



Asamblea General

Distr. limitada
30 de octubre de 2001

Español
Original: Inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
25º período de sesiones
Viena, 3 a 14 de diciembre de 2001

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Informe del Secretario General

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Observaciones generales	1 - 9	3
Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia	10 - 57	4
Introducción	10 - 15	4
1. Estructura y alcance de la Guía	10 - 12	4
2. Terminología utilizada en la Guía y función de las definiciones	13 - 14	5
3. Definiciones		6
Primera parte. Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente.....	15 - 22	11
1. Maximizar el valor de los bienes.....	15	11
2. Hallar el punto de equilibrio entre la liquidación y la reorganización	16	11
3. Tratar equitativamente a acreedores en circunstancias similares	17	11
4. Garantizar la apertura del procedimiento y la solución de las insolvencias en forma oportuna, eficiente e imparcial.....	18	11
5. Impedir que los acreedores desmiembren prematuramente los activos del deudor	19	12
6. Proporcionar un procedimiento previsible y transparente que contenga incentivos para reunir y suministrar información	20	12
7. Reconocer los derechos existentes del acreedor y respetar las demandas prioritarias con un proceso previsible.....	20	12
8. Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza.....	22	12

Segunda parte. Disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia.....	23 - 57	13
I. Introducción a los procedimientos de insolvencia.....	23 - 57	13
A. Características generales de un régimen de insolvencia.....	23 - 25	13
B. Tipos de procedimientos de insolvencia.....	26 - 49	14
1. Liquidación.....	29 - 32	15
2. Reorganización.....	33 - 49	16
C. Relación entre los procedimientos de liquidación y reorganización.....	50 - 57	22

[Las partes segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta del proyecto de guía legislativa figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.58.]

Observaciones generales

1. En su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión examinó una propuesta de Australia (A/CN.9/462/Add.1) sobre la posible labor futura en materia de derecho de insolvencia, en la que se recomendaba que, en vista de su composición universal, el éxito de su labor anterior en materia de insolvencia transfronteriza y las relaciones de trabajo que había establecido con organizaciones internacionales especializadas e interesadas en el derecho de insolvencia, la Comisión era un foro apropiado para debatir esas cuestiones. En la propuesta se instaba a la Comisión a que estudiara la posibilidad de encomendar a un grupo de trabajo la elaboración de una ley modelo sobre la insolvencia de las empresas, a fin de fomentar y alentar la adopción de regímenes nacionales eficaces aplicables a las empresas insolventes.
2. En la Comisión se reconoció cuán importante era para todos los países disponer de sólidos regímenes de la insolvencia. Se expresó la opinión de que el tipo de régimen de la insolvencia adoptado por un país se había convertido en factor decisivo a la hora de evaluar a nivel internacional las posibilidades de crédito en un país. Sin embargo, se expresó preocupación por las dificultades que planteaba la elaboración de un régimen internacional de la insolvencia, a causa de los conflictos entre opciones sociopolíticas delicadas y potencialmente divergentes que entrañaba. Ante esas dificultades, se temía que la labor no pudiera culminar con éxito. Se dijo que con toda probabilidad no sería factible elaborar una ley modelo de aceptación universal y que en toda labor debía adoptarse un criterio flexible para dejar margen a los Estados en la elección de opciones y en sus decisiones. Si bien la Comisión apoyó ese criterio de flexibilidad, se convino en general en que la Comisión no podía comprometerse definitivamente a establecer un grupo de trabajo para elaborar una legislación modelo u otro tipo de texto sin antes estudiar la labor ya emprendida por otras organizaciones y sin haber examinado las cuestiones pertinentes.
3. Con objeto de facilitar ese estudio, la Comisión decidió convocar un período de sesiones de tanteo en que un grupo de trabajo prepararía una propuesta de viabilidad que se sometería al examen de la Comisión en su 33º período de sesiones. Ese período de sesiones del Grupo de Trabajo se celebró en Viena del 6 al 17 de diciembre de 1999.
4. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tomó nota de la recomendación que había hecho el Grupo de Trabajo en su informe (A/CN.9/469, párr. 140) y encomendó al Grupo la preparación de una descripción general de los objetivos fundamentales y de las características esenciales de un sólido régimen en materia de insolvencia que regulara las relaciones jurídicas entre deudores y acreedores y la reestructuración de empresas insolventes por vía extrajudicial, así como una guía legislativa con soluciones flexibles para lograr esos objetivos y características, incluido un examen de otras posibles soluciones y sus correspondientes ventajas e inconvenientes.
5. Se convino en que, al realizar esta tarea, el Grupo de Trabajo habría de tener presente la labor en curso o ya realizada de otras organizaciones, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Asiático de Desarrollo (BAsD), la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL) y el Comité J de la Sección de Derecho Mercantil de la Asociación Internacional de Abogados (AIA). A fin de conocer las opiniones y de beneficiarse de los conocimientos de esas organizaciones, la Secretaría, en colaboración con la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia y la Asociación

Internacional de Abogados, organizó en Viena, del 4 al 6 de diciembre de 2000, el Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI-INSOL-Asociación Internacional de Abogados.

6. En su 34° período de sesiones, celebrado en el año 2001, la Comisión tuvo ante sí el informe del Coloquio (A/CN.9/495)

7. La Comisión tomó nota del informe con satisfacción y encomió la labor realizada hasta la fecha, particularmente en lo que respecta a la celebración del Coloquio Mundial sobre la Insolvencia y los esfuerzos de coordinación con la labor realizada por otras organizaciones internacionales en cuestiones de derecho de insolvencia. La Comisión examinó las recomendaciones del Coloquio, especialmente las relacionadas con la forma que podía revestir la labor futura y la interpretación del mandato encomendado al Grupo de Trabajo por la Comisión en su 33° período de sesiones. La Comisión confirmó que el mandato encomendado al Grupo de Trabajo en el 33° período de sesiones de la Comisión debía interpretarse de manera amplia para garantizar que el texto elaborado, que había de redactarse en forma de guía legislativa, tuviera la flexibilidad adecuada. A fin de evitar que la guía legislativa fuera demasiado general y abstracta, para dar a los legisladores la orientación necesaria, la Comisión sugirió que el Grupo de Trabajo tuviera en cuenta la necesidad de elaborar un texto lo más concreto posible. Para ello, debían prepararse, en la medida de lo posible, disposiciones legislativas modelo, incluso si sólo abarcaban algunas de las cuestiones que debía tratar la guía.

8. El Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia, en su 24° período de sesiones celebrado en Nueva York del 23 de julio al 3 de agosto de 2001, comenzó a ocuparse del tema examinando el primer proyecto de guía sobre el régimen de la insolvencia. El informe sobre ese período de sesiones figura en el documento A/CN.9/504.

9. El presente informe enuncia la Introducción, Definiciones, Primera parte: “*Objetivos fundamentales*”, y Segunda parte: “*Disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia*”, sección I del Proyecto de Guía Legislativa sobre el régimen de la insolvencia. Las secciones II-VI de la Segunda parte: “*Disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia*” figuran en el documento A/CN:9/WG.V/WP.58.

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Introducción

1. Estructura y alcance de la Guía

10. El propósito de la presente Guía es ayudar a elaborar marcos jurídicos eficaces y eficientes en materia de insolvencia. El asesoramiento que se presta en la Guía tiene por objeto establecer un equilibrio, por una parte, entre las disposiciones necesarias para promover la pronta utilización de un régimen de insolvencia y las posibilidades de acceso a éste a fin de obtener la máxima utilidad de los activos tangibles e intangibles de una empresa de manera justa y equilibrada para los interesados y evitar la desvalorización provocada por la demora, y por la otra, las diversas cuestiones de interés público.

11. La presente nota y el documento A/CN.9/WG.V/WP.58 enuncian el texto del Proyecto de Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia. La presente nota contiene la Introducción, una nota sobre terminología, las definiciones, los objetivos fundamentales y la segunda parte, sección I: *Introducción a los procedimientos de insolvencia*. La segunda parte, secciones II-VI, que se enuncian en el documento A/CN.9/WG.V/WP.58 tratan de las disposiciones sustantivas fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de insolvencia. Cada una de las esferas del tema se divide en dos secciones. La primera sección ofrece una introducción analítica de las cuestiones planteadas por cada esfera fundamental del tema respecto de los procedimientos de liquidación y de reorganización y examina cuestiones normativas y enfoques comparativos. La segunda sección proporciona un resumen de los objetivos de las disposiciones legislativas respecto de cada esfera fundamental del tema y recomendaciones en cuanto a los enfoques que se pueden seguir. Se tiene la intención de que esta segunda sección contenga también disposiciones legislativas que indiquen de qué forma se pueden poner en práctica las recomendaciones.

12. La Guía no aborda cuestiones relativas a los aspectos transfronterizos del régimen de la insolvencia, como el trato de los acreedores extranjeros. Esas cuestiones se examinan en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, por lo que se recomienda tener en cuenta ese texto además de la presente Guía. La Guía no tiene por objeto modificar ni enmendar en absoluto ninguna de las disposiciones de la Ley Modelo.

2. Terminología utilizada en la Guía y función de las definiciones

13. El único propósito de las siguientes definiciones es proporcionar orientación al lector de la Guía. Muchos términos, como "acreedor garantizado", "liquidación" y "reorganización", pueden tener significados sustancialmente diferentes en distintas jurisdicciones, razón por la cual incluir las definiciones correspondientes en la Guía puede coadyuvar a que los conceptos que en ella figuran sean comprensibles para todos. Los términos incluidos en el proyecto de Guía no han sido examinados todavía por el Grupo de Trabajo y contienen diversas alternativas posibles que aparecen entre corchetes.

Referencias de la Guía al "tribunal"

14. En el proyecto de Guía se parte del supuesto de que se cuenta con supervisión judicial a lo largo de todo el procedimiento de insolvencia, lo que podría comprender la facultad de abrir el procedimiento de insolvencia, nombrar al representante de la insolvencia, supervisar sus actividades y adoptar decisiones en el curso del procedimiento. Si bien esa intervención puede ser apropiada como principio general, se pueden considerar otras opciones, por ejemplo, cuando los tribunales no están en condiciones de realizar la labor relativa a la insolvencia (sea por motivos de falta de recursos, sea por falta de la experiencia necesaria) o cuando se prefiere que la supervisión esté a cargo de un organismo administrativo. En aras de la sencillez el proyecto de Guía utiliza la palabra "tribunal" de la misma forma que se utiliza en el artículo 2 e) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza para referirse a una autoridad judicial o a otra autoridad competente para controlar y supervisar un procedimiento de insolvencia.

3. Definiciones

Acción de anulación	una acción que permite que las operaciones se cancelen o se dejen sin efecto de otra manera. Se podrían evitar así, por ejemplo, operaciones a) entre un deudor y un acreedor que tengan por objeto crear una preferencia en favor de ese acreedor en perjuicio del conjunto de los acreedores [salvo que se lleven a cabo en el curso normal de las operaciones comerciales], que hayan tenido lugar [dentro de un plazo determinado] antes de la apertura del procedimiento, o b) en virtud de las cuales los activos del deudor se hayan transferido por un valor injusto, o c) en virtud de las cuales los activos del deudor se hayan transferido de manera fraudulenta
Acreedor garantizado	un acreedor amparado por una garantía real que abarca todos o una parte de los bienes del deudor o por una garantía real sobre un bien determinado que le otorga prelación frente a otros acreedores con respecto a los bienes gravados
Acreedor posterior a la apertura del procedimiento	un acreedor cuyo crédito ha nacido después de abrirse el procedimiento de insolvencia
Apertura del procedimiento	[la fecha a partir de la cual rigen los efectos de la insolvencia] o [la fecha a partir de la cual entra en vigor la decisión judicial, definitiva o no, de abrir el procedimiento de insolvencia]
Centro de principales intereses	el lugar en que el deudor administra sus negocios habitualmente, verificable como tal por terceros
Compensación	equiparación de un crédito relativo a una suma adeudada a una persona con un crédito perteneciente a la otra parte, relativo a una suma adeudada por la primera persona. Puede invocarse como excepción total o parcial frente a la reclamación de una suma
Compensación global por saldos netos	puede consistir en la compensación (véase 'compensación') de bienes fungibles no monetarios (como valores o productos de entrega inmediata, lo que se conoce como ajuste de cuentas) o, en su forma más importante, en la cancelación por una parte de contratos en curso con el insolvente seguida de la compensación de pérdidas y ganancias en cualquiera de los dos sentidos (compensación por liquidación)
Concordato	[en el contexto de una reorganización,] un acuerdo entre el deudor y [la mayoría de] los acreedores por el cual estos últimos acuerdan con el deudor o entre ellos mismos aceptar del deudor el pago de menos que la cantidad que

	se les debía para la plena liquidación de sus demandas o una reducción o aplazamiento de las deudas o la redefinición de las condiciones de pago
Contratos pendientes	contratos en curso [y que no se han ejecutado o que no se han ejecutado plenamente] en la fecha de apertura del procedimiento
Crédito	un derecho exigible a reclamar dinero o bienes
Crédito garantizado	un crédito respaldado por una garantía real constituida en garantía de una deuda que se puede reclamar en caso de que el deudor no pague la deuda a su vencimiento
Créditos preferentes	pagos u otras transacciones hechas por una entidad insolvente que colocan al acreedor en una posición mejor de la que hubiera tenido si no se hubieran hecho dichos pagos o dichas transacciones
Decisión de insolvencia	decisión del tribunal de abrir un procedimiento de insolvencia [y de nombrar a un representante de la insolvencia] (véase también Apertura del procedimiento)
Demanda preferencial	véase Demanda prioritaria
Demanda prioritaria	Demanda que se abonará con cargo a los bienes disponibles antes de pagar a los deudores generales no garantizados
Deuda garantizada	[cuantía global de los créditos garantizados] o [créditos pertenecientes a los acreedores garantizados]
Deuda no garantizada	la cuantía global de los créditos que no están respaldados por una garantía real
Deudor	persona o entidad que participa en una empresa mercantil y que puede ser o es objeto de un procedimiento de insolvencia, con excepción de las entidades reguladas por un régimen especial de la insolvencia [incluidas las instituciones bancarias y financieras, las compañías de seguros [y <i>otras entidades</i>]]
Establecimiento	lugar en que el deudor lleva a cabo de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza, artículo 2 f)
Garantía	un bien sujeto a un derecho real en beneficio de uno o más acreedores, que están facultados para venderlo en caso de incumplimiento (véase "crédito garantizado")
Insolvencia	[situación en que el deudor es [puede llegar a ser] incapaz o ya no es capaz de pagar sus deudas y cumplir sus otras obligaciones a su vencimiento]

	<p>o</p> <p>[situación en que el valor de las deudas y obligaciones del deudor sobrepasa el valor de los bienes]</p>
	<p>o</p> <p>[situación en que el deudor cesa en general o suspende el pago de sus deudas y el cumplimiento de sus obligaciones a su vencimiento y el activo en efectivo es insuficiente]</p>
	<p>o</p> <p>[situación en que el deudor cesa el pago de deudas importantes y delicadas como alquileres, salarios y aportes de seguridad social]</p>
Junta de acreedores	órgano representativo nombrado por [el tribunal] [el representante de la insolvencia] [los acreedores en conjunto] que está facultado para actuar en nombre e interés de los acreedores y que posee facultades consultivas y otras facultades que se especifiquen en el régimen de insolvencia
Liberación	una resolución judicial que libera a un deudor de todas las obligaciones que se hubieran especificado o se hubieran podido especificar en el procedimiento de insolvencia, incluidos los contratos que se hubieren modificado como parte de una reorganización
Liquidación	proceso por el cual se reúnen los bienes de un deudor, se dispone de ellos y se los distribuye en beneficio [del patrimonio de la insolvencia y] de los acreedores, entre ellos los accionistas [seguido de la disolución de la entidad jurídica], ya sea por medio de la venta por partes o de la venta de todos o de la mayoría de los bienes del deudor en unidades productivas de explotación o como negocio en marcha
Mecanismo de imposición	mecanismo que permite que el apoyo de una clase de acreedores en favor de un plan de reorganización se utilice para que el plan resulte vinculante para otras clases de acreedores que no han dado su consentimiento
Negocio en marcha	La base según la cual se continúa y vende una empresa a título de totalidad de la empresa en liquidación, a diferencia de cuando se van vendiendo poco a poco los bienes de la empresa
Normas prioritarias	las normas según las cuales la distribución se ordena entre deudores e intereses de equidad
<i>Pari passu</i>	principio según el cual se concede un trato igualitario a los acreedores de la misma categoría [y se les paga en forma proporcional con los activos del insolvente]

Patrimonio de la insolvencia	<p>bienes del deudor controlados por el representante de la insolvencia y sujetos al procedimiento de insolvencia;</p> <p>[bienes y derechos con valor monetario que pertenecen al deudor en la fecha de la apertura del procedimiento y después de ésta [todo lo cual constituye el patrimonio del deudor para atender a las reclamaciones de los acreedores]]</p> <p>o</p> <p>[bienes y derechos con valor monetario que pertenecen al deudor [y de los que los acreedores pueden disponer en calidad de garantía]]</p>
Período de observación	[en el contexto de un procedimiento de insolvencia unitario (véase la Segunda parte)] período durante el cual se debe establecer la posibilidad o la imposibilidad de reorganizar la empresa
Plan de reorganización	plan para reorganizar la empresa [y otorgar reparación al deudor] presentado por [el deudor][los acreedores][el representante de la insolvencia] [y confirmado por el tribunal], en el que se abordan cuestiones como el momento de iniciar el proceso, los compromisos que se contraerán, las condiciones de pago y las garantías que se ofrecerán a los acreedores, las acciones de anulación que se podrán entablar y el trato que se dará a los contratos pendientes, entre ellos los contratos de trabajo
Prioridad absoluta	prioridad cuyo resultado será que las demandas a las que se refiere la prioridad se pagarán antes que las demandas administrativas
Procedimiento de insolvencia	procedimiento colectivo que entraña la desposesión [parcial o total] del deudor y el nombramiento de un representante de la insolvencia [con fines de liquidación o reorganización de la empresa] [y que abarca tanto el procedimiento de liquidación como el de reorganización]
Procedimiento involuntario	procedimiento de insolvencia iniciado por solicitud de los acreedores o por la oficina del ministerio público [<i>o por otra entidad</i>]
Procedimiento voluntario	procedimiento de insolvencia que se abre a instancias del deudor
Reorganización	proceso de reestructuración de una entidad insolvente con miras a [la rehabilitación del deudor y a] restablecer el bienestar financiero y la viabilidad del negocio por diversos medios, por ejemplo, la condonación de la deuda, el reescalonamiento del servicio de la deuda, la capitalización de la deuda [y la venta de la empresa o partes de la empresa como negocio en marcha]

Representante de la insolvencia	<p>[persona [o entidad] nombrada por el tribunal que se encarga de administrar el patrimonio del deudor [y de ayudar a los directivos de la empresa a administrarla y vigilar la gestión de ésta] con miras a la liquidación o la reorganización de la empresa];</p> <p>o</p> <p>persona [o entidad] nombrada por el tribunal de la insolvencia a quien en la fecha de apertura del procedimiento se transfieren las facultades [de los directivos de la empresa] del deudor para administrar o vender [los bienes incluidos en] el patrimonio de la insolvencia o disponer de [éstos] éste actuando bajo la supervisión del tribunal. Esas facultades comprenden, por ejemplo, determinar o ayudar a determinar lo que se adeuda a los acreedores, enajenar [los bienes pertenecientes a] el patrimonio de la insolvencia, distribuir el producto entre los acreedores y entablar acciones de anulación</p>
Representante preliminar de la insolvencia	<p>persona o entidad nombrada por el tribunal de la insolvencia en caso de grave crisis del deudor que impida el funcionamiento normal de su negocio para que se encargue provisionalmente de velar por que la empresa siga en marcha si se inhabilita al deudor o a los directivos de la empresa (posiblemente en relación con una reorganización)</p>
Reserva de la propiedad (financiación de la propiedad)	<p>Disposición de un contrato para el suministro de bienes que prevé la reserva de la propiedad de los bienes a favor del proveedor hasta que los bienes se paguen</p>
Retención prioritaria	<p>Prioridad concedida a acreedores posteriores a la apertura del procedimiento que prevalecen sobre todos los demás acreedores, incluidos los acreedores garantizados</p>
Solicitud de procedimiento	<p>presentación de una petición por parte del deudor, uno o más acreedores, el ministerio público o el tribunal de la insolvencia procediendo de oficio para que se abra el procedimiento de insolvencia</p>
Suspensión del procedimiento	<p>paralización de la facultad de los acreedores para entablar o llevar adelante acciones individuales de ejecución y restitución, de carácter judicial, administrativo o de otra índole, o para obtener la posesión de bienes pertenecientes al patrimonio de la insolvencia, o para crear, perfeccionar o hacer valer una garantía real sobre bienes pertenecientes al patrimonio de la insolvencia</p>
Tribunal	<p>una autoridad judicial u otra autoridad competente para controlar o supervisar un procedimiento de insolvencia: Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza, artículo 2 e)</p>

Primera parte

Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

1. Maximizar el valor de los bienes

15. El régimen de la insolvencia debe ofrecer la posibilidad de reorganización del deudor como alternativa en lugar de la liquidación. En la reorganización los acreedores no recibirían contra su voluntad menos que en una liquidación y el valor del deudor para la sociedad y para los acreedores aumentaría al máximo al permitírsele que continuase sus actividades. Con frecuencia los acreedores pueden obtener el valor máximo más con la reorganización que con la liquidación.

2. Hallar el punto de equilibrio entre la liquidación y la reorganización

16. El régimen de la insolvencia debe equilibrar las ventajas que ofrece el cobro a corto plazo de la deuda mediante la liquidación (que con frecuencia es lo que prefieren los acreedores garantizados) con las que entraña el hecho de mantener al deudor como empresa viable mediante la reorganización (que a menudo es lo que prefieren los acreedores no garantizados) y otras consideraciones de política social como la promoción del desarrollo de una clase empresarial y la protección de las fuentes de trabajo. [Un “arreglo” o “método” formulado en sentido amplio y encaminado a lograr un rendimiento máximo y disminuir al mínimo los efectos de la insolvencia comprendería una variedad de técnicas de insolvencia y evitaría toda preferencia implícita por una técnica frente a otra].

3. Tratar equitativamente a acreedores en circunstancias similares

17. El régimen de la insolvencia debe conceder un trato equitativo a los acreedores que se hallan en una situación análoga, tanto extranjeros como nacionales. Por trato equitativo no se entiende que todos los acreedores deben ser tratados igualmente, sino de manera que refleje los diferentes acuerdos que puedan haber concertado con el deudor y las prerrogativas de los titulares de créditos o derechos que nazcan por imperio de la ley. El régimen de la insolvencia debe abordar los problemas de fraude y de favoritismo que puedan plantearse en caso de penuria financiera disponiendo medios para evitar actos que menoscaben el trato equitativo de los acreedores.

4. Garantizar la apertura del procedimiento y la solución de las insolvencias en forma oportuna, eficiente e imparcial

18. Las insolvencias se deben abordar y resolver en forma ordenada, rápida y eficiente con miras a evitar una perturbación indebida de los negocios y las actividades del deudor y para reducir al mínimo el costo del procedimiento. La ley debe facilitar el fácil acceso al proceso de insolvencia por referencia a criterios claros y objetivos, brindar un medio conveniente de identificar, reunir, preservar y recuperar bienes que deban utilizarse para el pago de las deudas y obligaciones del deudor, facilitar la participación del deudor y de sus acreedores con el mínimo de retraso y gastos que sea posible, ofrecer una estructura apropiada para la supervisión y administración del proceso y brindar, como resultado final, un alivio eficaz de las obligaciones y responsabilidades financieras del deudor.

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

19. Un régimen de insolvencia debe estar bien ordenado e impedir que los activos del deudor queden desmembrados prematuramente por acciones individuales de acreedores encaminadas a recuperar deudas individuales. Esa forma de obrar reduce a menudo el valor total del conjunto de bienes disponibles para liquidar todas las demandas contra el deudor y puede impedir la reorganización. Una suspensión de la acción incoada por el acreedor brinda un margen de tranquilidad a los deudores, pues permite un examen adecuado de su situación financiera y facilita tanto la obtención del valor máximo de los bienes como un tratamiento equitativo de los acreedores. Quizá haya que prever algún mecanismo para lograr que los derechos de los acreedores garantizados no queden perjudicados por la suspensión.

6. Proporcionar un procedimiento previsible y transparente que contenga incentivos para reunir y suministrar información

20. Un procedimiento eficiente y eficaz de insolvencia permitirá que los que sean responsables de la administración y supervisión del proceso de insolvencia (tribunales o entidades administrativas, el representante de la insolvencia) y los acreedores evalúen la situación financiera del deudor y determinen la solución más apropiada. La ley de insolvencia debe velar por que se disponga de información adecuada sobre la situación del deudor, que se brinden incentivos para animar a revelar su posición o, cuando proceda, sanciones si el deudor no lo hace. La ley de insolvencia debe ser previsible y transparente, para que los acreedores y prestamistas potenciales puedan comprender de qué forma actúa el proceso de insolvencia y puedan evaluar el riesgo asociado con su posición como acreedor en caso de insolvencia. En la medida de lo posible una ley de insolvencia debe indicar claramente toda otra disposición de otras leyes que pueda afectar la marcha del procedimiento de insolvencia.

7. Reconocer los derechos existentes del acreedor y respetar las demandas prioritarias con un proceso previsible

21. El reconocimiento y el cumplimiento, en el marco del proceso de insolvencia, de los diversos derechos que los acreedores tienen aparte de la insolvencia creará certidumbre en el mercado y facilitará la obtención de créditos. Es importante que haya normas claras para la determinación del orden de las prioridades de las demandas de acreedores ya existentes o posteriores a la apertura del procedimiento para así ofrecer claridad a los que concedan crédito, para velar por su aplicación coherente, para lograr que haya confianza en el proceso y que todos los participantes estén en condiciones de adoptar medidas apropiadas para gestionar el riesgo.

8. Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza

22. A efectos de fomentar la coordinación entre las jurisdicciones y para facilitar la prestación de asistencia en la administración de un procedimiento de insolvencia que se origine en un país extranjero, las leyes sobre insolvencia deben comprender normas sobre las insolvencias transfronterizas, incluido el reconocimiento de las actuaciones extranjeras, mediante la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

Segunda parte

Disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia

I. Introducción a los procedimientos de insolvencia¹

A. Características generales de un régimen de insolvencia

23. Cuando un deudor se ve en la imposibilidad de pagar sus deudas y cumplir sus obligaciones cuando vencen los plazos, se hace necesario prever un mecanismo único para satisfacer colectivamente las reclamaciones pendientes sobre todos los bienes (tangibles o intangibles) pertenecientes a ese deudor. Son muchos y muy diversos los intereses de que tiene que ocuparse ese mecanismo jurídico: – el deudor, los propietarios y la gestión del deudor, los acreedores que hay que atender en grado diverso, los empleados, los acreedores fiscales, los que avalan la deuda y los acreedores no garantizados, así como las instituciones gubernamentales, comerciales y sociales y prácticas que tienen que ver con el diseño del mecanismo y con el marco institucional necesario para su funcionamiento. La mayoría de los ordenamientos jurídicos contienen reglas sobre diversos tipos de procedimientos que pueden iniciarse para hacer frente a esa situación, que cabe denominar genéricamente “procedimientos de insolvencia”. Aunque tienen una finalidad común, que es solucionar las dificultades financieras del deudor, esos procedimientos revisten formas diferentes, que incluyen elementos formales o no, para los cuales no se utiliza siempre una terminología uniforme.

24. La elaboración de una ley eficaz y eficiente de insolvencia requerirá el estudio de distintas cuestiones comunes, que son de carácter sustantivo e institucional. Las cuestiones sustantivas, que se examinan detalladamente en la Segunda parte de la presente Guía, incluyen las siguientes:

- a) la determinación de los deudores que pueden quedar sometidos a procedimientos de insolvencia y los deudores que pueden quedar sometidos a un régimen especial de insolvencia;
- b) la determinación del momento en que se puede iniciar el proceso de insolvencia y del tipo de procedimiento que se puede iniciar, la parte que puede pedir que se inicie el procedimiento y la posibilidad de que los criterios para iniciar el procedimiento sean diferentes según la parte que pide que el procedimiento comience;
- c) hasta qué grado debe permitirse que el deudor mantenga el control de la gestión una vez que comiencen los procedimientos o si debe quedar apartado de la gestión y debe nombrarse a una parte independiente (que en la presente Guía se denomina representante de la insolvencia) para que supervise y gestione la actuación del deudor;
- d) la protección de los bienes del deudor contra las acciones de los acreedores, del propio deudor y del representante de la insolvencia. Si una suspensión se aplica al comienzo y a la continuación de las acciones de los acreedores una vez que comiencen los procedimientos de insolvencia, esa suspensión debe aplicarse también a los acreedores garantizados en cuyo caso se determinará la forma de proteger el valor de sus intereses garantizados durante el procedimiento de insolvencia;

¹ El contenido de las secciones siguientes se basa en la labor del Banco Asiático de Desarrollo, del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial.

- e) hasta qué grado el representante de la insolvencia tendrá la autoridad de interferir con las condiciones de los contratos concertados por el deudor antes de que comenzara el procedimiento, que se hayan cumplimentado totalmente o no;
- f) el grado en que el representante de la insolvencia puede evitar determinados tipos de transacciones que son fraudulentas, o que, de no serlo, perjudicarían el interés de los acreedores;
- g) la preparación del plan de reorganización y las limitaciones, si las hubiere, que se impondrán al contenido del preparador del plan y las condiciones requeridas para su aprobación y ejecución;
- h) la prioridad de los acreedores a efectos de la distribución de los fondos resultantes de la liquidación; y
- i) [...]

25. Además de esas esferas temáticas concretas, una cuestión de carácter más general que hay que abordar es si una ley de insolvencia modificará efectivamente otras leyes sustantivas. Por ejemplo, si una ley de insolvencia afecta a las leyes sobre empleo que brindan determinadas protecciones a los empleados, si se trata de leyes que limitan la disponibilidad de compensaciones monetarias o de otro tipo, de leyes que limitan la conversión de deuda por capital social y de leyes que impongan controles de divisas y de inversiones extranjeras que puedan influir en el contenido de un plan de reorganización (véase Contratos de empleo y empleados, párrs. 113-114, 228-230; compensación monetaria y de otro tipo, párrs. 116-123; contenido del plan de reorganización, párrs. 274, ...).

B. Tipos de procedimientos de insolvencia

26. Se pueden determinar dos tipos principales de procedimientos: liquidación (que generalmente es un procedimiento oficial), y reorganización (que puede ser un procedimiento oficial, un procedimiento no oficial o, en algunos casos, una combinación de procedimientos oficiales y no oficiales). La división tradicional entre esos dos tipos de procesos, sin embargo, es bastante artificial y puede crear una polarización e inflexibilidad innecesarias. No se aplica, por ejemplo, a casos que no se sitúen fácilmente en los extremos; casos en que un enfoque flexible de la situación financiera del deudor conseguirá probablemente los mejores resultados para el deudor y para los acreedores por maximizar el valor del fondo de insolvencia (lo que puede requerir una combinación de procesos, a veces tanto oficiales como no oficiales). Otra de las dificultades podría deberse a que no siempre es nítida la distinción entre los procedimientos comerciales de liquidación y los de reorganización. El término “reorganización”, por ejemplo, se usa a veces para definir un modo particular de asegurar la conservación y una posible revalorización del valor del patrimonio de la insolvencia en el contexto de los procedimientos de liquidación. Éste es el caso, por ejemplo, cuando la ley prevé que la liquidación se lleve a cabo mediante el traspaso de la empresa, como negocio en marcha, a otra entidad. En esas situaciones, el término “reorganización” designa simplemente una técnica distinta de la liquidación tradicional (es decir, la venta pura y simple de los bienes), que se utiliza con el fin de obtener el máximo valor posible del patrimonio de la insolvencia.

27. Por las razones antedichas, es conveniente que una ley de insolvencia prevea más de una posibilidad de elección entre un proceso de liquidación estrictamente tradicional y un tipo determinado de proceso de reorganización. El concepto de reorganización puede aceptar una diversidad de arreglos que no necesitan detallarse específicamente en una ley de insolvencia. Quizá baste con que el régimen de reorganización permita obtener resultados que sean superiores a los que se obtendrían si la entidad se liquidase (en

realidad, la reorganización puede prever una liquidación eventual o la venta de la empresa).

28. Al examinar las disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de insolvencia, la presente Guía se centra en un procedimiento de liquidación, por una parte, y en un procedimiento de reorganización, por la otra. Ahora bien, la adopción de este enfoque no tiene por finalidad indicar una preferencia por tipos particulares de procesos ni una preferencia por la forma en que los diferentes procesos deben integrarse en una ley de insolvencia. Cabe decir, más bien, que la Guía procura comparar y contrastar los elementos fundamentales de los diferentes tipos de procedimientos y promover un enfoque que se centre en la obtención de los resultados máximos para las partes involucradas en un proceso de insolvencia. Esto se puede conseguir mediante la elaboración de una ley de insolvencia que incorpore los elementos formales tradicionales en una forma que promueva tanto la máxima flexibilidad como la utilización de procesos no formales cuando sean los más eficaces.

1. Liquidación

29. En los procedimientos denominados de “liquidación” se prevé que una autoridad pública (que suele ser, aunque no necesariamente, un tribunal judicial que actúa por conducto de un oficial nombrado con este fin) se haga cargo de los bienes del deudor con miras a dar forma monetaria a los bienes no monetarios y a distribuir posteriormente su producto de manera proporcional entre los acreedores. Esos procedimientos suelen terminar en la liquidación o en la desaparición del deudor como entidad jurídica comercial, si bien en algunos casos los bienes pueden venderse conjuntamente como negocio en marcha. [Otros términos utilizados en ese tipo de procedimiento incluyen el de bancarrota, liquidación, faillite, quiebra, Konkursverfahren]

30. Este tipo de procedimiento es prácticamente “universal” en su concepto, su aceptación y su aplicación. Suele desarrollarse del modo siguiente²:

- a) solicitud de la entidad insolvente o de los acreedores ante un tribunal u otro órgano competente;
- b) orden o sentencia de liquidación de la entidad;
- c) designación de un tercero independiente encargado de dirigir y administrar la liquidación;
- d) clausura de los negocios de la entidad;
- e) final de las facultades de los propietarios y los cargos directivos y del empleo de los empleados;
- f) venta de los activos de la entidad;
- g) resolución de las reclamaciones de los acreedores;
- h) distribución de los fondos disponibles entre los acreedores (conforme a algún tipo de prelación); y
- i) disolución de la entidad.

² “Law and Policy Reform at the Asian Development Bank”, Report on RETA 5795: Insolvency Law Reforms in the Asian and Pacific Region, abril de 2000, pág. 15.

31. Hay diversas justificaciones jurídicas y económicas para el proceso de liquidación. Hablando en términos generales, una entidad comercial que no puede competir en una economía de mercado competitiva puede decirse que no tiene lugar en ella y que por lo tanto debe eliminarse del mercado. Uno de los rasgos principales para identificar a una entidad que no es competitiva es el hecho de resultar insolvente. Más concretamente, puede enfocarse la necesidad de procedimientos de liquidación como la necesidad de procedimientos que se ocupen de los problemas entre acreedores (cuando los activos de un deudor insolvente no basten para atender las demandas de todos los acreedores, lo mejor que pueden hacer los acreedores en su propio beneficio es procurar recuperar lo que reclaman antes de que otros acreedores puedan obrar de forma análoga) y como fuerza disciplinaria que constituye un elemento esencial de una relación sostenible deudor- acreedor. Un procedimiento eficaz y adecuado de liquidación aborda el problema de la relación entre acreedores poniendo en marcha un procedimiento colectivo que procura evitar las acciones que, aunque los acreedores estimen que redundan en su mejor interés, conduzcan esencialmente a una pérdida de valor para todos los acreedores. Un procedimiento colectivo está destinado a proporcionar un trato equitativo a todos los acreedores y a maximizar el valor de los bienes del deudor para beneficio de todos los acreedores. Esto se suele conseguir normalmente mediante la imposición de una suspensión de la capacidad de los acreedores para imponer sus derechos individuales en contra del deudor y mediante el nombramiento de una persona independiente cuya función principal consista en maximizar el valor de los bienes del deudor para su distribución entre los acreedores.

32. Los procedimientos de liquidación son también una importante medida disciplinaria que constituye un elemento esencial de toda relación sostenible entre deudor y acreedor. Por ejemplo, pueden brindar un mecanismo adecuado y relativamente previsible por cuyo conducto se puedan reconocer los derechos de los acreedores. Esos procedimientos no solamente brindan a los acreedores un elemento de previsibilidad cuando adopten sus decisiones en materia de préstamo, sino que en términos más generales promueve el interés de todos los participantes en la economía por facilitar la concesión de créditos y el desarrollo de los mercados financieros.

2. Reorganización

a) Procedimiento oficial de reorganización

33. Una alternativa a la liquidación será el recurso a un proceso destinado a salvar a una empresa en vez de liquidarla. Ese proceso, que puede revestir una de diversas formas y que puede ser menos universal en su concepto, aceptación y aplicación que la liquidación, puede definirse con diversos nombres, entre ellos reorganización, rescate, reestructuración, cambio completo, rehabilitación, arreglo, composición, concordat préventif de faillite, suspensión de pagos, administración judicial de empresas, and Vergleichsverfahren. En aras de la sencillez, en el proyecto de Guía se utiliza el término “reorganización” en una amplia acepción para referirse al tipo de procedimiento cuya finalidad es, en última instancia, ofrecer al deudor la posibilidad de superar sus dificultades financieras y de reanudar o proseguir con normalidad sus operaciones comerciales.

34. Una de las justificaciones para incluir un procedimiento de reorganización en una ley de insolvencia es la posibilidad de equilibrar la doctrina de un régimen de liquidación ya que no todas las entidades que fracasan en un mercado competitivo tienen que ser necesariamente liquidadas. Una entidad que tenga una perspectiva de supervivencia razonable (por ejemplo, una entidad que posea un negocio potencialmente rentable) debe recibir esa oportunidad, especialmente si se puede demostrar que es más valioso (y, por deducción, más beneficioso para los acreedores a largo plazo) mantener a esa empresa

esencial y a otros componentes de la entidad juntos. Los procedimientos de reorganización están destinados a dar a una entidad más margen para recuperarse de sus dificultades temporales de tesorería o una posibilidad más permanente de superar su exceso de deuda y, cuando sea necesario, brindarle una oportunidad de reestructurar sus operaciones y sus relaciones con acreedores. Cuando la reorganización es posible, generalmente la preferirán los acreedores si el valor derivado del funcionamiento continuo de la entidad mejora el valor de sus demandas. Ahora bien, la reorganización no implica que la entidad quede completamente restablecida o que se abone la totalidad de lo adeudado a los acreedores. Tampoco significa necesariamente que la propiedad y la gestión de una entidad insolvente hayan de mantener y conservar sus posiciones respectivas. En general, la reorganización significa que sea cual fuere la forma de plan o de arreglo que se convenga, los acreedores recibirán con el tiempo más que si la entidad se hubiera liquidado.

35. Ese resultado se puede conseguir recurriendo a procedimientos que revestirán diversas formas. Puede incluir, por ejemplo, un sencillo acuerdo en materia de deudas (que se puede mencionar como acomodamiento) en el que, por ejemplo, los acreedores convengan en recibir un porcentaje determinado de lo que se les deba a título de liquidación plena, completa y final de sus demandas contra el deudor. De esta manera las deudas quedan reducidas y la entidad recupera la insolvencia y puede seguir funcionando. También pueden incluir una reorganización compleja en cuya virtud, por ejemplo, las deudas de la entidad insolvente se reestructuran (por ejemplo, ampliando el plazo del préstamo y el período durante el cual haya que hacer los pagos, aplazando el pago de los intereses o modificando la identidad de los prestamistas); algunas deudas se pueden convertir en capital social junto con una reducción (o incluso eliminación) del capital social existente; se pueden vender los bienes que no sean básicos; y se puede poner término a las actividades mercantiles que no sean provechosas. La elección de la forma en la que la reorganización se va a llevar a cabo constituye típicamente una respuesta al volumen de los negocios y al grado de complejidad de la situación específica del deudor.

36. Si bien el proceso de reorganización no es tan universal como el de liquidación y, por consiguiente, no presenta siempre las mismas características, cabe enumerar una serie de elementos claves o esenciales del proceso, a saber³:

- a) la sumisión voluntaria de una entidad al proceso, que puede entrañar o no procedimientos judiciales y control o supervisión judicial;
- b) la suspensión automática y obligatoria de todas las acciones y de todos los procedimientos entablados respecto de los bienes de la entidad, lo cual afecta a todos los acreedores durante un período limitado;
- c) la continuación de la actividad comercial de la entidad a cargo de la dirección existente o de un director independiente o con una combinación de ambas opciones;
- d) la formulación de un plan en que se prevé el tratamiento que se dará a los acreedores, a los accionistas y a la propia entidad;
- e) el examen del plan por parte de los acreedores y una votación de éstos sobre su aceptación;
- f) posiblemente, la sanción judicial del plan aceptado; y
- g) la ejecución del plan.

³ Véase la nota 2, párr. 41

37. Aunque los beneficios de la reorganización se aceptan en general, el grado en que se confía en los procedimientos de reorganización formal para conseguir los objetivos de la reorganización varía según los países. En general se reconoce que la existencia de un procedimiento de liquidación puede facilitar la reorganización de una entidad, sea por procedimientos de reorganización formal, sea por medios no formales mediante un proceso extrajudicial (la existencia del régimen formal actúa como incentivo tanto para los acreedores como para los deudores para llegar a un acuerdo apropiado). En realidad, en muchas economías la reorganización suele tener lugar a título no formal “a la sombra” del régimen formal de insolvencia. Ahora bien, a menudo existe una correlación entre el grado de dificultad financiera que experimente el deudor y la dificultad que presente la solución apropiada. Cuando, por ejemplo, un solo banco esté implicado, es probable que el deudor pueda negociar a título no formal con ese banco y resolver sus dificultades sin involucrar a los acreedores comerciales. Cuando la situación financiera sea más compleja y exija la participación de un gran número de tipos diferentes de acreedores, quizá se precise un grado mayor de formalidad para encontrar una solución que responda a los intereses y objetivos tan diferentes de los acreedores.

38. A pesar de la existencia de procesos no formales, los procedimientos de reorganización formal pueden brindar un mecanismo para la reorganización de la empresa que beneficie a los intereses de todos los participantes en la economía. En primer lugar, como una reorganización extrajudicial requiere la unanimidad de los acreedores, el recurso a procedimientos de reorganización formal puede ayudar a conseguir una reestructuración en la que el deudor y una mayoría de acreedores puedan imponer un plan a una minoría disidente de acreedores, especialmente cuando haya acreedores que se resistan a participar en las negociaciones extrajudiciales. En segundo lugar, la economía moderna ha reducido considerablemente el grado en que puede elevarse al máximo el valor de una entidad mediante la liquidación. En los casos en los que los conocimientos técnicos y la buena voluntad sean más importantes que los bienes materiales, la preservación de los recursos humanos y de las relaciones de negocios son elementos esenciales de valores que no se pueden materializar mediante una liquidación. En tercer lugar, es más probable conseguir beneficios económicos a largo plazo mediante procedimientos de reorganización, ya que dichos procedimientos animan a los deudores a adoptar medidas antes de que se agraven sus dificultades financieras. Por último, hay consideraciones sociales y políticas que se beneficiarán si existen procedimientos de reorganización que, por ejemplo, protegen a los empleados de una entidad en dificultades.

b) Procedimientos no formales de reorganización

39. Hace años el sector bancario elaboró procesos no formales, como alternativa a los procesos de reorganización formal. Dirigidos por bancos y financieros internacionalmente activos e influidos por dichos bancos y financieros, los procesos no formales se han ido extendiendo gradualmente hasta abarcar un número considerable de jurisdicciones. La utilización de los procesos no formales ha estado limitada generalmente a los casos de dificultades financieras corporativas o a los casos de insolvencia en los que se debe una deuda considerable a bancos y financieros. El proceso está encaminado a conseguir un acuerdo entre los propios prestamistas y entre el prestamista y el deudor para la reorganización de la entidad deudora, con reajuste de la financiación o sin reajuste. Una reorganización no formal puede brindar un medio de introducir sensibilidad en un sistema de insolvencia mediante la reducción de la dependencia respecto de una infraestructura judicial, facilitando una respuesta proactiva de los acreedores más temprana de lo que sería normalmente posible en el seno de regímenes formales y evitando el estigma que a menudo recae en la insolvencia. Ahora bien, el sistema depende de la

existencia de un marco formal de insolvencia que prevea sanciones que coadyuven al éxito del proceso no formal. A menos que el deudor y sus acreedores bancarios y financieros aprovechen la oportunidad para unir sus esfuerzos e iniciar el proceso no formal, el deudor o los acreedores pueden invocar la ley de insolvencia formal, con la posibilidad de detrimento tanto para el deudor como para sus acreedores.

40. Los procesos no formales pueden revestir diversas formas, que van desde un proceso completamente informal basado en principios no vinculantes con un marco de negociación colectivo que no involucra al sistema judicial (aunque confíe en la existencia de un sistema formal eficaz y eficiente a título de ventaja), hasta un proceso que utilice un mecanismo de administración judicial a fin de hacer cumplir un plan convenido en negociaciones no formales y para vincular a los acreedores con ese plan. Cuando las negociaciones se desarrollan en un marco extrajudicial y el deudor y la mayoría de los acreedores están de acuerdo con el plan, para el proceso de aprobación se puede seguir un mecanismo de acción rápida.

41. Cuestiones que han de abordarse:

[condiciones necesarias para los procedimientos efectivos no formales y procesos requeridos para llevar a cabo procedimientos no formales]

[A/CN.9/504, párr. 161: Se señaló que algunas de estas consideraciones guardaban relación con la guía legislativa sobre el régimen formal de la insolvencia que preparaba el Grupo de Trabajo y que convendría estudiar la forma de lograr una vinculación entre los procedimientos oficiosos y el proyecto de guía. En particular, se sugirió que en el proyecto de guía se estudiaran las distintas opciones, se expusieran las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas y se indicara el modo en que podían integrarse en un régimen de reorganización. A este respecto, se observó que cuanto mayor era la precariedad financiera del deudor, más difícil resultaba hallar la solución apropiada. Por ejemplo, cuando entre los acreedores figuraban bancos aislados, había probabilidades de que el deudor pudiera negociar oficiosamente con un banco y resolver sus dificultades sin intervención de los acreedores comerciales. En cambio, cuando la situación financiera era más compleja y requería la intervención de numerosos acreedores de distintos tipos, era necesario recurrir a un procedimiento más formal. Se sugirió que se presentaran de este modo a los legisladores las distintas posibilidades existentes y los procedimientos a que podía recurrirse. Se convino en que el Grupo de Trabajo tuviera en cuenta esas consideraciones al preparar las secciones del proyecto de guía relativas a la reorganización y en particular que en el proyecto de guía se abordara la cuestión de los procedimientos de reorganización expeditos para llevar a cabo reestructuraciones del tipo descrito en el documento A/CN.9/WG.V/WP.55 (incluidos los arreglos de ámbito tanto transfronterizo como interno).]

i) *Procesos completamente informales*

42. Cuestiones que han de abordarse:

[A/CN.9/504, párr. 159: Con respecto a los procesos totalmente oficiosos, se sugirió que el Grupo de Trabajo examinara la labor que realizaban otras organizaciones, como la Declaración de Principios del Grupo de Prestamistas de la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL) para un enfoque mundial de las soluciones con

múltiples acreedores (enunciada en el documento A/CN.9/WG.V/WP.55) y otros tipos similares de directrices.]

43. Un método es el “Enfoque de Londres” que se basa en directrices no vinculantes comunicadas por el Bank of England a los bancos comerciales. Se insta a los bancos a que adopten una actitud positiva respecto de sus deudores que se hallan en dificultades financieras. Las decisiones acerca del futuro a largo plazo del deudor deben adoptarse únicamente sobre la base de una información muy completa, que compartirán todos los bancos y otras partes interesadas que participen en un acuerdo sobre el futuro del deudor. La financiación provisional se obtendrá mediante un acuerdo de suspensión y subordinación, y los bancos trabajarán junto con los demás acreedores a fin de llegar a una opinión colectiva sobre la concesión de una ayuda financiera a la entidad deudora y sobre las condiciones en que dicha ayuda se debe conceder.

ii) Procesos administrativos

44. Cuestiones que han de abordarse:

[A/CN.9/504, párr. 160: Con respecto a los marcos administrativos, se tomó nota de tres tipos de experiencias y se sugirió que en el proyecto de guía se examinaran los ejemplos pertinentes y las circunstancias en que habían resultado útiles y los casos en que cabría aplicarlos en el futuro. En particular, se señaló que habían sido útiles en situaciones en que los tribunales no eran las entidades adecuadas para resolver las cuestiones o estaban simplemente desbordados por la magnitud del fracaso del sistema.]

45. En los últimos años alguna jurisdicciones afectadas por crisis han desarrollado formas “estructuradas” semioficiales de procesos no formales, inspiradas en gran parte por bancos gubernamentales o bancos centrales, para tratar de los problemas financieros y técnicos del sector bancario. Estos procesos se han desarrollado sobre una pauta similar. En primer lugar, cada una tenía una agencia facilitadora para promover y, en parte, coordinar y administrar la reorganización no formal a fin de proporcionar los incentivos y la motivación necesarios para desarrollar los procesos no formales. En segundo lugar, cada proceso está respaldado por un acuerdo entre bancos comerciales en el cual los participantes convienen en seguir una serie de “normas” respecto de los deudores corporativos que tengan deudas con uno o más de los bancos y que puedan participar en el proceso. Las normas disponen los procedimientos que han de seguirse y las condiciones que han de imponerse en los casos en que se intenta llevar a cabo la reorganización corporativa. En algunas de las jurisdicciones, una entidad deudora que desea negociar una reorganización no formal ha de convenir en la aplicación de esas normas. En tercer lugar, se fijan plazos de tiempo para las diversas partes de los procedimientos y, en algunos casos, los acuerdos de principio se remiten al tribunal competente para que una reorganización formal tenga lugar de acuerdo con la ley. Además, una jurisdicción estableció una junta estatutoria que poseía facultades amplísimas para adquirir préstamos fallidos del sector bancario y financiero e imponer a continuación procesos extrajudiciales a un deudor corporativo incumplidor, incluida una reorganización forzada o impuesta.

iii) Procesos híbridos

46. Cuestiones que han de abordarse:

[A/CN.9/504, párr. 159: Con respecto a los procedimientos en que se combinaban elementos informales y formales, el Grupo de Trabajo tal vez deseara estudiar cómo se habían desarrollado estos procedimientos en el mundo y examinar en particular la función que desempeñaban las autoridades judiciales y administrativas, así como el momento en que se producía la intervención.]

47. Algunos países han adoptado lo que cabe definir como “procedimientos de preinsolvencia” que, en efecto, son una combinación híbrida de procedimientos de reorganización extrajudicial y de procedimientos de reorganización formal. En el marco de una ley de insolvencia, se han promulgado normas que permiten que el tribunal apruebe un plan de reorganización con arreglo a la ley de insolvencia a pesar de que el apoyo requerido de los acreedores como condición para la aprobación del tribunal con arreglo a dicha ley se obtuvo durante una votación que tuvo lugar antes de que comenzaran los procedimientos de reorganización formal. Esas normas de insolvencia “preempaquetadas” están destinadas a reducir los costos al mínimo y a disminuir los retrasos que se sufren en los procedimientos de reorganización formal, al mismo tiempo que brindan un medio por el que se puede aprobar un plan de reorganización aunque no se cuente con el apoyo unánime de los acreedores.

48. Otra ley de insolvencia dispone que a fin de facilitar la conclusión de un arreglo amistoso con sus acreedores, un deudor puede pedir al tribunal que nombre a un “agente de conciliación”. El agente de conciliación no posee facultades concretas pero puede pedir al tribunal que imponga una suspensión de la ejecución contra todos los acreedores si, en su opinión, una suspensión facilitaría la concertación de un acuerdo extrajudicial. Durante la suspensión, el deudor no puede hacer ningún pago a fin de atender reclamaciones anteriores (excepto en el caso de los sueldos) ni disponer de ningún bien salvo para el funcionamiento corriente de la empresa. El procedimiento finaliza cuando se llega a un acuerdo con todos los acreedores o (previa aprobación del tribunal) con los acreedores principales; en ese último caso, el tribunal puede prolongar la suspensión contra los acreedores no participantes en el acuerdo mediante el reconocimiento de un período de espera de hasta dos años para el deudor.

49. Cuestiones que han de abordarse:

[A/CN.9/WG.V/WP.55, párrs. 22 y 23: [Otro enfoque se basa en] un marco jurídico en el que se dispondrían procedimientos acelerados de insolvencia para la reestructuración voluntaria de las deudas de capital (deudas y obligaciones frente a proveedores de fondos institucionales) de empresas internacionales insolventes, sobre la base de la aprobación de la reestructuración por una mayoría obligatoria de los principales acreedores de cada categoría afectada, y el examen judicial de la idoneidad de la reestructuración a la luz de criterios internacionales de reestructuración apropiados. Las principales características del marco propuesto son: la posibilidad de declarar una moratoria breve para permitir que concluyan las negociaciones de reestructuración voluntaria; la solicitud de aprobación de la reestructuración por los acreedores antes de iniciar el procedimiento judicial; la aprobación obligatoria del 75% del número y valor de las reclamaciones de los acreedores de las categorías afectadas; procedimientos acelerados de insolvencia para la aprobación de la reestructuración por un tribunal competente en materia de insolvencia a fin de que sea vinculante para los acreedores disidentes, y criterios jurídicos mínimos de aprobación judicial de la reestructuración]

C. Relación entre los procedimientos de liquidación y de reorganización

50. En ciertas circunstancias, el mejor modo de satisfacer las necesidades derivadas de la insolvencia de un deudor radica en la liquidación de todos los bienes de éste y en la subsiguiente distribución del producto entre los acreedores. Sin embargo, en otras circunstancias es posible que la liquidación no sea el mejor medio para maximizar el valor de los recursos de la empresa insolvente. En realidad, como ya se ha indicado, ocurre a veces que la liquidación pura y simple de los bienes sólo permite a los acreedores cobrar una parte del valor nominal de sus créditos. En tales casos, la reorganización de la empresa con el fin de conservar sus recursos humanos y la buena voluntad de ésta pueden resultar más eficaces para maximizar el valor de los créditos de los acreedores, permitiéndoles recibir un trato más favorable o incluso cobrar íntegramente la deuda. Este puede ser el caso cuando, por ejemplo, el valor del negocio se base en bienes intangibles (como derechos de propiedad intelectual) y no en bienes tangibles.

51. También puede haber, en un determinado ordenamiento jurídico, razones políticas y sociales para preferir la reorganización a la liquidación. Algunos países pueden estimar que los procedimientos de reorganización pueden cumplir una amplia función social, no sólo alentando a los deudores a recurrir a la reorganización antes de que sus dificultades financieras lleguen a un extremo sino también ofreciéndoles una “segunda oportunidad”, con lo cual se fomenta el desarrollo económico y el crecimiento. De forma análoga, la protección de los empleados de una empresa en dificultades puede ser una consideración importante que influye tanto en el diseño de la ley de insolvencia como en la elección de la reorganización mejor que la liquidación. A causa de la importancia concedida a estos objetivos políticos y sociales en algunos regímenes jurídicos, muchos países reconocen que para que un régimen de la insolvencia sea eficaz y funcione debe prever procedimientos tanto de liquidación como de reorganización.

52. Aunque muchas leyes de insolvencia incluyen tanto procedimientos de liquidación como procedimientos de reorganización, los enfoques discrepan mucho en cuanto a la estructura del procedimiento que se traduce en la elección de uno de esos sistemas. Algunas leyes de insolvencia disponen un procedimiento de insolvencia unitario y flexible, que culmina con la liquidación o la reorganización según las características del caso. Otras legislaciones establecen dos procedimientos distintos, cada uno de ellos con sus requisitos concretos de solicitud y apertura y con diferentes posibilidades de pasar de un tipo de procedimiento a otro.

53. Las legislaciones que regulan por separado los procedimientos de liquidación y reorganización se guían por distintas consideraciones de política social y comercial con miras a cumplir diferentes objetivos (véase ...). No obstante, los procedimientos de liquidación y reorganización tienen mucho en común, por lo que se producen considerables vínculos y duplicaciones entre ellos, tanto en cuestiones de procedimiento como de fondo, como se verá en el análisis que figura a continuación en esta Segunda parte.

54. Cuando la ley de insolvencia prevé dos procedimientos distintos, para elegir el procedimiento que va a seguirse debería determinarse, al menos teóricamente, si la empresa del deudor insolvente es viable. Ahora bien, en la práctica resulta a menudo imposible determinar de forma definitiva, al iniciar uno de los dos procedimientos, si la empresa es financieramente viable. De ahí que la legislación deba prever

vínculos entre ambos tipos de procedimiento a fin de que se pueda convertir un tipo de procedimiento en el otro en determinadas circunstancias específicas, e incluir mecanismos para evitar que se utilicen abusivamente los procedimientos de reorganización, como por ejemplo que se comiencen procedimientos de reorganización como medio de evitar o de demorar la liquidación (véase ...).

55. En cuanto a la cuestión de la elección de procedimientos, en algunos países se prevé que la parte que solicita el procedimiento de insolvencia puede optar inicialmente por la liquidación o la reorganización. Cuando uno o más acreedores inician un procedimiento de liquidación, la legislación prevé a veces un mecanismo para que el deudor pueda solicitar que el procedimiento pase a ser de reorganización. Cuando el deudor solicita un procedimiento de reorganización, tanto por iniciativa propia como a raíz de una solicitud de liquidación hecha por un acreedor, sería lógico que se decidiera en primer lugar sobre la reorganización. No obstante, a fin de proteger a los acreedores, algunos regímenes de la insolvencia prevén un mecanismo en virtud del cual la reorganización puede transformarse en liquidación si se comprueba que la reorganización no tiene posibilidades de prosperar. Otro mecanismo de protección de los acreedores puede consistir en que se fije un plazo máximo para toda reorganización decidida en contra de la voluntad de los acreedores.

56. En virtud de un principio general, normalmente los procedimientos de liquidación y reorganización, aunque suelen regularse por separado, se llevan a cabo de forma consecutiva, es decir, sólo se pondrá en marcha un procedimiento de liquidación si la reorganización tiene pocas posibilidades de prosperar o si fracasan los esfuerzos de reorganización. En algunos regímenes de la insolvencia se parte del principio general de que debe procederse a la reorganización de la empresa y de que sólo pueden iniciarse procedimientos de liquidación cuando fracasen todos los intentos de reorganización. En algunos regímenes que prevén la transformación de un tipo de procedimiento en otro, según las circunstancias enunciadas por la legislación, el deudor, los acreedores o el representante de la insolvencia pueden pedir que el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación. Entre estas circunstancias puede figurar la de que el deudor no pueda pagar las deudas posteriores a la solicitud en la fecha de vencimiento; el hecho de que no se haya aprobado el plan de reorganización; o el incumplimiento por parte del deudor de las obligaciones enunciadas en un plan aprobado o el intento del deudor de defraudar a los acreedores. Si bien es posible a menudo transformar un procedimiento de reorganización en otro de liquidación, la mayoría de los regímenes de la insolvencia no permiten volver a la reorganización una vez que se haya pasado de reorganización a liquidación.

57. Las dificultades para determinar desde el principio si la empresa del deudor debe ser objeto de liquidación, y no de reorganización, han hecho que algunos países revisaran su régimen legal de la insolvencia y sustituyeran los procedimientos diferenciados por un procedimiento "unitario". En virtud de este enfoque "unitario" se aplica el mismo procedimiento a toda situación de insolvencia; así, durante un período inicial (generalmente denominado "período de observación", que en las legislaciones unitarias existentes puede durar hasta tres meses) no existe ninguna presunción sobre si la empresa será reorganizada o liquidada. La decisión sobre si habrá un procedimiento de liquidación o de reorganización no se adopta hasta que se comprueba si es posible o no proceder a la reorganización. La ventaja fundamental de esta modalidad radica en la simplicidad del procedimiento. Además, un procedimiento unitario simple que permita tanto la reorganización como la

rehabilitación puede alentar a los deudores con dificultades financieras a recurrir sin tardanza al procedimiento, con lo cual aumentarán las probabilidades de éxito de la rehabilitación.