las empresas. La labor sobre el derecho de insolvencia se ha centrado en las economías en transición, examinando la relación entre los procedimientos de insolvencia y la reestructuración de las empresas, proporcionando panoramas comparativos de diferentes marcos jurídicos y normativos, explorando las consecuencias para las políticas de la utilización de procedimientos de insolvencia u otros análogos en la privatización de los activos de propiedad del Estado. En el contexto de su programa especial para Asia, en cooperación con el Banco Mundial y el BAD, la OCDE ha empezado a desarrollar un diálogo, en el que participan expertos de países miembros y funcionarios, encargados de elaborar políticas y expertos de las economías de mercado emergentes, sobre la concepción y la aplicación de sistemas de insolvencia. En noviembre de 1999 se celebrará una reunión para examinar varios informes, analizar los progresos realizados en materia de reforma de la insolvencia en las economías de Asia, estudiar los esfuerzos actuales orientados a desarrollar un marco para los procedimientos internacionales de insolvencia y formular recomendaciones para un futura labor.

E. Grupo de Trabajo sobre las Crisis Financieras Internacionales (G22)

20. El informe del Grupo de Trabajo, terminado en octubre de 1998, concreta una gama de políticas e innovaciones institucionales que podrían ayudar a impedir las crisis financieras internacionales y facilitar la solución ordenada de las crisis que puedan presentarse en el futuro. En particular, indica para su examen las políticas que podrían ayudar a reducir la frecuencia y limitar el alcance de futuras crisis, mejorar la coordinación entre los acreedores y fomentar la solución ordenada, cooperativa y equitativa de las crisis financieras internacionales que se produzcan. El informe hace suyos ocho principios y características claves de los regímenes de insolvencia formulados en consulta con la Federación Internacional de Profesionales en Materia de Insolvencia (INSOL International).

21. No se hicieron en el informe recomendaciones concretas sobre los medios para procurar la aprobación de regímenes de insolvencia compatibles con los principios y características adoptados. En vez de ello, el Grupo de Trabajo previó que el proceso de vigilancia internacional intensificado que se estudia en varios foros examinaría los regímenes nacionales de insolvencia y que la asistencia técnica del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, junto con el escrutinio de los mercados de capital, contribuiría a estimular las mejoras. No obstante, el Grupo de Trabajo insistió en que se prestara atención en los foros pertinentes al desarrollo de nuevos medios e incentivos para alentar la adopción de regímenes eficaces.

F. Banco Mundial

22. Como parte del esfuerzo más amplio para mejorar la futura estabilidad del sistema financiero internacional, el Banco Mundial encabeza una iniciativa para determinar principios y directrices de unos regímenes de insolvencia sólidos y el fortalecimiento de los derechos conexos de deudor y acreedor. La iniciativa se ha desarrollado en asociación con varias organizaciones internacionales (incluidos el FMI, el BAD, la CNUDMI, la OCDE, la Corporación Financiera Internacional, el Banco Africano de Desarrollo, el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento, el Banco Interamericano de Desarrollo, la Asociación Internacional de Abogados y la INSOL), que darán orientación al Banco y a un grupo de expertos.

23. El grupo de expertos preparará un proyecto de Principios y Directrices sobre la base de una serie de documentos de trabajo y un Simposio sobre la Insolvencia (Washington, 13 a 14 de septiembre de 1999). En los documentos de trabajo se examinarán diversas cuestiones, incluido el marco legal de la insolvencia, el marco institucional, la economía de la insolvencia, los marcos regulatorios, las preocupaciones de los sectores comercial y financiero, las soluciones alternativas de rehabilitación e insolvencia, las situaciones de crisis sistémica, las insolvencias de las empresas de propiedad del Estado, las insolvencias bancarias y los regímenes de las relaciones entre deudor y acreedor.

III. OBJETIVOS FUNDAMENTALES

24. Si bien se trata de modo diferente en los diversos informes mencionados en la presente nota, existe amplio acuerdo sobre los objetivos claves importantes para unos regímenes de insolvencia eficaces⁶.

A. Maximizar el valor de los activos

25. El derecho de insolvencia debe ofrecer la posibilidad de rehabilitación del deudor como solución alternativa a la liquidación, en que los acreedores no recibirían contra su voluntad menos que en una liquidación y aumentaría al máximo el valor del deudor para los acreedores al permitir que continuase sus actividades.

B. Hallar un punto de equilibrio entre liquidación y rehabilitación

26. Un régimen de insolvencia debe equilibrar las ventajas del cobro a corto plazo de la deuda mediante la liquidación (a menudo lo que prefieren los acreedores garantizados) y de mantener al deudor como empresa viable mediante la rehabilitación (a menudo lo que prefieren los acreedores quirografarios o no garantizados).

C. Trato equitativo

⁶ Este análisis se basa en los principios esbozados en el informe del G22, páginas 44 y 45.

27. Un régimen de insolvencia debe tratar equitativamente a los acreedores que se hallan en una situación similar, incluidos los extranjeros y los nacionales. Un trato equitativo reconoce que los acreedores no han de ser tratados igualmente, sino de manera que refleje los diferentes acuerdos que puedan haber concertado con el deudor. El régimen de insolvencia tiene que ocuparse de los problemas de fraude y de favoritismo que puedan plantearse en casos de penuria financiera.

D. Proporcionar una solución oportuna, eficiente e imparcial de las insolvencias

28. Las insolvencias deben resolverse rápida y eficientemente, evitando una perturbación indebida de las actividades empresariales del deudor. Para facilitararlo, puede ser útil establecer en la ley fechas límite para terminar ciertos asuntos y, para el procedimiento en conjunto, asignar la responsabilidad del proceso a la entidad que administra los activos del deudor y, posiblemente, crear tribunales especializados o tribunales administrativos para supervisar el proceso.

E. Impedir que los acreedores desmiembren prematuramente los activos del deudor

29. El procedimiento debe llevarse de manera ordenada y hay que refrenar, mediante la imposición de una espera, a los acreedores para que no desmiembren prematuramente los activos de los deudores. Esto permitirá examinar correctamente la situación del deudor y facilitará tanto la maximización del valor del patrimonio como el trato equitativo de los acreedores.

F. Proporcionar un procedimiento predecible y transparente que contenga incentivos para reunir y suministrar información

30. Deberán especificarse claramente en la ley y aplicarse coherentemente normas de distribución de los riesgos pertinentes que garanticen la confianza en el proceso y que todos los participantes puedan adoptar medidas apropiadas para hacer frente al riesgo. La transparencia está estrechamente relacionada con el objetivo de la predecibilidad y exige que se dé a los participantes en el proceso información suficiente para que puedan ejercitar sus derechos conforme a la ley de insolvencia. Además, cuando ésta prevea el ejercicio de la discrecionalidad, debe aportar orientación suficiente sobre la manera de ejercerla.

G. Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza

31. Para fomentar la coordinación entre las jurisdicciones, las leyes sobre insolvencia tienen que aportar reglas sobre las insolvencias transfronterizas con reconocimiento de las actuaciones extranjeras.

IV. DETERMINACIÓN DE LOS RASGOS ESENCIALES

32. Los informes del BAD y el FMI se refieren a distintas cuestiones comunes que el régimen de insolvencia debe prever. Por lo que se refiere al marco jurídico necesario para apoyar el proceso, los informes indican que un régimen de insolvencia ha de resolver diversas cuestiones:

1. los tipos de deudor que estarán sometidos a la ley;
2. la relación entre procedimiento de liquidación y procedimiento de rehabilitación;
3. cuándo se puede iniciar el proceso de insolvencia;
4. la cuestión de si el deudor debe ser apartado de la gestión una vez iniciado el procedimiento;
5. la clase de los acreedores cuyas acciones quedan suspendidas o se impide que se entablen;

6. la cuestión de si liquidadores y administradores deben estar facultados para intervenir en los contratos celebrados por el deudor antes del inicio del procedimiento o anularlos;
7. las limitaciones que hay que imponer a la formulación de planes de rehabilitación y los requisitos para su aprobación y puesta en práctica; y
8. en las liquidaciones, el orden de prelación de los acreedores para los fines de la distribución.

33. Por lo que se refiere al marco institucional, las cuestiones claves son:

1. la medida en que el proceso debe ser supervisado por los tribunales u órganos administrativos especiales;
2. la discrecionalidad de los jueces y funcionarios designados deben gozar en el ejercicio de sus deberes; y
3. la medida en que los tribunales y funcionarios designados deben estar autorizados a adoptar decisiones sobre materias económicas y empresariales, incluso haciendo caso omiso de las objeciones de los acreedores.

A. Aplicación de la ley: particulares y empresas

34. Una importante cuestión liminar es determinar qué entidades, en su condición de deudores, pueden estar sometidas a un derecho general de insolvencia. En la medida en que alguna de ellas quede excluida del proceso, no gozará de las protecciones que éste ofrezca, ni estará tampoco sometida a la disciplina consiguiente. Un régimen general de insolvencia puede aplicarse a todas las formas de persona jurídica, tanto privada como de propiedad del Estado, especialmente las entidades de propiedad estatal que compiten en el mercado y están por otra parte sometidas a los mismos procesos comerciales y económicos que las entidades de propiedad privada. Además del derecho general de insolvencia, puede ser necesario establecer regímenes especiales para personas físicas y entidades muy reguladas, como las instituciones financieras y de seguros y las empresas de servicios públicos.

35. El informe del BAD (2.4, pág. 14) propone provisionalmente que todas las personas jurídicas, tanto privadas como de propiedad del Estado (con excepción de las entidades bancarias), estén sometidas al mismo régimen de derecho de insolvencia.

36. El informe del FMI (pág. 17) concluye que, si bien debe evitarse la exclusión de una empresa de toda forma de régimen de insolvencia, se reconoce que los países tal vez deseen establecer regímenes especiales fuera del ámbito del derecho general de insolvencia para particulares o entidades muy reguladas, como las instituciones financieras. No obstante, la titularidad pública de una empresa no debería, por sí misma, ser base para excluirla del derecho general de insolvencia.

B. La relación entre liquidación y rehabilitación

37. Cuando un deudor es incapaz de pagar sus deudas a su vencimiento, habrá normalmente varias reclamaciones concurrentes contra los activos, reclamaciones que, en algunos casos, es mejor satisfacer mediante la liquidación, aunque los acreedores reciban sólo una parte del valor de sus créditos. En otros casos, no será la liquidación la mejor manera de actuar y puede tener lugar una reestructuración de las deudas y las operaciones del deudor para salvar la entidad como negocio en marcha y conseguir que los acreedores se vean plenamente reembolsados o reciban, por lo menos, tanto como obtendrían mediante la liquidación. Una cuestión decisiva en la concepción y la evaluación de las leyes de insolvencia será la manera en que se logre un equilibrio entre diversos intereses sociales, políticos y económicos y se aliente la participación en el sistema.

38. El informe del FMI sugiere que la necesidad de procedimientos de liquidación puede contemplarse desde distintos puntos de vista: primeramente, ocupándose de los problemas entre acreedores y, en segundo lugar, como una fuerza disciplinaria que constituye un elemento indispensable de una relación sostenible entre deudor y acreedor. Con respecto a la primera cuestión, el informe (pág. 10) señala que,

“un procedimiento ordenado y eficaz de liquidación aborda el problema entre acreedores poniendo en movimiento un procedimiento colectivo que trata de conseguir un trato equitativo entre los acreedores y aumentar al máximo los activos que se han de distribuir entre ellos. [...] esto se logra normalmente imponiendo una suspensión de la capacidad de los acreedores de ejecutar sus derechos contra el deudor y mediante la designación de un liquidador independiente, cuyo deber primordial es maximizar el valor de los activos del deudor antes de su distribución entre los acreedores.”

39. Acerca de la relación en curso entre deudor y acreedor, el informe del FMI señala que el mecanismo ordenado y predecible para hacer cumplir los derechos de los acreedores, característico de los procedimientos de liquidación, puede considerarse como un factor importante para determinar las decisiones de los acreedores en materia de préstamos. En términos más generales, cabe estimar que los procedimientos de liquidación “fomentan los intereses de todos los participantes en la economía, ya que sirven para facilitar el suministro de crédito y el desarrollo de los mercados financieros” (pág. 11).

40. En cuanto a la rehabilitación, el informe del BAD (2.2 (b), pág. 12) examina la teoría económica (una teoría más contemporánea que la utilizada para justificar el proceso de liquidación), la cual sostiene que no se deben necesariamente liquidar todas las empresas que fracasan en un mercado competitivo. Hay que dar esa oportunidad a una empresa con una perspectiva razonable de supervivencia, especialmente porque se puede demostrar que es más valioso mantener a esas empresas en funcionamiento.

41. En contraste con la liquidación, la rehabilitación da tiempo a un deudor para que se recupere de los problemas de liquidez y reestructurar sus operaciones y relaciones con los acreedores y partes interesadas a efectos de determinar la mejor manera de elevar al máximo el valor de los activos del deudor y así satisfacer todas las reclamaciones. Difiere el grado en que se confía en los procedimientos formales de rehabilitación para lograr esos objetivos, así como el objeto central del procedimiento y la manera en que se equilibran los diferentes intereses. Algunos regímenes se centran, por ejemplo, en salvar la entidad como negocio en marcha y en mantener la estructura de la propiedad ya existente, mientras que otros se centran en los reclamantes.

42. El informe del FMI (págs. 11 y 12) observa que hay varias razones por las que los procedimientos formales de rehabilitación pueden proporcionar un mecanismo para la rehabilitación de empresas que sirva a los intereses de todos los participantes en la economía. Primeramente, puesto que la rehabilitación extrajudicial requiere la unanimidad de los acreedores, el recurrir a procedimientos formales de rehabilitación puede contribuir a lograr una reestructuración que permita al deudor y a una mayoría de los acreedores imponer un plan a una minoría disidente de acreedores, especialmente si hay acreedores que “aguantan” durante las negociaciones extrajudiciales. En segundo lugar, el informe señala que la economía moderna ha reducido apreciablemente el grado en que se puede maximizar el valor de una entidad mediante la liquidación. Cuando los conocimientos técnicos y la clientela son más importantes que los activos físicos, la conservación de los recursos humanos y las relaciones comerciales son elementos esenciales de valor que no es posible realizar con la liquidación. En tercer término, mediante procedimientos de rehabilitación es seguramente como mejor se obtendrán beneficios económicos a largo plazo, ya que alientan a los deudores a reestructurar antes que sus dificultades financieras lleguen a ser graves. Por último, hay consideraciones de orden social y político a raíz de las cuales existen procedimientos de rehabilitación que, por ejemplo, protegen a los empleados de una entidad en apuros.

43. Los comentaristas señalan la particular importancia de la rehabilitación en las economías en transición, donde la liquidación en gran escala de empresas insolventes, especialmente de grandes empresas de estatales, podría producir problemas estructurales y sociales de una magnitud que quizá afectaría negativamente al tejido social del país y pondría en peligro su viabilidad política⁷.

44. Si bien se trata frecuentemente como un proceso aparte, existe un grado apreciable de solapamiento e interacción entre los procedimientos de liquidación y de rehabilitación, y a menudo puede resultar difícil decir, en el momento de su inicio, si el deudor debería ser liquidado o reorganizado. Una manera de hacer frente a esta cuestión es que un régimen de insolvencia abarque ambos procesos, determinándose el equilibrio entre uno y otro por consideraciones de política. En algunos casos, por ejemplo, la ley puede presumir que una empresa debe ser reorganizada y que sólo se podrán iniciar procedimientos de liquidación cuando la rehabilitación haya fracasado. Un enfoque distinto es el procedimiento “unitario”, el cual prevé que todas las insolvencias se administren inicialmente con las mismas reglas, separándose únicamente los procedimientos entre liquidación o rehabilitación una vez se ha determinado si esta última es posible.

45. El informe del BAD (2.5, pág. 14) señala que hay ventajas en costo y eficiencia si puede llegarse a ambos procesos siguiendo un único procedimiento. Cita, como ejemplo, la empresa que tras procurar una rehabilitación formal y fracasar en el empeño, podría ser automáticamente liquidada sin que fuera necesario tener que empezar un nuevo procedimiento de liquidación. El informe propone que un régimen de insolvencia ofrezca la posibilidad de llegar tanto a procesos de liquidación como de rehabilitación siguiendo un único procedimiento. El informe del FMI (pág. 14) señala que el enfoque unitario brinda una simplicidad de procedimiento que puede ser ventajosa cuando la capacidad de la infraestructura institucional es limitada. Pero, dado que este método refleja una tendencia reciente que aún no ha sido adoptada en los derechos de insolvencia de muchos países, el informe se atiene al modelo de procedimiento doble que aún predomina.

46. La presente nota examina por separado los procedimientos formales de liquidación y de rehabilitación, precisando y analizando las disposiciones fundamentales de cada proceso.

C. Procedimientos de liquidación

47. El informe especial del BAD (pág. 11) concreta del siguiente modo la pauta común del proceso de liquidación:

1. una solicitud a un tribunal u otro órgano competente formulada por la entidad o por los acreedores;
2. un mandamiento o sentencia de liquidación de la entidad;
3. nombramiento de una persona independiente para efectuar y administrar la liquidación;
4. cese de las actividades comerciales de la entidad;
5. terminación de las facultades de los directivos y de la contratación de empleados;
6. venta de los activos de la entidad;
7. resolución de las reclamaciones de los acreedores;
8. distribución entre los acreedores de los fondos existentes (según alguna forma de prelación); y
9. disolución de la entidad.

1. Condiciones para el comienzo de la liquidación

⁷ Véase, por ejemplo, Dr. Manfred Balz y Henry M. Schiffmann, “Insolvency Law Reform for Economies in Transition - A Comparative Law Perspective” Part 1, (“Balz and Schiffmann Pt. 1”), *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, Vol. 11, N° 1 (enero de 1996), pág. 19.

48. Aunque las leyes de insolvencia se refieran a diferentes criterios para determinar su inicio, la mayoría utilizan el de la liquidez o la corriente de tesorería y requieren una suspensión general de pagos de las deudas a su vencimiento. Como señala el Informe del FMI (pág. 18), el recurso a este criterio, por oposición al requisito de una mayor penuria financiera como la insolvencia, tiene por fin activar los procedimientos lo bastante pronto en el período de las dificultades económicas del deudor y evitar así una carrera de los acreedores para hacerse con los activos, causando un desmembramiento del deudor en perjuicio colectivo de los acreedores. Los problemas vinculados con este enfoque “preventivo”, como el comienzo del procedimiento de liquidación de una empresa financieramente perturbada, pero no obstante financieramente viable, pueden resolverse previendo que el deudor transforme la liquidación en rehabilitación.

49. Por lo que se refiere al acceso al procedimiento, el informe del BAD (2.6, pág. 15) subraya la necesidad de que sea cómodo, barato y rápido. Un acceso restringido puede disuadir a deudores y acreedores, mientras que la demora puede ser perjudicial en cuanto a la disipación de los activos y a la posibilidad de rehabilitación. Las leyes de insolvencia disponen generalmente que el proceso de liquidación pueda ser iniciado por un acreedor o por un deudor. Aunque a menudo se aplica en ambos casos el requisito de la “suspensión general de pagos”, en la práctica, los tribunales pueden ser menos exigentes respecto de la prueba de la insolvencia en el caso de la solicitud de un deudor, ya que esta solicitud será generalmente un último recurso cuando el deudor sea incapaz de pagar sus deudas⁸. En el caso de los acreedores, aunque puedan estar en condiciones de demostrar que el deudor no ha pagado su propio crédito, puede no ser tan fácil aportar pruebas de una suspensión general de pagos. Como observa el informe del BAD (2.6, pág. 15), “si bien tiene que haber el requisito de una prueba preliminar, existe también una necesidad práctica de que un acreedor pueda presentar, en forma relativamente simple, una prueba que funde una presunción de insolvencia por parte de la persona jurídica deudora”. Los derechos de insolvencia se ocupan de esta cuestión de varias maneras, incluso exigiendo que la solicitud sea presentada por más de un acreedor o pidiendo que el deudor suministre al tribunal información que permita dictaminar que ha habido una suspensión general de pagos. El informe del BAD sugiere que cuanto se necesita es una prueba clara de que la persona jurídica deudora no ha pagado una deuda vencida.

50. Un asunto relacionado con el procedimiento de insolvencia iniciado por el deudor es la posible imposición a éste del deber de iniciar el procedimiento en determinada etapa de sus dificultades financieras. Está claro que puede ser ventajoso establecer una obligación de actuar a tiempo. En el caso de la rehabilitación, aumentan las posibilidades de que ésta tenga buen fin si se actúa pronto y, en el caso de la liquidación, los intereses de los acreedores quedarían protegidos si se impidiera una ulterior disipación de los activos del deudor. Pero, como sugiere el informe del FMI (pág. 20), esas disposiciones pueden desalentar a la dirección a la hora de procurar obtener un acuerdo extrajudicial de reestructuración fundándose en que la demora en solicitar un procedimiento formal puede desembocar en la responsabilidad personal. Si se prefiere no recurrir a penas para obligar a un deudor a comenzar las actuaciones, puede ser necesario adoptar incentivos para alentar a los deudores a que lo hagan.

51. Sobre la cuestión del inicio del procedimiento, el informe del BAD (2.6, pág. 15) propone provisionalmente que:

“El acceso al proceso previsto conforme a un régimen del derecho de insolvencia debe proporcionar un procedimiento rápido, cómodo y barato tanto para la persona jurídica deudora como para los acreedores, pero con salvaguardias suficientes para proteger contra el abuso del proceso. Ha de aportarse prueba de la insolvencia o la penuria financiera de la persona jurídica deudora.”

⁸ Balz y Schiffmann, Pt 1., pág. 23.

52. El informe del FMI (pág. 20) concluye que:

“Si la ley establece procedimientos separados de liquidación y rehabilitación, tiene que permitir que el de liquidación se inicie sobre la base de una petición presentada por un acreedor o por el deudor. Cuando la presenta un acreedor, es aconsejable que el criterio principal del inicio sea una demostración de que el deudor ha cesado generalmente en sus pagos. Se pueden utilizar diversos criterios como medio para determinar si, de hecho, una suspensión de pagos es general. Con respecto a las peticiones presentadas por los deudores, hay que hacer una importante elección de política sobre si la ley ha de imponer penas específicas a la dirección por no iniciar el procedimiento en el momento en que se produzca una suspensión general de pagos. Si se decide que no hay que imponer esas penas, es aconsejable que, como solución alternativa, la ley disponga incentivos adecuados en el procedimiento de rehabilitación para alentar a los deudores a utilizar esos procedimientos en una etapa suficientemente temprana. En circunstancias en que la capacidad de la judicatura sea limitada, puede ser aconsejable exigir que el tribunal dicte una decisión acerca del inicio de un procedimiento dentro de un plazo determinado a partir de la presentación de la petición.”

2. Efecto del inicio

53. Las cuestiones que se han de considerar bajo este epígrafe se refieren a la determinación de qué constituye los activos de la masa y protegerlos, tanto del deudor como de los acreedores.

a) Activos de la masa de la quiebra

54. Los activos de la masa comprenderán generalmente los bienes del deudor en la fecha en que se inicie el procedimiento y los activos adquiridos por el liquidador después de esa fecha.

55. Los bienes en la primera categoría abarcarán generalmente activos corporales e incorporales de propiedad del deudor, estén o no en su poder en el momento del inicio. Entre los activos no comprendidos en la masa figurarían los que son propiedad de un tercero pero se hallan en poder del deudor en el momento del inicio y, en algunos casos, son utilizados por el deudor, pero sometidos a un acuerdo de arrendamiento financiero en el que el arrendador se reserva el dominio. Como señala el informe del FMI (pág. 22), los activos de la segunda categoría pueden ser merecedores de especial atención a fin de cerciorarse de que el arriendo financiero no sea, en realidad, más que un mecanismo disfrazado de préstamo. En ese caso el arrendador estaría sometido a las mismas limitaciones que el prestamista garantizado.

56. Los bienes en la segunda categoría abarcarían activos adquiridos por el liquidador que continúe haciendo funcionar la empresa del deudor antes de la liquidación y los adquiridos mediante el ejercicio de sus facultades de revocación.

b) Protección de la masa de la quiebra

57. Una de las principales metas del proceso de insolvencia es conservar el valor de la masa. Esto entrañará el protegerla contra los actos del deudor y de los acreedores, entre el momento en que se presenta y se concede una petición y después de abierto el procedimiento.

58. Con respecto al primer período, puede ser necesario adoptar medidas para asegurarse de que el deudor no transfiera activos fuera de su empresa o los esconda de los acreedores y de que los acreedores no adopten medidas judiciales que tendrían como consecuencia anticiparse a la suspensión de las acciones contra el deudor, que se impondrá una vez concedida la petición. Las medidas protectoras provisionales que cabe adoptar contra

esas actividades, a iniciativa del tribunal o a solicitud de un acreedor, pueden consistir en el nombramiento de un liquidador preliminar, que prohíba disponer de los activos y suspenda la ejecución de las garantías reales contra el deudor. Dado el carácter provisional de estas medidas protectoras, el tribunal puede pedir pruebas de que la medida es necesaria antes de que se expida un mandamiento de prestar caución, especialmente en los casos en que las medidas provisionales se aplican a petición de un acreedor.

59. Una vez abierto el procedimiento de liquidación, la protección de la masa puede requerir que se quite al deudor el control de la empresa y se transfiera a un liquidador designado. Puede haber situaciones, como cuando la empresa del deudor se vende como negocio en marcha, que justifican que se permita al deudor conservar algún control de la empresa, aunque el liquidador lo tenga en forma plena en virtud de su nombramiento y haya de responder de los actos ilícitos del deudor durante este período. Una medida semejante precisaría en general de una consulta con los acreedores.

60. La protección de la masa contra los acreedores durante el procedimiento puede hacer necesaria la imposición de una suspensión de la capacidad de los acreedores de ejecutar sus derechos. Esa suspensión o espera puede que se tenga que imponer inmediatamente, a efectos de maximizar el beneficio de la masa y garantizar que se pueda lograr una administración equitativa y ordenada. Las condiciones y cláusulas de la suspensión deberán tener en cuenta el interés del liquidador en disponer de tiempo suficiente para elevar al máximo el valor de los activos y, cuando corresponda, vender la empresa como negocio en marcha, y compaginarlo con la posibilidad de que el derecho de insolvencia obstaculice prácticas y procesos comerciales aceptados, en particular por lo que se refiere a los acreedores garantizados. El informe del FMI (pág. 24) señala que apenas se discute la necesidad de imponer una suspensión de la facultad de los acreedores quirografarios (no garantizados) de embargar activos como medio para ejecutar sus créditos contractuales e impedir a todos los acreedores que inicien actuaciones judiciales para cobrar deudas nacidas antes del inicio del procedimiento. En la medida en que esto comprenda también a los acreedores garantizados plantea, en cambio, varias cuestiones (véanse los párrafos 65 a 69 *infra*).

61. El informe del BAD (2.7, pág. 17) propone a título provisional que:

“Si la persona jurídica deudora ha solicitado la liquidación o si se determina que aquélla es sólo apta para ser liquidada, deben eliminarse las facultades de la dirección existente y hay que nombrar a un administrador independiente para que asuma esas facultades y proceda a la liquidación. En segundo lugar, la espera o suspensión de las acciones y actuaciones contra los bienes de la persona jurídica deudora deben limitarse únicamente a los acreedores quirografarios.”

62. El informe del FMI (pág. 24) concluye que:

“Al inicio del proceso de liquidación, hay que transferir a un liquidador independiente designado por el tribunal todos los activos sobre los que el deudor tenga un derecho de propiedad en la fecha del inicio. Debe exigirse al deudor que revele todos los activos y las operaciones discutibles.

Durante el procedimiento, todos los activos sobre los que el liquidador ejerza su control deben estar protegidos por una suspensión de las actuaciones frente a la capacidad de los acreedores quirografarios de ejecutar medidas judiciales contra los activos de la masa. Si bien el alcance de la suspensión puede variar según los países, debe, como mínimo, impedir que los acreedores quirografarios: i) embarguen, vendan o tomen posesión de activos como medio para ejecutar sus créditos o ii) inicien actuaciones judiciales para cobrar deudas nacidas antes del inicio del procedimiento de liquidación.

[...] la suspensión ha de aplicarse a los acreedores garantizados durante un tiempo limitado [...].

Una vez presentada una petición de que se inicie el procedimiento, es aconsejable que se faculte al tribunal para imponer medidas provisionales orientadas a proteger los activos del deudor, a la espera de que el tribunal determine el inicio del procedimiento. En la gama de medidas que normalmente ha de existir debe figurar el desposeimiento pleno o parcial del control del deudor sobre los activos, la designación de un administrador provisional y la imposición de una suspensión de la capacidad de los acreedores de embargar activos.”

3. El procedimiento

Cuestiones generales

63. Es requisito básico de un procedimiento de insolvencia eficaz que se aplique de manera oportuna, predecible y equitativa, con procedimientos adecuados para determinar y recoger los activos de la masa, precisar y verificar las responsabilidades que pesan sobre ésta, vender los activos y distribuir el producto. Estas diversas etapas del proceso de liquidación plantean varias cuestiones.

a) Verificación de los créditos

64. La verificación de los créditos de los acreedores hace necesario evaluar su legitimidad y cuantía, así como una determinación de la categoría de cada crédito a los efectos de la distribución. La carga de la prueba de un crédito recae generalmente sobre el acreedor y, para impedir demoras, puede ser conveniente establecer plazos perentorios para probar las reclamaciones. Si un régimen admite que por parte del liquidador o de otra parte interesada se formulen impugnaciones contra las pretensiones de un acreedor, puede incluirse en la ley una disposición sobre mecanismos para evitar controversias, como un examen por los acreedores de una lista definitiva de créditos o alguna forma de solución de diferencias⁹.

b) Activos gravados y acreedores garantizados

65. La aplicación de toda medida, como una suspensión, contra la capacidad de los acreedores de ejecutar su garantía ha de ponderar la finalidad básica del procedimiento de insolvencia frente a la finalidad de la garantía del acreedor y la disponibilidad del crédito posible, así como el principio básico de que hay que cumplir las obligaciones contractuales. Para que la garantía logre el objetivo de proteger los intereses de los acreedores en caso de que el deudor deje de reembolsarles, no se puede demorar ni impedir que el acreedor haga valer su garantía. Al mismo tiempo, como señala el informe del FMI (pág. 25), se ha reconocido cada vez en mayor medida que permitir a los acreedores garantizados separar libremente sus garantías de los demás activos de la masa puede frustrar el objetivo básico del procedimiento de insolvencia, en particular la rehabilitación, pero también la liquidación. El no limitar las medidas que pueden adoptar los acreedores garantizados puede afectar negativamente la maximización del valor de la masa antes de la distribución, especialmente cuando es posible la venta de la empresa como negocio en marcha. En ese caso, la ejecución individual de las garantías puede ir contra los intereses de los acreedores garantizados en su conjunto, dado que los créditos pueden valer más cuando la empresa se vende como negocio en marcha que cuando se liquida.

66. El informe del BAD (2.7 c), pág. 17) se pregunta hasta qué punto el derecho de insolvencia debe inmiscuirse en prácticas y procesos comerciales aceptados y obstaculizarlos. El informe sugiere que podrá necesitarse alguna forma de suspensión para conseguir una administración equitativa y ordenada, y apoya la utilización de una suspensión “automática” que entre en vigor después de que se haya presentado una solicitud.

⁹ Informe del FMI (nota 4), pág. 37.

Si se persigue verdaderamente el fin de rehabilitar al deudor, la suspensión debe ser muy amplia y de alcance general, considerando que la rehabilitación fracasará a menos que se mantengan los activos y partes componentes esenciales de la persona jurídica deudora y sus actividades empresariales. No obstante, puesto que la misma razón no es pertinente en los casos de liquidación, la suspensión debería ser aplicable únicamente a los acreedores quirografarios (no garantizados).

67. El informe del FMI (pág. 25) sugiere que es indispensable que toda suspensión de la capacidad de un acreedor garantizado de hacer valer sus derechos se acompañe de medidas que sirvan para proteger los intereses de ese tipo de acreedores durante el proceso de liquidación. Un método sería aplicar automáticamente la suspensión para permitir que el liquidador comenzara la tarea de determinar y evaluar la masa, pero durante un tiempo limitado, que pudiera prorrogarse si el liquidador demostrase que era necesario. Otra medida para proteger los intereses de los acreedores garantizados consiste en preservar o mantener el valor económico del crédito garantizado durante el período de la suspensión.

68. El informe del FMI (pág. 27) esboza dos maneras de proteger el valor del crédito garantizado. La primera es proteger el valor de la garantía misma, previendo que se indemnice su depreciación, lo que se puede obtener mediante una garantía sustitutiva o efectuando pagos periódicos en efectivo correspondientes a la cuantía de la depreciación; pagando intereses durante la suspensión en la medida en que el acreedor esté sobreasegurado (cuando el valor de la garantía exceda del valor del crédito garantizado); proporcionando al acreedor una garantía sustitutiva equivalente; o pagando el valor íntegro del crédito garantizado si el liquidador desea vender activos gravados. Otro método es mantener el valor de la parte garantizada del crédito, valorando el activo al comienzo del procedimiento y, con referencia a esa valoración, determinar el valor de la parte garantizada del crédito del acreedor. Este valor es fijo y, al distribuirse la liquidación consiguiente, se da al acreedor garantizado prelación en la medida de ese valor. Durante el procedimiento, el acreedor recibirá además el tipo contractual de interés sobre la parte garantizada del crédito como indemnización por la demora en la realización del activo.

69. El informe del FMI (págs. 27 y 28) concluye que:

“Como principio general, una ley de insolvencia debe conseguir un equilibrio entre, por un lado, impedir a los acreedores garantizados que socaven el objetivo de elevar al máximo el valor de los activos de la masa y, por otro, proteger el interés de esos acreedores sin que se erosione el valor de su garantía y, como consecuencia, la disponibilidad de crédito. Como medio para poner en práctica este principio, una ley de insolvencia ha de prever normalmente lo siguiente:

a) Durante un plazo breve -y especificado- tras el inicio del procedimiento (por ejemplo, 30 ó 60 días), la suspensión general de la ejecución de los acreedores debe aplicarse también a los acreedores garantizados, impidiéndoles con ello que ejecuten sus derechos contractuales sobre la garantía durante el procedimiento, sin perjuicio de las modificaciones que más adelante se describen. El tribunal ha de prolongar normalmente la suspensión más allá de este plazo sólo si el liquidador demuestra que esa prórroga constituye un medio necesario para maximizar el valor de los activos de la masa en beneficio de los acreedores en general (por ejemplo, dada la posibilidad de vender la empresa o unidades de la empresa como negocio en marcha). Puede ser conveniente que la ley imponga un límite al período de prórroga.

b) Puede ser apropiado prever excepciones a esta suspensión con respecto a los activos que no son en general necesarios para una venta de la empresa como negocio en marcha (por ejemplo, garantías en efectivo).

c) Durante la suspensión, tiene que existir un mecanismo para asegurar que los intereses del acreedor garantizado queden suficientemente protegidos. Cuando esa protección se ofrezca conservando el valor

de la garantía del acreedor, han de figurar entre estas medidas, por ejemplo, una indemnización por la depreciación de la garantía, y, si la garantía ha de ser utilizada o vendida por el liquidador, la aportación de una garantía sustitutiva. Los países pueden, como solución alternativa, proteger los intereses del acreedor garantizado fijando el valor de la garantía al comienzo del procedimiento y dando al acreedor garantizado un derecho de primera prelación basado en ese valor, más un derecho de prelación para los pagos periódicos de intereses contractuales por incumplimiento.

Si el liquidador es incapaz de proporcionar a un acreedor garantizado el tipo de protección antes descrito, habrá que levantar la suspensión que pese sobre el acreedor garantizado.”

c) Facultades de revocación

70. Dado que el procedimiento de insolvencia puede empezar mucho tiempo después de que un deudor se dé cuenta por primera vez de que ese resultado es ineludible, pueden darse oportunidades apreciables, como señala el informe del FMI (pág. 28), para tratar de ocultar activos de los acreedores, incurrir en responsabilidades artificiales o hacer donaciones a parientes y amigos. El resultado de esas actividades, por lo que se refiere al procedimiento final de insolvencia, es perjudicar a los acreedores quirografarios generales, que no participaron en esos actos y no gozan de la protección de una garantía, y socavar el objetivo de un trato equitativo para todos los acreedores. El fin de las facultades de revocación es, en consecuencia, restablecer la igualdad entre los acreedores y anular las operaciones desleales o los actos jurídicos unilaterales que puedan perjudicar la futura masa o a sus acreedores¹⁰.

71. La cuestión de las facultades de revocación requiere conseguir un equilibrio entre el valor de unas facultades fuertes para maximizar el valor de la masa en beneficio de todos los acreedores y el posible socavamiento de la predecibilidad contractual. El informe del BAD (2.13, pág. 22) sugiere que “el debate sobre las facultades de revocación se centra no tanto en la política que prevén las disposiciones como en el grado de eficacia de esas disposiciones en la práctica y en las reglas algo arbitraria que se necesitan para definir, por ejemplo, los plazos y la naturaleza de las operaciones mismas. Es en parte válida la crítica de que el funcionamiento y la ejecución real de esas disposiciones no es, en muchos casos, eficaz”.

72. No obstante posibles críticas, parece haber un acuerdo general en que las facultades de revocación son importantes no sólo porque repercuten en la maximización del valor de la masa en beneficio de los acreedores sino también por que contribuyen a establecer una conducta comercial equitativa y son parte de las normas convenientes para la gestión de las sociedades¹¹.

73. Entre las cuestiones que hay que examinar figuran si la revocación debe ser posible tanto en la liquidación como en la rehabilitación; qué actos deben ser revocables y qué criterios cabe utilizar, incluso si ciertas operaciones deben o no ser automáticamente nulas o revocables.

¹⁰ Véase, por ejemplo, Dr. Manfred Balz y Henry M. Schiffmann, “Insolvency Law Reform for Economies in Transition - A Comparative Law Perspective” Part 2, (“Balz y Schiffmann Pt 2”), *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, Vol. 11, N° 2 (febrero de 1996), pág. 66.

¹¹ Informe del BAD (nota 5), 2.13, pág. 22.

74. En algunas jurisdicciones, las facultades de revocación se aplican únicamente a la liquidación, no a la rehabilitación. Algunos comentaristas señalan que esto impide que se realicen todas las posibilidades de la rehabilitación y distorsiona la elección entre liquidación y rehabilitación¹².

75. Las normas sobre revocación pueden combinar elementos objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos se centran en cuándo tuvo lugar la operación con respecto al inicio del procedimiento de insolvencia y los tipos de operación de que se trate. Los criterios subjetivos se basan en la intención o el conocimiento específico de casos particulares. Si bien las reglas objetivas pueden ser fáciles de aplicar, pueden igualmente inducir a decisiones arbitrarias en casos en que, por ejemplo, puede revocarse una operación legítima comprendida en un plazo determinado, mientras que una operación fraudulenta fuera de ese plazo puede quedar protegida. Los criterios subjetivos pueden, por otra parte, dar lugar a controversias y sólo debe recurrirse a ellos cuando sean realmente necesarios. Debe llegarse a un equilibrio entre ambos tipos de criterios.

76. El informe del FMI (pág. 29) señala que hay que aplicar normas más estrictas a las operaciones y transferencias hechas a iniciados que a partes en el mercado con las que no se tiene relación, sobre la base de que es más probable que los iniciados resulten favorecidos y de que además tienden a conocer antes las dificultades financieras del deudor. Entre los iniciados figurarían quienes se hallan en estrecha relación societaria o familiar, pasada y presente, con el deudor.

77. El informe del FMI (págs. 29 y 30) precisa cuatro categorías de operaciones que suelen quedar comprendidas en las disposiciones sobre revocación: primeramente, operaciones y transferencias hechas cuando hay pruebas de la intención real del deudor de defraudar a los acreedores situando activos fuera de su alcance y cuando la contraparte conocía esa intención. Estas operaciones constituirían un verdadero fraude, ya que existe por ambas partes intención de defraudar. Muchas leyes de insolvencia no limitan el período durante el cual esas operaciones y transferencias pueden ser revocadas. En segundo lugar, operaciones y transferencias con un tercero a cambio de una contraprestación insuficiente. Cabe presumir una intención de defraudar siempre que la operación sea desequilibrada y no parezca haberse hecho con las formalidades de rigor. Algunas leyes especifican un período retroactivo máximo calculado a partir de la fecha de inicio, mientras que otras exigen además la comprobación de que existía insolvencia o inminente insolvencia cuando se produjo la operación o la transferencia. En tercer término, operaciones y transferencias de carácter “voluntario” a acreedores. Estas tienen que ver con el problema del trato preferente, en que puede darse un beneficio a determinado acreedor que no tiene derecho a él. Pueden consistir, por ejemplo, en el pago anticipado de una deuda o el otorgamiento de una garantía a un acreedor que antes no la tenía. Algunas leyes especifican un período retroactivo máximo calculado a partir de la fecha de inicio, mientras que otras exigen además la comprobación de que existía insolvencia o inminente insolvencia cuando se produjo la operación o la transferencia. Finalmente, operaciones y transferencias ordinarias con los acreedores. Esto comprende operaciones normales en todos los aspectos excepto que se hicieron poco tiempo antes del inicio de la insolvencia, lo que sugiere que puede existir algún trato preferente. El período se limita generalmente de 30 a 90 días y algunas leyes exigen además que el acreedor tuviera o debiera haber tenido conocimiento de la insolvencia del deudor. Se hacen algunas excepciones cuando las operaciones forman parte del curso normal de los negocios, como el pago por bienes que se entregan y pagan regularmente.

78. Aunque ciertas operaciones y transferencias pueden ser anuladas automáticamente por una ley de insolvencia, en otros casos eso sólo puede ser apropiado a discreción del liquidador. En esos casos, la discrecionalidad ha de estar sometida a la obligación de aumentar al máximo el valor de la masa, teniendo en cuenta el costo y las demoras en la recuperación de las transferencias.

¹² Véase Balz y Schiffmann, Pt 2, pág. 66.

79. El informe del BAD (2.13, pág. 22) propone provisionalmente que un régimen de insolvencia contenga disposiciones adecuadas relativas a la revocación de las operaciones que acarren un perjuicio para los acreedores o estén en conflicto con el principio de la igualdad de trato de los acreedores de la misma clase.

80. El informe del FMI (pág. 31) concluye que:

“El procedimiento de liquidación debe explicitar un mecanismo que permita al liquidador volver a obtener activos que el deudor transfirió antes del inicio, cuando esas transferencias perjudiquen a los acreedores en general. La disposición sobre revocación tiene que precisar el tipo de operaciones y transferencias que han de quedar comprendidas y el “período de sospecha” máximo anterior al inicio, durante el cual estas operaciones y transferencias quedarán sometidas a revocación. Normalmente, se han de aplicar normas más estrictas a las operaciones y transferencias con iniciados. Como mínimo, es aconsejable que queden comprendidos los siguientes tipos de operación y transferencia:

- a) Operaciones y transferencias efectuadas cuando hay pruebas de la intención real del deudor de defraudar a los acreedores situando activos fuera de su alcance y cuando la contraparte conoce esa intención. No es necesario que la ley de insolvencia especifique un período máximo.
- b) Operaciones y transferencias a cambio de una contraprestación insuficiente, incluidos los regalos, que tuvieron lugar cuando el deudor era insolvente o estaba a punto de serlo, con un período máximo determinado.
- c) Operaciones y transferencias “voluntarias” a los acreedores, en que, por ejemplo, el deudor haga pagos anticipados de una deuda o proporcione una garantía real para una deuda ya existente. Puede ser necesaria la demostración de una insolvencia real o inminente, con un período máximo determinado.

Además, puede ser conveniente -pero no necesario- dotar al liquidador de la facultad de anular operaciones y transferencias con acreedores que no sean en modo alguno irregulares pero que se produzcan durante un período muy breve (no superior a 90 días, a menos que el acreedor sea un iniciado) y cuando haya pruebas de que el acreedor tenía o debía haber tenido conocimiento de la insolvencia. No obstante, puede ser necesario hacer excepciones con las operaciones y transferencias efectuadas en el curso ordinario de los negocios.”

d) Tratamiento de los contratos

81. Es rasgo común de muchos derechos de insolvencia que el liquidador pueda intervenir en contratos que aún no han sido plenamente perfeccionados por ambas partes, decidiendo rechazar o continuar (y posiblemente luego ceder) estos contratos. Como en el caso de las normas sobre revocación, la justificación subyacente es elevar al máximo el valor de la masa. Ese objetivo debe ponderarse frente a los intereses concurrentes, a preocupaciones sociales planteadas por algunos tipos de contratos, como los laborales, y al efecto que sobre la predecibilidad de las relaciones comerciales y financieras pueda tener la capacidad del liquidador de intervenir en las condiciones de contratos aún no celebrados.

82. Se pueden adoptar diversos enfoques sobre la resolución o la continuación de diferentes tipos de contratos. Algunos contratos se pueden rescindir a discreción de liquidador, mientras que otros pueden resolverse automáticamente cuando se abre el procedimiento, sin que el liquidador tenga derecho a continuarlos¹³. Los

¹³ Balz y Schiffmann, Pt 2, pág. 67.

contratos pueden continuarse a discreción del liquidador, con o sin el consentimiento de la contraparte y con ciertas excepciones. Sobre la posibilidad de que el liquidador opte por continuar o por poner fin al contrato, las leyes de insolvencia deberían requerir que, a fin de dar certeza a la contraparte, deba darse notificación dentro de un plazo especificado tras el inicio del procedimiento.

83. El motivo para rechazar contratos no plenamente ejecutados es principalmente “eliminar de la masa los contratos intrínsecamente equitativos, pero onerosos, que el deudor pueda haber celebrado en el período crítico anterior a la insolvencia o que ya carezcan de sentido para la empresa en quiebra, y hacer valer la igualdad de los acreedores frente a una parte que sólo haya ejecutado parcialmente sus obligaciones y haya dado crédito al deudor por la contraprestación de éste”¹⁴. Cuando se pone fin a un contrato, la contraparte queda excusada del cumplimiento del resto del contrato y se convierte en acreedora quirografaria (no garantizada) por los daños y perjuicios causados por la resolución del contrato.

84. Al estudiar la continuación de un contrato, se plantea inicialmente la cuestión de si el contrato da derecho a poner fin al mismo por incumplimiento cuando se inicie un procedimiento de insolvencia. Si figura tal cláusula, suele ponerse fin al contrato, a menos que el liquidador solicite su continuación y la contraparte esté de acuerdo o que el liquidador opte por continuar el contrato pese a la objeción de la contraparte. Hay casos en que resulta más ventajoso continuar el contrato que resolverlo. Así puede ocurrir, por ejemplo, en el caso del arrendamiento de los locales de negocios del deudor, cuando la empresa pueda venderse como negocio en marcha. La continuación del contrato también puede resultar ventajosa para la contraparte, ya que las condiciones de pago previstas en el contrato pueden dar prioridad al pago de servicios prestados después del inicio del procedimiento. En caso de continuación, el informe del FMI (pág. 32) señala que pueden protegerse los intereses de la contraparte disponiendo que los gastos de cumplimiento y los daños y perjuicios derivados de un incumplimiento por parte del liquidador sean considerados gastos administrativos o prioritarios. Dado que ello supondrá un riesgo para otros acreedores, el liquidador se limitará por lo general a continuar los contratos que resulten beneficiosos para la masa de la quiebra.

85. En el informe del FMI (pág. 34) se especifican dos categorías generales de excepciones respecto de la facultad de continuar los contratos. La primera excepción es cuando el liquidador tiene facultad para anular las disposiciones de resolución y cuando pueden hacerse excepciones concretas para ciertos tipos de contratos. Se trata de los contratos financieros a corto plazo, como los intercambios y los acuerdos sobre futuros. La segunda excepción se aplica al caso en que, independientemente de si la ley permite la anulación de una disposición de resolución, el contrato no pueda continuarse porque prevé la prestación de servicios personales por parte del deudor.

86. Los contratos continuados pueden cederse ulteriormente a cambio de contravalor. En algunas leyes de insolvencia se requiere el acuerdo de la contraparte o de todas las partes, mientras que en otras los procedimientos de insolvencia dejan sin efecto las cláusulas de intransferibilidad y el liquidador tiene libertad para ceder el contrato en beneficio de la masa de la quiebra. Como se señala en el informe del FMI (pág. 33):

“Si bien la capacidad del liquidador para optar por continuar y ceder contratos en violación de las cláusulas del contrato puede ser considerablemente beneficiosa para la masa de la quiebra y, por consiguiente, para los beneficiarios del producto de la distribución tras la liquidación, esa capacidad socava claramente los derechos contractuales de la contraparte al contrato. Además, la cesión plantea problemas de perjuicios de la parte no deudora que es parte en el acuerdo cedido, especialmente cuando apenas puede intervenir en la selección del cesionario.”

¹⁴ *Ibíd.*

87. Como se ha dicho antes, algunos tipos de contratos plantean problemas sociales que pueden requerir un trato especial en las leyes de insolvencia. Un caso particular son los contratos laborales, en que la capacidad del liquidador para resolver fin a los contratos puede estar limitada por la preocupación de que la liquidación pueda utilizarse para eliminar expresamente la protección que esos contratos dan a los empleados. Este puede ser el caso cuando la empresa deba venderse como negocio en marcha y cuando la eliminación de contratos de empleo onerosos puede repercutir favorablemente en el precio de venta. Otro tipo de contrato es el acuerdo de arrendamiento en que el deudor es el arrendatario.

88. A este respecto, el informe del FMI (pág. 34) llega a las siguientes conclusiones:

“Los procedimientos de liquidación deberían dar al liquidador competencia para resolver o continuar contratos que no hayan sido plenamente cumplidos por ambas partes. Al determinar el alcance de esa competencia deben adoptarse importantes decisiones, teniendo en cuenta que con amplias facultades de resolución o continuación se puede fomentar al máximo el valor de los activos de la masa, pero al mismo tiempo esas facultades pueden entorpecer en gran medida las relaciones contractuales. Además, esas competencias pueden tener que limitarse con respecto a ciertos tipos de contratos.

a) Resolución. El liquidador debería tener competencia para resolver los contratos no cumplidos. Al ponerse fin a un contrato, la contraparte se convertirá en acreedor no garantizado que reclamará una cantidad igual a la de los daños y perjuicios causados por la resolución. Se reconoce que los países pueden optar por limitar esa facultad con respecto a contratos especiales como los laborales o los acuerdos de arrendamiento (en que el deudor es el arrendador), una limitación que será pertinente en los procedimientos de liquidación en que se pretenda vender la empresa (o la dependencia comercial de la empresa) como negocio en marcha.

b) Continuación y cesión. Normalmente, el liquidador debería tener competencia para continuar el cumplimiento del contrato (incluida la cesión del cumplimiento) en circunstancias en que las cláusulas del contrato no impidan esa continuación. Si se adopta tal decisión, debería darse a la contraparte prelación en el pago (como gasto administrativo) por todo cumplimiento realizado después del inicio del procedimiento de liquidación. Si un país decide permitir que el liquidador continúe o ceda un contrato en violación de sus cláusulas, debería exigir que el liquidador demostrara que el contrato puede ser debidamente cumplido por el liquidador o el cesionario. Normalmente, deberán preverse excepciones respecto de la facultad de continuación de los contratos especiales, como los contratos financieros y de servicios personales.”

e) Compensación

89. En el contexto de un procedimiento de insolvencia, el reconocimiento de un derecho de compensación permitiría al acreedor que fuera también deudor de la masa ejercer ese derecho tras el inicio del procedimiento. A consecuencia de ello, según las sumas reclamadas por el acreedor y lo que reclame la masa al acreedor, éste podrá cobrar íntegramente. Si bien esto parece dar una ventaja al acreedor que sea también deudor respecto de la masa, planteando la posible cuestión de la igualdad de tratamiento entre acreedores, puede argumentarse también que no es justo negarse a pagar a un acreedor mientras se insiste en cobrar de ese mismo acreedor. En el informe del FMI (pág. 35) se señala, además, que como muchas contrapartes son bancos, el derecho de compensación es particularmente beneficioso para el sistema bancario y, por lo tanto, puede beneficiar de forma general a la economía. Los bancos que hayan prestado fondos a una entidad respecto de la cual se haya iniciado un procedimiento de insolvencia podrán también mantener depósitos del deudor. Un derecho de compensación posterior al inicio del procedimiento permitiría al banco compensar las sumas no cobradas con esos depósitos, aun cuando esas sumas no fueran aún pagaderas.

90. El informe del FMI (pág. 35) indica también la interacción entre un derecho de compensación y otras disposiciones de las leyes de insolvencia. Por ejemplo, ese derecho puede estar sujeto a las disposiciones de revocación en la medida en que la suma en poder del deudor haya sido recibida por el acreedor durante el período de sospecha. El derecho de compensación también puede estar limitado por el derecho de los liquidadores a anular las cláusulas de resolución previstas en un contrato, a menos que el derecho de anulación esté expresamente limitado y sólo pueda aplicarse para que el acreedor pueda poner fin al contrato y resolver las cantidades mutuamente adeudadas.

91. El informe del FMI (pág. 36) llega a la siguiente conclusión:

“Todo derecho de compensación previo al inicio del procedimiento que se derive del derecho general debería estar protegido durante el procedimiento de liquidación y en general deberían poder ejercerlo tanto los acreedores como los representantes de la masa. Además, la ley debería permitir también el derecho de compensación posterior al inicio del procedimiento si las sumas mutuamente reclamadas se derivan de la misma transacción. Además, los países tal vez deseen permitir el ejercicio de los derechos de compensación que se planteen en virtud del derecho general tras el inicio del procedimiento de insolvencia, particularmente con respecto a obligaciones financieras mutuas.”

f) Disposición de los activos

92. La modalidad de venta empleada por el liquidador debería tener la finalidad de maximizar el valor para el patrimonio y seguir un procedimiento equitativo y transparente. Ello puede requerir, por ejemplo, que cuando la venta se realice de forma privada, pueda ser supervisada, en su caso, por el tribunal, o que se solicite la aprobación de los acreedores para evitar el riesgo de colusión.

93. El informe del FMI (pág. 38) llega a la siguiente conclusión:

“El procedimiento para liquidar activos debe ser oportuno y eficiente y debe procurar maximizar el valor de venta de los activos que se liquiden. Con ese fin, la ley debería normalmente autorizar tanto las subastas públicas como las ventas privadas, con el requisito de que las ventas sean supervisadas por el tribunal y/o aprobadas por los acreedores. Toda venta debería notificarse adecuadamente a los acreedores.”

g) Prioridades

94. El establecimiento de un sistema de prioridades para la distribución del producto de la masa de la quiebra es importante no sólo para facilitar la concesión de crédito, y particularmente de crédito garantizado, sino también para asegurar el funcionamiento ordenado y eficaz del procedimiento. Así, debe preverse el pago de los liquidadores y asegurarse que se logren los objetivos del proceso de liquidación. Por consiguiente, las leyes de insolvencia tal vez deban contener disposiciones que prevean no sólo la distribución entre los acreedores sobre la base de la clasificación de sus créditos en categorías (garantizados, quirografarios o no garantizados, administrativos u de otro tipo), sino que también regulen el pago de los liquidadores y otros gastos administrativos.

95. Conforme a ese sistema, los acreedores garantizados tendrán máxima prioridad en el cobro del producto de la venta de la garantía en función del valor del crédito asegurado o del producto general con respecto al valor de la garantía, según el método utilizado para proteger al acreedor garantizado (véase el párrafo 68 *supra*). Cuando el crédito garantizado tenga un valor superior al de la garantía o al del crédito garantizado al inicio del procedimiento, la parte no garantizada del crédito será tratada a fines de distribución como crédito no garantizado.

96. La primera prioridad para la distribución entre acreedores no garantizados serán generalmente los gastos administrativos que cubren las costas judiciales, los costos del liquidador, los pagos realizados o continuados por el liquidador y los costos de cobro, gestión, evaluación y distribución de los activos de la masa. Esta prioridad tiene en parte la finalidad de atraer a profesionales cualificados a la labor de liquidación a fin de asegurar un procedimiento ordenado y eficaz para las insolvencias. Cuando en una liquidación intervienen acreedores garantizados, las leyes de insolvencia suelen prever que los créditos garantizados tienen prioridad sobre los créditos administrativos. Sin embargo, algunas leyes prevén que los gastos asociados a la conservación y a la venta de la garantía sean deducidos del valor de ésta y de los créditos garantizados antes de pagar a los acreedores garantizados, y en otros casos se considera razonable reducir esos gastos de los gastos administrativos de la masa. En algunos países, otros gastos equiparados a los gastos administrativos son los créditos para la compensación de empleados adeudados antes del inicio del procedimiento.

97. Los regímenes de insolvencia difieren considerablemente en el modo en que tratan la distribución de los recursos restantes tras el pago de los créditos garantizados y administrativos. Algunas leyes especifican distintos tipos de privilegios que dan mayor prioridad a ciertas clases de acreedores no garantizados. Puede haber una serie de razones sociales y políticas que justifiquen la existencia de privilegios, como la necesidad de proteger a una clase de acreedores con menor poder económico o el hecho de que ciertas clases de acreedores, como los extracontractuales, no han concedido crédito de forma voluntaria según las condiciones del mercado sino que han sido forzados por el deudor o por la ley a “conceder crédito”. El informe del BAD (2.12, pág. 21) señala que muchos regímenes de insolvencia prevén que las deudas fiscales y las deudas con empleados deben pagarse íntegramente antes de abonar a otros acreedores. No obstante, los privilegios pueden realmente reducir la eficiencia general del proceso y crear excepciones respecto del objetivo de igualdad entre los acreedores. En algunos casos, se sostiene que los privilegios causan un desinterés general por los procedimientos por parte de los acreedores generales y los bancos. Por estas razones, el informe del BAD señala que el enfoque moderno consiste en limitar en la medida de lo posible las reclamaciones prioritarias.

98. Una vez pagados los créditos de las clases privilegiadas de acreedores, el saldo de la masa de la quiebra de prorrateará entre los acreedores no garantizados. En esta distribución deberán tenerse en cuenta los créditos subordinados. Algunas jurisdicciones consideran subordinados los créditos como las multas, las penas, las gratificaciones, los créditos de accionistas y los intereses sobre créditos generales no garantizados posteriores a la petición, mientras que en otras jurisdicciones no se consideran admisibles.

99. En el informe del BAD (2.12, párr. 21) se propone provisionalmente lo siguiente:

“En la medida de lo posible, un régimen de la insolvencia debería preservar el principio de la igualdad de tratamiento para todos los acreedores. Por consiguiente, la ley de insolvencia debería limitar en lo posible y reducir al máximo el número de créditos prioritarios.”

100. El informe del FMI (pág. 41) llega a la siguiente conclusión:

“Las leyes que establezcan el orden de prelación que deben tener las clases de acreedores en la distribución del producto de la venta de los activos de la masa deben tener debidamente en cuenta las condiciones contractuales que garanticen seguridad o subordinación. Así pues, en general si se gravan los activos de la masa de la quiebra, el producto de la venta de esos activos debería distribuirse en primer lugar entre los acreedores garantizados conforme al valor de su crédito, agregando eventuales compensaciones por la suspensión que no se hayan pagado durante el procedimiento. Las reglas de prelación también deberían concebirse con el fin de garantizar un funcionamiento eficaz del procedimiento de insolvencia. En consecuencia, debería darse prioridad a los gastos administrativos (incluidos los pagos de servicios de profesionales, entre ellos el liquidador, y los créditos de acreedores posteriores a la petición) sobre los

créditos no garantizados. La inclusión de otros privilegios legales, aunque se considere necesaria por razones sociales o políticas, debería limitarse en la medida de lo posible, ya que esos privilegios suelen minar la eficacia y eficiencia de los procedimientos de insolvencia.”

4. Liquidación de obligaciones

101. Si una vez concluida la distribución quedan créditos pendientes, se plantea la cuestión, con respecto a ciertas empresas, de si el deudor debe quedar liberado de su obligación con respecto a esos créditos o de si seguirán figurando como créditos pendientes. Esta cuestión es pertinente para los particulares, las asociaciones y las sociedades de responsabilidad no limitada en que pueda subsistir la responsabilidad personal por créditos no satisfechos. El informe del FMI (pág. 42) especifica dos enfoques al respecto. En el primer enfoque se pone de relieve el valor de la relación entre el deudor y el acreedor, considerándose que la responsabilidad continua del deudor tras la liquidación sirve para moderar el comportamiento financiero del deudor para y alentar a los acreedores a aportar fondos. El deudor seguirá siendo responsable de los créditos no satisfechos, a reserva de lo que disponga la legislación sobre limitaciones. El otro enfoque, basado en los beneficios de un “nuevo comienzo”, permite a un deudor honrado y no fraudulento quedar completamente liberado de su obligación inmediatamente después de la liquidación.

102. El informe del FMI (pág. 42) recomienda lo siguiente:

“La liberación de los deudores respecto de sus obligaciones tras la liquidación de su empresa puede constituir un medio apropiado para darles un nuevo impulso. Sin embargo, esta liberación no debería beneficiar a los que hubieran actuado fraudulentamente o que hubieran ocultado información relevante durante el procedimiento.”

5. Acreedores extranjeros

103. El informe del FMI subraya la necesidad de que los regímenes de insolvencia traten a los acreedores extranjeros del mismo modo que a los acreedores nacionales. Además, tanto el informe del BAD (2.15, pág. 23) como el informe del FMI (pág. 68) ponen de relieve la necesidad de que las leyes de insolvencia adopten un marco común para la cooperación entre los regímenes de insolvencia de distintas jurisdicciones y, a este respecto, aluden a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

D. Rehabilitación

1. Características esenciales

104. El informe del BAD (2.2 b), pág. 12) señala que a pesar de que el proceso de rehabilitación no ha sido universal como el de liquidación y no puede, por tanto, seguir esa pauta común, hay una serie de elementos clave o esenciales que pueden determinarse:

- a) la sumisión voluntaria de una entidad al proceso, que puede incluir o no actuaciones judiciales y control o supervisión judicial;
- b) la suspensión automática e imperativa de las acciones y actuaciones contra los bienes de la entidad que afecten a todos los acreedores durante un período limitado;
- c) la subsistencia de la empresa como entidad, ya sea conservando su dirección, con un director independiente o ambas cosas a la vez;

- d) la formulación de un plan que proponga el modo en que deberán tratarse los acreedores, los accionistas y la entidad propiamente dicha;
- e) el examen de la aceptación del plan por los acreedores y la votación al respecto;
- f) posiblemente, la sanción judicial de un plan aceptado; y
- g) la ejecución del plan.

Todas estas cuestiones se analizan en las secciones que figuran a continuación.

2. Requisitos para el inicio del proceso

105. Uno de los objetivos del régimen de rehabilitación es establecer un proceso que aliente a los deudores a tomar medidas para afrontar oportunamente sus dificultades financieras. Así pues, para el inicio del proceso no debería aplicarse el mismo criterio que a la liquidación (suspensión general de pagos), al menos en el caso de los procedimientos iniciados por el deudor. Algunas leyes no aplican criterios de fondo al inicio, mientras que otros adoptan el criterio de la posible falta de liquidez. Sin embargo, tal como se señala en el informe del BAD (2.5, pág. 15) y en el informe del FMI (pág. 45), tal vez hagan falta salvaguardias para impedir que se abuse del proceso de rehabilitación; por ejemplo, una entidad sin verdaderas posibilidades de rehabilitación puede utilizar el proceso como refugio o como táctica dilatoria; o un deudor que no esté en dificultades financieras puede proponer un plan de rehabilitación que suponga obligaciones onerosas para los empleados.

106. Dado que es improbable que un acreedor pueda conocer la posible falta de liquidez del deudor, la suspensión general de pagos sería un criterio razonable para aplicar al procedimiento de rehabilitación iniciado por el acreedor.

107. Sobre la cuestión del inicio del procedimiento, el informe del FMI (pág. 46) llega a la siguiente conclusión:

“La ley debería permitir que el procedimiento de rehabilitación fuera iniciado por el deudor o por un acreedor. Para alentar a un deudor a iniciar pronto un procedimiento de rehabilitación, aumentado así las posibilidades de que prospere la rehabilitación, el criterio del inicio del procedimiento no debería requerir una demostración de suspensión general de pagos. Sin embargo, debería confiarse en tal demostración en caso de solicitud presentada por un acreedor. La ley debería prever también la transformación de un procedimiento de liquidación dando pie al inicio de un procedimiento de rehabilitación.”

108. Tal como se señaló en el párrafo 105, puede ser necesario adoptar disposiciones de salvaguardia para impedir que el deudor abuse del procedimiento de rehabilitación. El informe del BAD (2.5, pág. 15) propone que con ese fin se requiera una evaluación preliminar de si existen realmente perspectivas de rehabilitación. Si la conclusión de esa evaluación es negativa para el deudor, podría pasarse automáticamente al proceso de liquidación. La facultad para recomendar o solicitar esa transferencia podría ser ejercida por el administrador (que salvo la dirección, sería la parte con mayores probabilidades de conocer el negocio del deudor) o por el comité de acreedores, o podría conferirse al tribunal. Cabría eludir la supervisión judicial imponiendo límites temporales o dando mayor peso a los acreedores.

109. El informe del BAD (2.5, pág. 15; 2.12, pág. 21) propone provisionalmente lo siguiente:

“El régimen de insolvencia debería prever, en el marco del proceso de reorganización, una investigación independiente y un informe sobre los negocios y la posición financiera de la empresa. También debería

prever una evaluación independiente de toda propuesta de reorganización de la empresa. En caso de conclusión negativa de esa evaluación o de ulteriores evaluaciones, la empresa debería someterse automáticamente al proceso de liquidación.”

110. El informe del FMI (pág. 50) llega a la siguiente conclusión:

“A fin de asegurar que el deudor no abuse del procedimiento de rehabilitación, es indispensable que existan disposiciones que permitan transformar el procedimiento de rehabilitación en procedimiento de liquidación. Esas disposiciones deben prever un mecanismo que permita al tribunal efectuar ese cambio de procedimiento por iniciativa propia o por recomendación del administrador o de los acreedores, cuando se tenga certeza de que la rehabilitación es inviable o cuando se tengan pruebas de que el deudor actúa de mala fe. A fin de reforzar ese mecanismo de transformación del procedimiento, los países deberían estudiar también la posibilidad de especificar en la ley que en ningún caso los procedimientos de rehabilitación pueden superar un determinado plazo. Esos límites temporales pueden resultar de particular importancia en los países con un poder judicial de capacidad limitada.”

3. Consecuencias del inicio del procedimiento

111. Si bien el inicio del procedimiento de rehabilitación plantea cuestiones similares a las del procedimiento de liquidación en lo referente a la paralización de la capacidad de los acreedores para hacer valer sus recursos legales contra el deudor y al control de la masa por parte del deudor, los criterios seguidos en el procedimiento de rehabilitación son distintos.

a) La penalización

112. La razón por la que se limita la capacidad de los acreedores para hacer valer sus recursos legales en la liquidación es la necesidad de evitar el desmembramiento prematuro de los activos de deudor y de dar al liquidador la posibilidad de maximizar el valor de la masa de la quiebra. Este criterio es aún más importante en el caso de la rehabilitación, pues conviene asegurar que haya un deudor que pueda ser rehabilitado y ofrecer un incentivo a los deudores para alentarlos a emprender la rehabilitación lo antes posible. Al igual que en el procedimiento de liquidación se plantea la cuestión de si la penalización debe aplicarse a los acreedores garantizados y, de ser así, durante cuánto tiempo. Al igual que en la liquidación, en que la penalización se aplica a los acreedores garantizados, puede ser necesario adoptar medidas para preservar y proteger la garantía como, por ejemplo, permitir al acreedor solicitar compensación por la penalización o limitar la duración del procedimiento de rehabilitación.

b) Control del negocio del deudor

113. Mientras que en el procedimiento de liquidación el deudor suele perder el control del negocio y sus activos son transferidos al liquidador, no hay convergencia de criterios sobre la posibilidad de que ocurra lo mismo en el procedimiento de rehabilitación. Tal como señala el informe del FMI (pág. 47), “si el procedimiento de rehabilitación coincidiera con el procedimiento de liquidación en lo relativo al control de la empresa por parte del deudor, es evidente que no se daría al deudor ningún incentivo para recurrir voluntariamente al procedimiento de rehabilitación”. El grado de control que pueda mantener el deudor debe ponderarse en función de los beneficios a largo plazo para el negocio (dado que el deudor es la parte que probablemente mejor conoce el negocio) y de los efectos negativos, como la pérdida de confianza de los acreedores. Una de las posibilidades consiste en permitir que el deudor mantenga plenamente el control del negocio, sin nombrar a un administrador independiente. No obstante, como ya se ha dicho con respecto al inicio del procedimiento de rehabilitación (párr. 105), puede ser necesario prever salvaguardias para evitar que el deudor se sirva de la rehabilitación para

postergar lo inevitable y dejar que se disipen los activos de la empresa, minando así las posibilidades de rehabilitación y los intereses y la confianza de los acreedores.

114. A veces la solución de esta cuestión puede depender de si la rehabilitación es voluntaria o involuntaria. Una posibilidad consiste en establecer un acuerdo de distribución de funciones entre el deudor y el administrador en virtud del cual este último supervise las actividades de deudor y apruebe las operaciones importantes. A fin de asegurar que los límites impuestos al deudor puedan ser verificados por partes independientes y que éstas puedan saber cómo funcionará el procedimiento de rehabilitación, tal vez convenga definir claramente la división de poderes entre el deudor y el administrador para que no quede sujeta a la discrecionalidad del administrador.

115. El informe del BAD (2.7, pág. 17) propone provisionalmente lo siguiente:

“En caso de un auténtico intento de reorganización, [...] se sugiere que la dirección de la empresa siga en funciones pero bajo la supervisión general de un administrador independiente dotado de los poderes máximos. En segundo lugar, la paralización de las actuaciones y procedimientos contra los bienes de la empresa del deudor debería aplicarse a todos los acreedores (garantizados o de otra índole) durante un período razonable, pero a reserva de las solicitudes que presenten los acreedores afectados para que se les exima de la paralización.”

116. El informe del FMI (págs. 48 y 49) llega a las siguientes conclusiones:

“Es importante que el procedimiento de rehabilitación prevea una paralización de la capacidad de los acreedores para hacer ejecutar acciones legales contra los activos del deudor una vez iniciados los procedimientos de rehabilitación. La paralización debería tener un alcance al menos tan amplio como el requisito mínimo enunciado en los Procedimientos de Liquidación [...]. [...] la paralización debería ser aplicable también a los acreedores garantizados.

[...] es de crucial importancia la paralización de la capacidad de los acreedores garantizados para ejercer sus derechos contra la garantía durante todo el período del procedimiento. Sin embargo, no por ello es menos necesario proporcionar una protección adecuada a esos acreedores (incluida la exención de la paralización cuando no pueda darse esa protección) y, en ese contexto, este hecho constituye una razón más para limitar la duración del procedimiento.

Si se aparta totalmente al deudor de la gestión de la empresa, no se dará ningún incentivo a los deudores para que recurran pronto a procedimientos de rehabilitación, con lo cual pueden eliminarse las posibilidades de llevar a cabo con éxito la rehabilitación. Por otra parte, si se permite al deudor mantener plenamente el control de la empresa se crean una serie de riesgos, incluido el de que se disipen activos del deudor en detrimento de los acreedores. Por estas razones, es preferible que la ley prevea un arreglo en virtud del cual el deudor mantenga la gestión cotidiana de la empresa pero actúe bajo la estricta supervisión de un administrador independiente nombrado por un tribunal. No obstante, el tribunal debe estar facultado para destituir totalmente la administración del deudor cuando existan pruebas graves de mala gestión o de malversación de los activos.”

4. El procedimiento

a) Preparación y contenido del plan de rehabilitación

117. En algunas jurisdicciones, el plan para la rehabilitación del deudor es preparado por la propia dirección de la empresa del deudor; en otras, es preparado por un administrador independiente, aunque en colaboración con los directivos o propietarios de la empresa.

118. Lo que se pretende permitiendo al deudor preparar el plan es fomentar la utilización de los procedimientos de rehabilitación por parte de los deudores en dificultades financieras y, tal como señala el informe del FMI (pág. 51), aprovechar el conocimiento que tiene el deudor de la empresa y de las medidas que pueden ser necesarias para hacerla viable, incrementando así las probabilidades de llevar a cabo con éxito la rehabilitación. No obstante, para asegurar que el plan preparado por el deudor sea aceptado por los acreedores, puede ser necesario conferir al administrador algún tipo de poder de supervisión o evaluación de la preparación del plan. Un modo de maximizar la participación del deudor en la preparación del plan consistiría en prever un período inicial durante el cual el deudor tuviera el derecho exclusivo de proponer un plan. En caso de que el deudor no lo hiciera, podría corresponder tal derecho a los acreedores o al administrador (o a todos ellos). No obstante, convendría evitar situaciones en que varias partes presentaran distintos planes, ya que podrían crearse complicaciones innecesarias y podría demorarse el proceso de negociación. El modo en que se administre esta opción puede depender de si el plan requiere o no la aprobación de los acreedores y de si el tribunal puede dejar sin efecto esa aprobación.

119. También puede darse la oportunidad de opinar sobre el plan a terceros, como organismos gubernamentales y sindicatos.

120. El informe del FMI (pág. 50) llega a la siguiente conclusión:

“A fin de alentar a los deudores a utilizar los procedimientos de rehabilitación, la ley debería normalmente dar al deudor la oportunidad de preparar un plan. Esa oportunidad no debería ofrecerse exclusivamente al deudor. El administrador y/o los acreedores deberían también poder preparar un plan, posiblemente después de que concluyera el período inicial de “exclusividad”. A fin de incrementar la eficiencia y eficacia del proceso de negociación, es preferible que la ley limite la capacidad de las distintas partes para proponer sus respectivos planes al mismo tiempo.”

121. Al referirse al contenido del plan, el informe del FMI (pág. 52) señala que “casi todos los países han promulgado leyes en virtud de las cuales, en mayor o menor medida, el plan de rehabilitación debe revelar de forma adecuada y clara a todas las partes información sobre la situación financiera de la empresa y la transformación de los derechos legales que proponga el autor del plan”. Más allá de la declaración general de principios, el contenido del plan está estrechamente vinculado al proceso y al efecto de la aprobación, así como a la pertinencia de otras leyes. Si, por ejemplo, el derecho de sociedades prohibiera ciertos tratos, como la conversión de deuda en capital social, no podría aprobarse un plan de rehabilitación que previera tales conversiones a menos que se levantara la prohibición. La aplicación de otras leyes, como las relativas a la inversión extranjera, puede resultar más problemática. En el informe del FMI (pág. 53) se da el ejemplo de la limitación de la inversión extranjera directa, que puede influir en las probabilidades de rehabilitación si varios de los acreedores no son residentes. Del mismo modo, las dificultades financieras del deudor pueden dar a los inversionistas extranjeros la oportunidad de obtener un derecho de control, que por razones de política tal vez no resulte conveniente en ciertas circunstancias. Lo mismo cabe decir de las leyes laborales y las excepciones que puede haber que adoptar en caso de rehabilitación.

122. El informe del FMI (pág. 53) llega a la siguiente conclusión:

“Con respecto al contenido que pueda tener el plan, la ley de insolvencia debe normalmente imponer únicamente las limitaciones necesarias para proteger a los acreedores que puedan quedar vinculados por las cláusulas de un plan que perjudique sus derechos sin su consentimiento.”

b) Aprobación del plan

123. El informe del BAD (2.11, pág. 20) señala que, si bien un régimen de insolvencia es un proceso colectivo, no puede tratar por igual distintos intereses que compiten entre sí ni depender para su aplicación de la necesidad de unanimidad entre los distintos grupos de intereses. Así pues, la aprobación y el efecto de un plan de rehabilitación deberá regularse teniendo en cuenta, por un lado, si el proceso menoscaba los derechos de los acreedores sin su consentimiento y, por otro, los medios por los que pueda imponerse el plan pese a la opinión discrepante de una minoría de acreedores.

124. En la medida en que la ley prevea la protección de los acreedores garantizados y asegure que un plan aprobado no menoscabe el ejercicio de sus derechos, tal vez no resulte necesario que los acreedores garantizados voten sobre el plan. Sin embargo, ese enfoque puede mermar las perspectivas de éxito de la rehabilitación, especialmente cuando un activo garantizado sea de importancia clave para el éxito del plan. Como señala el informe del FMI (págs. 53 a 54), a menos que el acreedor garantizado esté vinculado por el plan o que el plan prevea la plena ejecución de los créditos del acreedor garantizado, el ejercicio de los derechos de ese acreedor puede imposibilitar la ejecución del plan.

125. Una de las soluciones del problema consiste en permitir que los acreedores garantizados y prioritarios voten por clases separadas sobre el plan cuando éste pueda influir negativamente en el valor de sus créditos o menoscabar gravemente su derecho a hacer valer la garantía. Si la mayoría de cada una de esas clases vota a favor del plan, todos los acreedores garantizados y prioritarios podrán quedar vinculados por él. Una medida que cabría adoptar para proteger a los acreedores garantizados o prioritarios que discrepen es disponer que perciban por lo menos la misma cantidad que percibirían en una liquidación. Para algunos acreedores garantizados y prioritarios, incluidos los empleados, el apoyo del plan puede significar la ponderación de una merma inmediata del valor de sus créditos frente al futuro de la entidad y sus perspectivas a largo plazo.

126. Puede recurrirse a varios mecanismos para regular la votación de los acreedores no garantizados en general. La primera medida consiste en fijar el tope mínimo de apoyo de los acreedores no garantizados en general que se requiera para vincular a esa clase de acreedores y determinar los medios para lograr ese tope. Sea cual sea la “mayoría” requerida para comprobar el apoyo del plan, la mayoría puede determinarse con el criterio de si los votos realmente emitidos (por oposición al número potencial de personas con derecho a votar) representan el porcentaje mayoritario del valor de la deuda, la mayoría del número de acreedores o una combinación de ambas cosas. Si bien la combinación de los requisitos puede dificultar el logro del apoyo necesario para la aprobación, puede haber circunstancias en que ese sistema permita obtener un resultado justo y equitativo entre los acreedores. Un ejemplo citado por el informe del FMI (pág. 54) es el caso en que un único acreedor representa la mayoría del valor de la deuda; en tal caso, esa regla le impediría imponer su apoyo del plan a todos los demás acreedores.

127. En algunas jurisdicciones, los acreedores no garantizados en general se dividen en clases. Esta división puede justificarse con el criterio de que los acreedores no garantizados pueden tener distintos intereses económicos y objetivos y exigencias diferentes en lo que respecta al plan de rehabilitación. Algunos acreedores pueden estar más interesados en las perspectivas a largo plazo de la empresa y estar dispuestos a aceptar una relación continua, mientras que a otros les puede interesar más cobrar las sumas de inmediato y no tener más tratos con la empresa. Otra justificación para crear clases de acreedores se refiere a la aprobación del plan y a los medios por los que puede utilizarse el apoyo de una clase para imponer el plan a otras clases.

128. Cuando se requiere que distintas clases de acreedores expresen su aprobación del plan mediante una votación, puede requerirse una regla que permita imponer el plan a los acreedores minoritarios que se opongan a él (disposición “cram-down”) pero que al mismo tiempo vele por la protección de los intereses de esos acreedores y el respeto de sus derechos de prelación. Las leyes que protegen los derechos de los acreedores a los que se impone el plan prevén también que no puede forzarse a la clase disidente de acreedores a aceptar una cantidad inferior al valor pleno de sus créditos si los acreedores con menor grado de prelación reciben alguna suma (“regla de prioridad absoluta”). El informe del FMI (pág. 56) señala que la creación de clases de acreedores y la aplicación de esas reglas complican la ley y su aplicación por parte del tribunal y del administrador. Esa complejidad puede justificarse cuando las estructuras institucionales están suficientemente desarrolladas para afrontarla, ya que puede mejorar las posibilidades de éxito de la rehabilitación. En otros casos, dado que el establecimiento de un sistema complejo de clases y de votación de los acreedores requiere el ejercicio de discrecionalidad para adoptar decisiones sobre el mecanismo de clasificación y votación, la carga impuesta a las estructuras institucionales puede de hecho minar el proceso de rehabilitación.

129. Cuando la forma empresarial, la estructura de capital o la composición de los accionistas de la entidad del deudor puedan verse afectadas por un plan, algunas leyes requieren la aprobación de los accionistas. Cuando el plan es propuesto por la dirección, es posible que los accionistas hayan dado ya su aprobación, especialmente si así lo disponen las reglas o estatutos de la entidad. El informe del FMI (pág. 56) indica que suele ocurrir así cuando el plan prevé conversiones de deuda en capital social, ya sea mediante la transferencia de acciones existentes o la emisión de nuevas acciones.

130. El informe del BAD (2.11, pág. 21) pone de relieve la necesidad de asegurar que, en cualquier sistema de votación, no se manipulen las atribuciones de voto y no se menoscaben ni perjudiquen los intereses de los auténticos acreedores al ejercer su derecho de voto personas relacionadas con la empresa (iniciados).

131. Los tribunales pueden tener ciertas competencias de aprobación y ejecución de un plan. Muchos países permiten a los tribunales ejecutar el plan en contra de los acreedores que hayan discrepado durante el proceso de aprobación; los tribunales pueden también estar facultados para rechazar un plan, pese a haber sido aprobado por la mayoría necesaria de acreedores, por estimar que no protege adecuadamente los intereses de los acreedores discrepantes o por tener constancia de que ha habido fraude en el proceso de aprobación, o porque no es viable. El informe del FMI (pág. 56) señala que el plan puede ser inviable, por ejemplo, si no vincula a los acreedores garantizados y no prevé la plena satisfacción de los créditos garantizados de esos acreedores. Así, el ejercicio de los derechos de esos acreedores garantizados imposibilitaría la ejecución del plan.

132. El informe del FMI (pág. 57) llega a las siguientes conclusiones:

- “a) Es importante que la ley prevea los medios para imponer un plan a la minoría de acreedores disidentes, al tiempo que establezca un mecanismo para proteger los intereses de esos acreedores en la medida en que se vean perjudicados. Como mínimo, un acreedor discrepante no debe quedar vinculado por un plan que no le conceda por lo menos la misma cantidad que habría percibido en caso de liquidación.
- b) A fin de incrementar las posibilidades de rehabilitación, cabe prever la posibilidad de que los acreedores garantizados y prioritarios puedan votar, pero sólo como clases separadas de acreedores, y de que el tribunal pueda dividir en clases a los acreedores no garantizados con distintos intereses económicos. Además, cabría facultar al tribunal para utilizar el apoyo de una clase de acreedores para que el plan fuera vinculante también para las otras clases. De adoptarse ese enfoque, habría que aplicar reglas como las de prioridad absoluta a fin de asegurar que las clases discrepantes de acreedores fueran tratadas con equidad en lo relativo al orden de prelación aplicable en la liquidación. La

aplicación de tal enfoque suele requerir el ejercicio de discrecionalidad por parte de la infraestructura institucional. Así pues, cuando la capacidad de la infraestructura institucional sea limitada, el establecimiento de clases y de disposiciones en detrimento de las minorías puede minar la confianza en la ley, por lo que es preciso estudiar atentamente su posible inclusión.

- c) Si el plan ha sido aprobado por la mayoría requerida de acreedores y recibe también el apoyo del administrador, se recomienda que la ley sólo faculte al tribunal para rechazar el plan en circunstancias limitadas, por ejemplo, cuando los acreedores discrepantes no hayan sido tratados equitativamente o cuando haya constancia de fraude en el proceso de votación.”

133. El informe del BAD (2.11, pág. 21) propone provisionalmente lo siguiente:

“La ley de insolvencia debe prever adecuadamente la participación de los acreedores en el proceso de liquidación o reorganización. En particular:

- a) La ley de insolvencia debe definir claramente los derechos de voto de los acreedores y debe describir los requisitos mínimos para la aprobación del plan de reorganización;
- b) Debe preverse la votación por clases de acreedores, particularmente de los acreedores garantizados, si en la propuesta de reorganización se requiere la vinculación de dichas clases;
- c) La ley debe asimismo prever medios de protección contra la manipulación del sistema de voto y, en particular, debe asegurar la competencia del tribunal o entidad judicial para desestimar los resultados de votaciones en que hayan participado iniciados o personas relacionadas con la empresa, sus accionistas o directivos; y
- d) El resultado de la votación de la mayoría requerida de una clase debe ser vinculante para todos los acreedores de esa clase.”

c) Poderes de revocación

134. Las cuestiones relativas a los costos y beneficios de los poderes de revocación tratadas en el marco del procedimiento de liquidación (párrafos 70 a 80 *supra*) son igualmente válidas para la rehabilitación. Una de las cuestiones que no se plantea en la liquidación es la revocación de las operaciones previas al inicio del procedimiento cuando el deudor mantiene el control de la entidad durante la rehabilitación. En tal situación, el deudor puede no estar dispuesto a solicitar la revocación de una operación por diversas razones, particularmente cuando haya habido un préstamo entre entidades conexas o el deudor tenga un conflicto de intereses. En esa situación, conviene que los acreedores puedan solicitar la revocación de la operación. Según el informe del FMI, esta razón justifica el nombramiento de un administrador, especialmente cuando existe la posibilidad de que se plantee tal situación.

135. El informe del FMI (pág. 59) llega a la siguiente conclusión:

“La existencia de disposiciones de revocación es un componente fundamental de los procedimientos de rehabilitación. La aplicación de esos procedimientos puede resultar más eficaz cuando se ha nombrado a un administrador independiente.”

136. La propuesta del informe del BAD figura en el párrafo 79 *supra*.

d) Tratamiento de los contratos

137. Las cuestiones relativas al tratamiento de los contratos examinadas en el contexto de la liquidación, especialmente cuando la empresa se vende como negocio en marcha, también se plantean en una rehabilitación. El informe del FMI (pág. 59) hace referencia a dificultades concretas en casos en que la ley de insolvencia no prevé la anulación de las cláusulas de resolución de contratos en caso de inicio de procedimientos de rehabilitación. Esta situación reviste especial importancia cuando se trata de un contrato crucial para la rehabilitación de la entidad, como puede ser un acuerdo de arrendamiento.

138. El informe del FMI (pág. 59) llega a la siguiente conclusión:

“Las opciones relativas a la amplitud de la facultad para intervenir en las cláusulas contractuales adquieren especial importancia en el contexto de los procedimientos de rehabilitación. Los poderes amplios para continuar o resolver contratos incrementarán notablemente las posibilidades de rehabilitación, pero algunos países pueden temer que se reduzca la previsibilidad si se utiliza ese poder de forma agresiva. Al igual que en la liquidación, si se confiere al administrador la facultad para anular las disposiciones por las que pueden resolverse contratos y/o si la ley no prevé la compensación de los créditos monetarios independientes, es importante que se hagan excepciones respecto de esas reglas para que se puedan vincular los contratos financieros.”

e) Financiación posterior al inicio del procedimiento

139. Mientras que en la liquidación puede plantearse la aportación continua de fondos para administrar una empresa durante un breve período antes de ser vendida como negocio en marcha, esta financiación es de importancia crucial cuando existe una verdadera posibilidad de rehabilitación de la empresa. Los regímenes de insolvencia regulan el problema dando al administrador la facultad para obtener fondos, con garantía o no, y en algunos casos a reserva de que los acreedores o los tribunales den su aprobación. Cuando la presentación de una garantía sobre bienes no gravados o de una garantía con segunda prioridad sobre bienes gravados no sea suficiente para obtener el crédito necesario, algunas leyes de insolvencia permiten al administrador conceder una “prioridad superior” (prioridad sobre todos los acreedores) o una “prioridad administrativa superior” (prioridad sobre otros acreedores administrativos).

140. El informe del BAD (2.7, pág. 17) propone provisionalmente lo siguiente:

“[...] la legislación debería sancionar y prever una “prioridad superior” (por delante de todos los acreedores) para la financiación de las actividades necesarias y urgentes de la empresa del deudor.”

141. El informe del FMI (pág. 60) llega a la siguiente conclusión:

“Dada la importancia de nueva financiación para una empresa durante la rehabilitación, es importante que la ley dote al administrador de poderes suficientes para obtener esa financiación. Entre esos poderes debería haber la facultad de conceder a un acreedor posterior a la solicitud prioridad administrativa o un derecho real sobre activos no gravados. Cuando sea necesario, debe preverse también la posibilidad de conceder a un acreedor prioridad sobre otros acreedores administrativos. En cambio, no se recomienda que se permita dar prioridad respecto de acreedores garantizados, ya que se corre el riesgo de minar gravemente el valor de la garantía.”

f) Preparación y negociación previa de la rehabilitación

142. Estas técnicas permiten la negociación y votación del plan antes de que se inicie el procedimiento de rehabilitación, e inmediatamente después de iniciarse el procedimiento se solicita la aprobación judicial. Otra posibilidad consiste en negociar el plan antes de iniciar el procedimiento, o votando formalmente al respecto una vez en marcha el procedimiento. El informe del FMI (pág. 61) describe algunas de las ventajas de esos procedimientos. Concretamente, se combinan los beneficios y eficiencias de un proceso informal con la capacidad para imponer un plan a los acreedores discrepantes, una ventaja importante del proceso formal de rehabilitación. Asimismo, se ofrece certeza al deudor con respecto al control de la empresa y reducen al mínimo la perturbación del negocio. Cuando la infraestructura institucional es limitada, resulta beneficioso abreviar la parte formal del procedimiento. Sin embargo, conviene señalar que el deudor no estará protegido de las acciones de los acreedores durante las negociaciones con esos acreedores.

143. El informe del FMI (pág. 61) llega a la siguiente conclusión:

“A fin de incrementar la eficiencia del proceso de rehabilitación, la ley debería permitir la aprobación por parte del tribunal de los planes de rehabilitación votados (o por lo menos negociados) antes de iniciarse el proceso de rehabilitación.”

E. Participación de los acreedores

144. Tanto el informe del BAD (2.11, págs. 20 y 21) como el del FMI (pág. 62) subrayan la importancia de la participación activa de los acreedores en la adopción de decisiones sobre aspectos cruciales del proceso de insolvencia. Si bien su participación en el proceso de liquidación será por lo general más limitada que en el de rehabilitación, los acreedores en el proceso de liquidación tienen, sin embargo, la facultad para destituir al liquidador, aprobar la continuación temporal del negocio a cargo del liquidador y aprobar la venta privada de los activos de la masa de la quiebra. Habida cuenta de esta participación, es preciso mantener informados a los acreedores sobre la evolución de la liquidación.

145. En los procedimientos de rehabilitación, los acreedores tendrían generalmente la facultad para destituir al administrador, proponer y aprobar un plan de rehabilitación y solicitar o recomendar medidas judiciales, como la transformación de la rehabilitación en liquidación. A fin de facilitar la participación de los acreedores en el proceso, puede crearse un comité de acreedores que represente los intereses de las distintas clases de acreedores y actúe en su nombre. Aunque sólo desempeñe funciones de asesoramiento, el comité puede facilitar el proceso decisorio formulando recomendaciones al tribunal y a los acreedores sobre cuestiones cruciales. El comité puede también constituir un foro en el que se diriman las diferencias entre acreedores y servir de vehículo de transmisión de información a los acreedores.

146. El informe del BAD (pág. 21) propone provisionalmente que la ley de insolvencia prevea adecuadamente la participación de los acreedores en el proceso de liquidación o reorganización.

147. El informe del FMI (pág. 63) llega a la siguiente conclusión:

“La ley debe permitir a los acreedores desempeñar un papel activo en los procedimientos de insolvencia. Para ello, debe prever la formación de un comité de acreedores cuyo costo sea un gasto administrativo.”

F. Liquidadores y administradores

148. El informe del FMI (págs. 63 a 65) especifica una serie de cuestiones respecto de las calificaciones, el nombramiento, la destitución, la remuneración y la responsabilidad de los liquidadores y administradores que deben tomarse en consideración en las leyes de insolvencia. Como funcionarios nombrados por un tribunal, tanto

el liquidador como el administrador tienen la obligación de asegurar que la ley sea aplicada con eficacia e imparcialidad y deberán colaborar con los tribunales en relación con las diversas cuestiones que puedan plantearse durante los procedimientos.

149. Dada la posible complejidad de los procedimientos de liquidación y de rehabilitación, las personas designadas para ejercer esos cargos deberán disponer de suficiente experiencia en cuestiones comerciales y financieras y conocer la ley. Los servicios de asesoramiento especializado que puedan requerirse para facilitar los procesos podrán obtenerse contratando a especialistas. Deberán tenerse en cuenta los criterios y modalidades de nombramiento, por ejemplo, su selección de entre los nombres que figuren en una lista de especialistas adecuados, y se estudiará si el nombramiento debe ser realizado por el tribunal.

150. En cuanto a la destitución, ambas personas podrían ser destituidas en virtud de una decisión adoptada por la mayoría de los acreedores no garantizados, o por el tribunal, ya sea por iniciativa propia o a petición de alguna parte interesada. En el caso de la destitución por los acreedores, conviene examinar si debe haber motivos para ello y, de no ser así, si debe imponerse algún plazo para la destitución sin justificación.

151. Sea cual sea la base elegida para la remuneración de los liquidadores y administradores, pueden evitarse las disputas con los acreedores adoptando un método transparente que evite la discrecionalidad exclusiva de los tribunales y explicándolo a los acreedores al principio del procedimiento.

152. La responsabilidad del liquidador o del administrador es otra cuestión que conviene examinar. Cuando sean nombrados por el tribunal, tendrán un deber de diligencia para con todas las partes interesadas y deberán responder de todo incumplimiento de ese deber. Al determinar el alcance de ese deber de diligencia de los liquidadores y administradores, deberá tenerse en cuenta la posible dificultad que entrañen sus obligaciones, la necesidad de atraer a profesionales cualificados y los medios por los que pueda reducirse esa responsabilidad, por ejemplo, obteniendo la aprobación de los acreedores antes de adoptar decisiones clave.

153. En el informe del FMI (pág. 65) figuran al respecto las siguientes conclusiones:

- “a) Dado el papel central que desempeñan el liquidador y el administrador en los procedimientos de insolvencia, es importante que tengan conocimientos adecuados de la ley y suficiente experiencia en cuestiones comerciales y financieras. Para que las personas que desempeñen esos cargos tengan la integridad y la competencia adecuadas, tal vez conviene que los países instauren algún tipo de sistema autorregulado de licencias.
- b) El tribunal debería tener competencia para nombrar al liquidador o administrador. La ley debería determinar las condiciones en las que éstos pudieran ser destituidos de sus cargos por el tribunal o por una mayoría de acreedores con créditos no garantizados.
- c) Si bien cabe utilizar diversos métodos para determinar la remuneración de un liquidador o administrador, es importante que el método elegido sea transparente y que los acreedores tengan conocimiento de ese método desde el principio del procedimiento.
- d) Como funcionarios nombrados por un tribunal, los liquidadores y administradores tienen la obligación de asegurar que la ley sea aplicada con eficacia e imparcialidad. Por consiguiente, tienen un deber de diligencia para con todas las partes interesadas y deberían responder personalmente ante ellas de todo incumplimiento de ese deber. En general, el deber de diligencia sólo debe considerarse incumplido en casos de negligencia.”

G. El tribunal

154. El informe del BAD (2.8, pág. 18) y el informe del FMI (pág. 66) abordan cuestiones de administración en los procedimientos de liquidación y rehabilitación que se refieren a la función supervisora del tribunal. El informe del BAD (2.8, pág. 18) señala que la ley de insolvencia requiere una administración y supervisión adecuadas que funcionen con eficacia tanto con respecto al inicio del proceso como en ulteriores etapas que transcurran sin tropiezos. Se indica que “según la experiencia de la mayoría de las jurisdicciones, suele requerirse a un tribunal especializado o a otro órgano administrativo (o sin duda a jueces o funcionarios con experiencia) que se encarguen del procesamiento inicial de casos de insolvencia y posteriormente asuman una función general de supervisión para asegurar que la administración siga su curso y que no se cometan abusos contra el sistema”. El informe del FMI (pág. 66) señala también que las leyes de insolvencia sólo serán eficaces si el poder judicial tiene suficiente capacidad para aplicarlas, con lo cual se pone de relieve la importancia de la relación entre la capacidad del poder judicial y la elaboración de una ley de insolvencia.

155. El informe del BAD (2.8, pág. 18) propone provisionalmente lo siguiente:

“La legislación de insolvencia debería prever plazos breves y estrictos para el procesamiento inicial de una empresa insolvente. El tribunal u otro sistema judicial debe estar dotado de los recursos necesarios para llevar a cabo el proceso.

A más largo plazo, la administración de una empresa insolvente en fase de liquidación puede correr a cargo de un organismo gubernamental especial, pero cabe prever que los casos más difíciles y complejos de liquidación sean administrados por un administrador independiente especializado en cuestiones de insolvencia. El organismo gubernamental debe disponer de los recursos adecuados para desempeñar sus funciones con eficiencia.

Los casos de reorganización deben ser administrados por un administrador independiente especializado.

Todos los casos de liquidación o reorganización deben estar sujetos a la supervisión de una entidad judicial o tribunal apropiado.”

156. El informe del FMI (pág. 67) llega a las siguientes conclusiones:

a) A fin de asegurar que la ley de insolvencia sea aplicada con previsibilidad, la ley debería contener indicaciones adecuadas sobre el modo en que el tribunal debe ejercer su discrecionalidad, particularmente cuando su decisión se refiera a una evaluación de cuestiones económicas y comerciales.

b) Dado que el procedimiento de insolvencia genera un proceso dinámico, es importante establecer procedimientos que permitan celebrar las audiencias con rapidez, tras lo cual se adopten sin demora las decisiones, incluidas las de apelación. Durante el período de apelación, las sentencias del tribunal de inferior instancia debería seguir siendo vinculantes.

c) Dada la necesidad de asegurar la eficiencia y el debido ejercicio de la discrecionalidad, tal vez convenga que los países establezcan tribunales especializados que podrían ser tribunales de quiebra o comerciales. Independientemente de si se adopta o no un sistema de tribunales especializados, es importante que los jueces dispongan de la formación y experiencia adecuadas en cuestiones comerciales y financieras.”

H. Procedimientos oficiosos de insolvencia

157. Durante el último decenio, varios países han formulado procedimientos oficiosos de insolvencia que, con respecto a los procedimientos formales, representan variantes que ofrecen un mayor grado de flexibilidad y una respuesta más anticipada de los acreedores que en el caso de los regímenes oficiales de insolvencia. El informe del BAD (págs. 25 a 27) describe las condiciones necesarias para los procedimientos oficiosos, así como los principales procesos y problemas prácticos. Asimismo, señala en la página 63 que, dado que la cultura comercial de muchos de los países estudiados para el informe promueve la resolución amigable de las disputas, puede haber una base relativamente firme con la que fomentar y construir los elementos necesarios para estructurar una solución informal negociada de los problemas de los deudores insolventes o con problemas financieros.

158. El informe del BAD (pág. 24) pone de relieve alguna de las premisas iniciales bien definidas que se requieren para que los procesos oficiosos sean eficaces. Estas premisas son las siguientes: deudas importantes reclamadas por varios acreedores, generalmente bancos u otras instituciones financieras; preferencia por la negociación de un acuerdo para las dificultades financieras del deudor; posibilidad de una refinanciación relativamente compleja, garantías y otras técnicas comerciales que pueden utilizarse para reorganizar o reestructurar las deudas; sanción de recurso a la ley de insolvencia si el proceso oficioso fracasa; y perspectiva para todos de obtener con la negociación un mayor beneficio que en los procesos oficiales.

159. El proceso de resolución oficioso consta de varias etapas: creación de un foro en que el deudor y los acreedores puedan tantear y negociar un acuerdo para hacer frente a las dificultades financieras del deudor; nombramiento de un banco acreedor "principal" encargado de organizar y administrar el proceso; establecimiento de un comité "directivo" de acreedores; acuerdo para suspender las acciones adversas de los acreedores y del deudor equiparable a la suspensión de acciones y actuaciones en los procedimientos oficiales; y suministro de información sobre la situación del deudor, incluidas sus actividades, su posición comercial actual y otros datos.

160. El informe del BAD (págs. 25 a 27) plantea una serie de cuestiones que tal vez convenga resolver al formular un proceso oficioso. Estas cuestiones son la determinación de la parte que puede iniciar el proceso y los instrumentos que pueden utilizarse para llevar adelante el proceso; el grado de participación de expertos y asesores independientes en el proceso; los medios para resolver las diferencias entre acreedores, particularmente con respecto a los derechos de prelación; el trato de los acreedores discrepantes y de los acreedores que no sea posible asociar activamente al proceso por lo numerosos que son; el suministro continuo de fondos a la entidad deudora y la determinación de prioridades para asegurar esa financiación.

IV. FORMA DE LA POSIBLE LABOR FUTURA

161. En caso de que el Grupo de Trabajo estime conveniente y viable que la Comisión prosiga su labor sobre todas las cuestiones mencionadas o algunas de ellas, el Grupo de Trabajo podría también estudiar cuál sería, en el panorama actual de actividades, el producto apropiado, es decir, una ley modelo, disposiciones modelo, un conjunto de principios u otro tipo de texto. En los párrafos que figuran a continuación se examinan algunas de las consideraciones que plantean estos distintos tipos de textos, incluidas las posibilidades que tienen cada uno de ellos de contribuir al objetivo de promover un marco armonizado para regímenes nacionales eficaces en materia de insolvencia empresarial.

A. Ley modelo o disposiciones modelo

162. La ley modelo es un texto legislativo que se recomienda a los Estados para que lo incorporen a su derecho interno. Al incorporar la ley modelo a su ordenamiento jurídico, el Estado puede adaptar el texto de la ley a sus

necesidades y, si conviene, modificar u omitir algunas de sus disposiciones. Es precisamente esta flexibilidad lo que, en varios casos, puede dar a una ley modelo mayor aceptabilidad que a una convención sobre la misma temática. Pero, a pesar de la flexibilidad de una ley modelo, cabe la posibilidad de invitar a los Estados (por ejemplo, mediante una resolución de la Asamblea General) a modificar lo menos posible la ley modelo al incorporarla a sus ordenamientos jurídicos, para así incrementar las posibilidades de lograr un grado satisfactorio de unificación y dar certeza sobre el grado de unificación.

163. La ley modelo es un instrumento apropiado para la modernización y unificación de las leyes nacionales cuando se cuenta con que los Estados desearán o deberán reajustar el texto uniforme para adaptarlo a las condiciones del país, que varían de un ordenamiento a otro, o cuando no se requiera una uniformidad absoluta. Por ejemplo al unificar el derecho procesal, el texto uniforme puede requerir, a causa de las diferentes estructuras del sistema judicial o de las distintas tradiciones procesales, diversas modificaciones antes de que el Estado pueda promulgar el instrumento como parte de su ordenamiento jurídico. También sería apropiado adoptar una ley modelo cuando la finalidad del texto uniforme fuera, por un lado, establecer una pauta de derecho moderno en un ámbito en que los ordenamientos jurídicos fueran muy divergentes, no estuvieran desarrollados o estuvieran anticuados y, por otro, impulsar la unificación. Otra posible ventaja de la ley modelo es que resulta más fácil de negociar que un instrumento que contiene obligaciones inalterables.

164. En las recientes leyes modelo realizadas por la CNUDMI se ha adjuntado una guía para la incorporación al derecho interno, mientras que en las anteriores figuraba una nota explicativa. El propósito de la guía para la incorporación al derecho interno o de la nota explicativa es ofrecer información de fondo y explicaciones sobre el texto que puedan ayudar a los gobiernos y a los legisladores a utilizar el texto. La guía puede incluir, por ejemplo, información que ayude a los Estados a determinar si eventualmente debe modificarse alguna disposición de la ley modelo para tener en cuenta circunstancias nacionales particulares, así como información sobre las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre las posibles opciones y otras consideraciones. Además, en la guía pueden figurar cuestiones no tratadas en el texto de la ley modelo con explicaciones y orientaciones para los Estados que promulguen la ley modelo.

165. En la categoría de leyes modelo preparadas por la CNUDMI, dos textos, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional y la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, ilustran la flexibilidad de la forma. La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, que podría describirse como instrumento de procedimiento, contiene una serie concreta de artículos interdependientes. Se recomienda que, al adoptar la ley modelo, se hagan mínimas enmiendas o modificaciones. Se observa que muy raras veces los países se han apartado de la ley modelo al adoptar legislación para su incorporación al derecho interno, lo cual permite deducir que ha tenido una amplia aceptación como texto modelo coherente.

166. La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, por otra parte, es un texto más conceptual. La legislación por la que se adopta o se propone promulgar la Ley Modelo refleja ampliamente los principios del texto, pero puede apartarse de él no sólo en la redacción sino también en la combinación de disposiciones adoptadas o cuya adopción se propone. Como tal, y si es apropiado hacer una distinción entre ley modelo y disposiciones modelo, tal vez pueda considerarse que la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico establece un conjunto de principios modelo redactados en forma de disposiciones legislativas para facilitar su examen por parte de los legisladores y contribuir a la elaboración de leyes. Esos principios no forman necesariamente un conjunto separado de normas del mismo modo que la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, pero se refieren a una serie de reglas existentes que pueden estar difundidas en diversas partes de distintas leyes nacionales de un Estado promulgante representativo. Así pues, el Estado promulgante tal vez no incorpore necesariamente la totalidad del texto a una ley independiente, pero puede introducir disposiciones apropiadas en su legislación. No obstante, la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico sí aborda las cuestiones jurídicas relativas al establecimiento de un marco jurídico fundamental para el comercio electrónico, y si bien las disposiciones modelo no pretenden

regular todas las cuestiones jurídicas referentes al comercio electrónico, sí ofrecen en cambio un conjunto de principios internacionalmente negociados que pueden orientar a los legisladores al estudiar y abordar las cuestiones tratadas.

B. Principios legislativos o recomendaciones

167. No siempre es posible redactar adecuadamente disposiciones uniformes específicas, como una convención o una ley modelo, para su incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales. Ello puede deberse, por ejemplo, a que los ordenamientos jurídicos nacionales utilizan técnicas y enfoques legislativos muy distintos para resolver una determinada cuestión, o a que los Estados aún no están dispuestos a concertar un enfoque o una regla común. Otra de las razones puede ser que no todos los Estados consideran suficientemente urgente dar una solución uniforme a una particular cuestión.

168. En tal caso, puede convenir no tratar de elaborar un texto en forma de ley modelo sino limitarse a formular un conjunto de principios o de recomendaciones legislativas. La finalidad de esos principios o recomendaciones legislativas sería ayudar a los gobiernos y a los órganos legislativos a examinar la idoneidad de las leyes, las reglamentaciones, los decretos y los textos legislativos similares en un determinado ámbito. A fin de promover el objetivo de armonización y de ofrecer un modelo legislativo, convendría que los principios o las recomendaciones no se limitaran a enunciar objetivos generales. Los principios o recomendaciones se referirían a una serie de cuestiones reguladas con frecuencia en las leyes y reglamentaciones nacionales e indicarían la conveniencia de tratar esas cuestiones en la legislación. El texto ofrecería una serie de posibles soluciones legislativas para ciertas cuestiones, pero no necesariamente un único conjunto de soluciones modelo para las cuestiones tratadas. Puede convenir agregar variantes, que dependan de las consideraciones de política pertinentes. El texto ayudaría al lector a evaluar los distintos enfoques posibles y a elegir el más apropiado en el contexto nacional.

* * *