



COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL
DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
33° período de sesiones
Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000

INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE EL RÉGIMEN DE
LA INSOLVENCIA
ACERCA DE LA LABOR DE SU 22° PERÍODO DE SESIONES
(Viena, 6 a 17 de diciembre de 1999)

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|-------------------------|-----------------|---------------|
| I N T R O D U C C I Ó N | 1 | 1 |
| 3 | | |

| | | |
|------|--|----|
| I. | DELIBERACIONES Y DECISIONES | |
| | 12-139 | 5 |
| A. | OBSERVACIONES GENERALES | |
| | 13-20 | 5 |
| B. | OBJETIVOS FUNDAMENTALES | |
| | 21-31 | 7 |
| C. | DETERMINACIÓN DE LOS RASGOS ESENCIALES | |
| | 32-124 | 9 |
| | 1. Observaciones generales | |
| | 32-33 | 9 |
| | 2. Deliberaciones sobre los rasgos esenciales | |
| | 34-124 | 9 |
| | a) Aplicación de la ley: particulares y empresas | |
| | (párrs . 34 a 36) | |
| | 34-37 | 9 |
| | b) La relación entre liquidación y reorganización | |
| | (párrs . 37 a 46) | |
| | 38 | 10 |
| | c) Procedimientos de liquidación (párrs. 47 a 103) | |
| | 39-62 | 10 |
| | d) Reorganización (párrs. 104 a 143) | |
| | 63-93 | 15 |
| | e) Participación de los acreedores (párrs. 144 a | |
| 147) | 94-95 | 22 |

Párrafos Página

| | | |
|------|----|---|
| 153) | f) | Síndicos y administradores (párrs. 148 a 23) |
| | g) | El tribunal (párrs. 154 a 156) |
| | h) | Procedimientos de insolvencia oficiosos, incluida la reorganización concertada por vía extrajudicial (pá r r s . 1 5 7 a 1 6 0) |
| | | 24 |

| | | | | | | | |
|--------|--|---|---|---|---|---|---|
| D. | FORMA Y VIABILIDAD DE LA POSIBLE LABOR | | | | | | |
| FUTURA | 1 | 2 | 5 | - | 1 | 3 | 9 |
| 28 | | | | | | | |

INTRODUCCIÓN

1. En su 32º período de sesiones (1999), la Comisión examinó una propuesta de Australia (A/CN.9/462/Add.1) sobre la posible labor futura en materia de derecho de insolvencia¹. La propuesta hacía referencia a las recientes crisis financieras regionales y mundiales y a la labor emprendida en foros internacionales para hacer frente a esas crisis. En los informes sobre esos foros se subrayó la necesidad de reforzar el sistema financiero internacional en tres aspectos: la transparencia, la responsabilidad en su funcionamiento, y la gestión de crisis financieras internacionales en los ordenamientos jurídicos nacionales. Según esos informes, era importante disponer de fuertes regímenes que regularan la insolvencia y las relaciones jurídicas entre deudores y acreedores a fin de prevenir o limitar las crisis financieras y para facilitar la solución rápida y correcta de las situaciones de excesivo endeudamiento. En la propuesta examinada por la Comisión se recomendaba que se incluyera el derecho de insolvencia en el programa de la Comisión, que era el foro apropiado a causa de su composición universal y de su fructífera labor sobre la cuestión de la insolvencia transfronteriza, así como de las relaciones de trabajo que había establecido con organizaciones internacionales que tenían experiencia e interés en el tema de la insolvencia. 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 empresarial a fin de promover y alentar la adopción de regímenes nacionales eficaces en materia de insolvencia empresarial.

2. La Comisión expresó su reconocimiento por la propuesta. La Comisión señaló que otras organizaciones como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Asociación Internacional de

¹ *Posible labor futura en materia de derecho de insolvencia: Propuesta de Australia (A/CN.9/462/Add.1).*

Abogados habían iniciado proyectos sobre la elaboración de normas y principios para regímenes de insolvencia. La Comisión señaló asimismo que si bien el alcance de los objetivos y los métodos de trabajo de esas organizaciones diferían a consecuencia de sus respectivos mandatos y de su composición, el objetivo general de todas ellas era modernizar las prácticas y leyes de insolvencia. Las iniciativas adoptadas en esas organizaciones demostraban la necesidad de ayudar a los Estados a reevaluar sus leyes y prácticas de insolvencia. No obstante, era preciso también reforzar eventualmente la coordinación de esas diversas iniciativas, a fin de evitar la duplicación ineficiente de las tareas y de obtener resultados coherentes².

3. En la Comisión se reconoció lo importante que era para todos los países disponer de sólidos regímenes de insolvencia. Se expresó la opinión de que el tipo de régimen de insolvencia adoptado por un país se había convertido en factor decisivo a la hora de evaluar las posibilidades de crédito internacional. Sin embargo, se expresó preocupación por las dificultades que planteaba la labor a nivel internacional sobre legislación de insolvencia, a causa de los conflictos entre opciones sociopolíticas delicadas y posiblemente divergentes. Ante esas dificultades, se temía que la labor no pudiera culminar con éxito. Se afirmó que con toda probabilidad no era 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 en la Comisión se apoyó ese criterio de flexibilidad, se convino en general en que la Comisión no podía adoptar una decisión definitiva por la que se comprometiera a establecer un grupo de trabajo para elaborar legislación modelo u otro tipo de texto sin antes estudiar la labor ya

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

emprendida por otras organizaciones y sin haber examinado las cuestiones pertinentes.

4. A fin de facilitar ese estudio, la Secretaría invitó a la Comisión a que examinara la posibilidad de dedicar un período de sesiones de un grupo de trabajo a estudiar lo que, en el contexto actual de las iniciativas en esta materia, constituiría el producto adecuado (por ejemplo, una ley modelo, disposiciones modelo, un conjunto de principios u otro texto) y a decidir el alcance de las cuestiones que habrían de regularse en tal instrumento. A este respecto se expresaron opiniones divergentes. Por una parte, se consideró que la Secretaría debía realizar una mayor labor de fondo para su presentación a la Comisión en su 33º período de sesiones en el que ésta adoptaría una decisión sobre la eventual iniciación de una labor de fondo para elaborar una ley uniforme u otro tipo de texto que pudiera recomendarse a los Estados. Por otra parte, se estimó que podía encomendarse el tema a un período de sesiones de un grupo de trabajo que se encargara de estudiar esas diversas cuestiones y presentara un informe a la Comisión en su 33º período de sesiones de 2000 indicando si resultaría factible iniciar trabajos en materia de insolvencia. Para entonces, la Comisión dispondría de suficiente información para adoptar una decisión definitiva al respecto. Se subrayó que la labor preparatoria para el período de sesiones del grupo de trabajo requeriría coordinación con otras organizaciones internacionales que ya se ocupaban del tema del derecho de insolvencia, ya que los resultados de la labor de esas organizaciones constituirían importantes elementos para las deliberaciones con miras a recomendar a la Comisión la contribución más útil que pudiera realizar al respecto. Se señaló que en varias organizaciones internacionales ya se había llegado a la conclusión de que era importante y urgente ocuparse del tema del derecho de insolvencia, y se convenía en general en que era necesario ampliar esa labor y fomentar la preparación y adopción de regímenes nacionales eficaces en materia de insolvencia empresarial.

5. En la Comisión prevaleció el criterio de que debía convocarse con fines de tanteo un período de sesiones de un grupo de trabajo que preparara una propuesta de viabilidad para que fuera examinada por la Comisión en su 33º período de sesiones. Posteriormente, después de que la Comisión examinara su futura labor en materia de arbitraje, se decidió que el Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia celebrara en Viena, del 6 al 17 de diciembre de 1999, un período de sesiones de tanteo.

6. El Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia, que estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 22º período de sesiones en Viena del 6 al 17 de diciembre de 1999. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Australia, Austria, Brasil, Camerún, China, Colombia, Egipto, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Finlandia, Honduras, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, México, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Tailandia y Uruguay.

7. Asistieron también al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Arabia Saudita, Canadá, Costa Rica, Eslovaquia, Gabón, Guatemala, Indonesia, Irlanda, Kazajstán, Líbano, Nueva Zelandia, Pakistán, Polonia, República de Corea, Suecia, Suiza y Ucrania.

8. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Asociación Europea de Letrados Especializados en la Insolvencia (EIPA), Asociación Internacional de Abogados, Banco Asiático de Desarrollo (BAD), Banco Central Europeo, Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF), Banco Mundial, Confederación Internacional de Mujeres Especializadas en Insolvencia y Reestructuración (IWIRC), Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia

(INSOL), Fondo Monetario Internacional (FMI), Grupo de los 30, y Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).

9. El Grupo de Trabajo eligió la siguiente Mesa:

Presidente: Sr. Wisit WISITSORA-AT (Tailandia)

Vicepresidente: Sr. Paul HEATH (Nueva Zelanda, elegido a título personal)

Relator: Sr. Tuomas HUPLI (Finlandia).

10. El Grupo de Trabajo examinó los siguientes documentos: el programa provisional (A/CN.9/WG.V/WP.49) y la nota de la Secretaría sobre la posible labor futura en materia de derecho de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.50).

11. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Posible labor futura sobre el régimen de la insolvencia.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

I. DELIBERACIONES Y DECISIONES

12. El Grupo de Trabajo examinó la posible labor futura en materia de derecho de insolvencia sobre la base de la nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.50). A continuación se detallan

las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo, así como la recomendación del Grupo de Trabajo que figura en el párrafo 140. La referencia que se hace (entre paréntesis), a números de párrafo, en los epígrafes del presente documento se refiere al texto del documento A/CN.9/WG.V/WP.50.

A. OBSERVACIONES GENERALES

13. En primer lugar, el Grupo de Trabajo intercambió información sobre el contexto de la propuesta de futura labor de la Comisión. Se señaló que había acuerdo general en que los regímenes de insolvencia eficaces eran un instrumento de importancia decisiva para prevenir y afrontar las dificultades financieras de las empresas. En situaciones de crisis general de un sector, la existencia de un régimen de insolvencia eficaz aportaba el marco jurídico necesario para reestructurar la deuda de esas empresas y ofrecía las condiciones necesarias para reanudar el crecimiento y salvaguardar el empleo. Ese régimen eficaz podía infundir confianza en el sistema crediticio y, si se concebía con los debidos incentivos y salvaguardias, podía constituir un instrumento al que pudieran recurrir los deudores cuando empezaran a experimentar dificultades financieras, incrementando así las probabilidades de éxito de una reorganización de un negocio.

14. El Grupo de Trabajo intercambió opiniones sobre la evolución actual del régimen de la insolvencia. Diversos informes de origen gubernamental, intergubernamental y no gubernamental confirmaban la importancia que se otorgaba al régimen de la insolvencia y a su reforma en todo el mundo. Se informó de que varios países habían introducido recientemente o estaban preparando legislación para reformar sus regímenes de insolvencia con disposiciones que, en algunos casos, adoptaban la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza o seguían su criterio. Actualmente, varias organizaciones internacionales se ocupaban de cuestiones de insolvencia y estudiaban modos de elaborar regímenes

de insolvencia eficaces y eficientes. El Banco Mundial comunicó que estaba elaborando principios y directrices de reglamentación del marco jurídico, institucional y normativo necesario para un régimen de insolvencia eficaz. Esos principios y esas directrices constituían elementos básicos, más que normas, y preveían flexibilidad para ajustarse a las distintas circunstancias. Los principios y directrices se centraban en una serie de aspectos clave de las relaciones jurídicas entre deudores y acreedores, estudiando la interacción entre los sistemas modernos de crédito y garantía y la insolvencia, las vías oficiosas y oficiales para la reorganización de empresas, y ciertas situaciones especiales como los acontecimientos sistémicos, las crisis financieras de empresas estatales y las insolvencias bancarias. Esa labor se llevaba a cabo en cooperación con organizaciones internacionales interesadas y por medio de una serie de conferencias regionales. Su conclusión está prevista para agosto de 2000.

15. El Banco Asiático de Desarrollo (BAD) informó de que su criterio era más específico y se centraba en el estudio de 11 países asiáticos, pero promovía el amplio objetivo de alentar el desarrollo de regímenes, prácticas e instituciones jurídicos y comerciales adaptables a todas las circunstancias económicas (el informe del BAD se menciona en el documento A/CN.9/WG.V/WP.50). En particular, el futuro reto para esos países consistía en el reforzamiento de la gestión empresarial, de la que la insolvencia constituía un importante aspecto. El programa de reformas se desarrollaba mediante una serie de simposios en que se preparaba el examen de los problemas y se elaboraban soluciones. En recientes simposios se subrayó la necesidad de intensificar los contactos y la cooperación entre las instancias judiciales de la región a fin de que se organizaran coloquios judiciales y programas de educación y capacitación. La conclusión del informe definitivo estaba prevista para principios de 2000.

16. El Fondo Monetario Internacional (FMI) se remitió a su informe interno sobre regímenes de insolvencia (mencionado en el

documento A/CN.9/WG.V/WP.50) e indicó que lo utilizaría como base para su diálogo con los países sobre las medidas a adoptar y para la asistencia técnica que prestara a esos países, con especial atención al análisis que dio lugar a las recomendaciones. La Asociación Internacional de Abogados indicó que su Comité J estaba preparando unas disposiciones modelo para cuestiones de insolvencia, pero que los progresos eran lentos debido al escaso tiempo disponible para el proyecto.

17. Sobre la cuestión de la posible labor futura de la Comisión, se sugirió que la Comisión diera orientación técnica directa sobre las leyes básicas que regían los procedimientos de insolvencia y estudiara la forma de aplicar los principios existentes con medidas legislativas. No obstante, se expresó la opinión de que los textos legislativos no bastaban por sí solos para establecer un régimen de insolvencia eficaz; lo que hacía falta era una fuerte estructura institucional responsable y transparente. Ahora bien, se señaló que si bien estaba claro que esas disposiciones legislativas no podían regular por sí solas la cuestión crucial de la preparación técnica y de la competencia práctica requerida por quienes administran y utilizan regímenes de insolvencia, sí podían facilitar el establecimiento de unas técnicas y prácticas profesionales ampliamente difundidas entre los que se apoyaban sobre un fundamento legal común. Además, con la labor que se emprendiera se pondría de relieve la continua importancia que tenían los regímenes de insolvencia en todas las fases del ciclo económico, y no sólo en los períodos de crisis. También se subrayó que la modernización y armonización de una parte, por pequeña que fuera, de los diversos regímenes imperantes en materia de insolvencia, eran una de las grandes ventajas que cabía esperar obtener de la posible labor futura de la Comisión.

18. A fin de que esta tarea tuviera máximas posibilidades de éxito, se sugirió que se fijara su alcance preciso de forma realista. Con ese fin, se sostuvo que el nuevo régimen debería destinarse a las empresas o sociedades legalmente constituidas y no a los

consumidores. También era posible que debieran excluirse ciertas instituciones sujetas a reglamentación especial o que requirieran trato especial (como las instituciones financieras, las compañías de seguros y ciertas empresas de servicios públicos), así como los síndicos o administradores de la insolvencia. Además se sugirió que, a fin de establecer temas y criterios comunes, se fijaran cuestiones concretas a fin de delimitar y definir el alcance de la futura labor. Una de las cuestiones propuestas era la relativa a la reestructuración extrajudicial.

19. Con respecto a la forma de toda labor futura, se formularon muchas reservas sobre la posibilidad de elaborar una ley modelo sobre la insolvencia de carácter universal o “de talla única”. En apoyo de esa opinión se pusieron de relieve la complejidad y la diversidad del derecho de la insolvencia y su estrecha relación con una serie de regímenes igualmente complejos, como el derecho de sociedades, las garantías y la reglamentación de los sectores de finanzas y seguros. Se argumentó que lo factible sería elaborar un texto más flexible que podría consistir en principios clave o directrices legislativas. También se sugirió que la Comisión fuera más lejos y demostrara, en su caso, el modo en que cabría plasmar esos principios en legislación. También se subrayó la relación estrecha entre el contenido y la forma, y el Grupo de Trabajo convino en que no podía adoptarse ninguna decisión sobre la forma hasta que se hubieran examinado en detalle las cuestiones relativas al contenido.

20. El Grupo de Trabajo decidió continuar sus deliberaciones con un debate sobre los objetivos fundamentales de los regímenes de la insolvencia, tratados en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.50, párrs. 24 a 31), antes de entrar en un examen más detallado de los rasgos esenciales de esos regímenes.

B. OBJETIVOS FUNDAMENTALES

21. Con respecto a los objetivos A (“Maximizar el valor de los bienes”) y B (“Hallar el punto de equilibrio donde una liquidación da paso a una reorganización, o viceversa”), el Grupo de Trabajo convino en general en que ambos objetivos guardaban una estrecha relación y en que lo importante era el empleo ponderado de los distintos procedimientos de insolvencia. Si bien cabía dar prioridad al cobro máximo por parte de los acreedores, era importante tener en cuenta también otros objetivos como el fomento de una clase empresarial y la protección del empleo. También se expresó la opinión de que en esos objetivos convenía también tomar en consideración la pérdida de capacidad de producción, la pérdida del valor operativo de la entidad y la posible desaparición del deudor y de los activos del deudor. Se expresó el temor de que la forma en que se presentaran los objetivos indujera a polarizar la insolvencia entre la liquidación, por un lado, y la reorganización, por otro. Lo que convenía era redactar con criterios amplios un “arreglo” o “método” que maximizara el cobro de los créditos y minimizara los efectos de la insolvencia y abarcara toda la posible gama de técnicas de insolvencia. En esa formulación se evitaría también toda preferencia implícita por una determinada técnica o por determinadas técnicas para lograr el objetivo A.

22. Con respecto al objetivo C (“Trato equitativo”), el Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo con la formulación general, aunque deseaba que se aclarara si en la referencia a los acuerdos concertados entre el deudor y los acreedores se tenían debidamente en cuenta los intereses de todos los acreedores, especialmente cuando esos intereses se derivaban de la ley y no de un contrato.

23. En relación con el objetivo D (“Facilitar una solución oportuna, eficiente e imparcial de las insolvencias”), el Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en general en que resultaría beneficioso fijar un término para la resolución de ciertas cuestiones, siempre que esos plazos pudieran modificarse, prorrogarse y reducirse por decisión judicial o de algún órgano administrativo. Se apoyó la

opinión de que tal vez resultaría difícil llegar a un acuerdo general sobre esos plazos. Se puso en tela de juicio la necesidad de fijar un plazo general para el procedimiento en su totalidad. Además de la referencia a la resolución rápida y eficiente de las insolvencias, se propuso que en el objetivo se dispusiera también que el proceso debía comenzar del mismo modo. También se sugirieron modificaciones del objetivo que preveían la ampliación del concepto de “actividades empresariales” del deudor suprimiendo la palabra “empresariales”, la inclusión de una referencia a la minimización del costo del procedimiento además de a su oportunidad y eficiencia, la sustitución de “tribunales administrativos” por “instancias administrativas”, y la ampliación del concepto de supervisión por los tribunales y órganos administrativos agregando las funciones de intervención y orientación. También se indicó que mientras que en la primera frase se enunciaba debidamente el objetivo, en el resto del párrafo 28 se describía lo que en realidad constituía uno de los rasgos esenciales del régimen de la insolvencia.

24. Se expresó cierta preocupación por lo que pudiera constituir un desmembramiento del patrimonio del deudor “prematureo” en el contexto del objetivo E (“Impedir que los acreedores desmiembren prematuramente los activos del deudor”). También se sugirió que debería precisarse la finalidad de que se paralizaran las actuaciones, especificándose que la paralización había de ser “de duración suficiente para poder examinar adecuadamente la situación del deudor”, y si cabría prever excepciones a su aplicación, y cómo se procedería a modificarla o levantarla. Se señaló que esas cuestiones se habían tratado de forma acertada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, que debería servir de norma. Además, la paralización debería aplicarse a las medidas ejecutables contra el deudor, pero no necesariamente a la iniciación de toda acción contra el deudor. También se observó que la referencia a la necesidad de llevar el procedimiento de manera ordenada estaba más bien relacionada con el criterio de eficiencia en el objetivo D, que es donde debería insertarse, y no en el objetivo E que debería centrarse

en la paralización. Se sugirió que la paralización de las acciones contra el deudor se complementara con la prohibición de que el deudor, salvo excepciones apropiadas, se deshiciera de sus bienes o los gravara.

25. Se apoyó la opinión de que el objetivo F (“Estatuir un procedimiento que sea previsible y transparente y que contenga incentivos para que se presente y reúna la información”) debería centrarse en la transparencia y la previsibilidad; el acopio y suministro de información debería considerarse en el contexto de las características básicas y no de los objetivos fundamentales. Se indicó que en el objetivo debería distinguirse más claramente entre la previsibilidad de un resultado y la transparencia, ya que se refería al tratamiento del flujo de información que produciría el resultado.

26. El Grupo de Trabajo reafirmó la importancia del objetivo G (“Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza”) y de que se adoptara el régimen de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza como medio idóneo para lograr ese objetivo.

27. Entre los objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia se incluyeron también otras cuestiones. La primera propuesta fue la de añadir el objetivo de iniciar pronto el procedimiento de insolvencia. En apoyo de ese objetivo se señaló que si el procedimiento de liquidación o reorganización prosperaba, era importante conservar el valor de los activos del deudor. Para facilitar ese resultado había que asegurar que se dieran incentivos para alentar a la dirección de la empresa a iniciar un procedimiento cuando los activos de la entidad aún tuvieran valor o bien prever sanciones si no se iniciaba el procedimiento en breve plazo.

28. La segunda propuesta se refería al objetivo F (“Estatuir un procedimiento que sea previsible y transparente y que contenga incentivos para que se presenta y reúna la información”) y consistía

en que se agregara un objetivo de transparencia en lo referente a la información sobre la situación del deudor. Dado que este factor era crucial para los acreedores, se observó que toda ley de insolvencia debía prever incentivos para alentar al deudor a revelar su posición y, en caso de que no lo hiciera, las correspondientes sanciones.

29. En otra de las propuestas se sugería un nuevo objetivo para facilitar los arreglos extrajudiciales. Se expresó la opinión de que dado que la forma en que se estructurara el régimen de la insolvencia determinaría el contexto en que podía desarrollarse un procedimiento, era importante que se especificara como objetivo la posibilidad de llegar a arreglos extrajudiciales. Asimismo, se señaló que existía una estrecha relación entre las leyes relativas a las medidas para hacer pagar las deudas, garantizadas o no, y la eficacia de las leyes de insolvencia; y era, pues, un aspecto del que convenía ocuparse.

30. Se planteó la cuestión del fraude y se dijo que era de importancia general para las leyes de insolvencia, no sólo en el contexto del objetivo C (“Trato equitativo”). Se sugirió que, dado que el fraude pertenecía a una categoría general de actos nocivos para el procedimiento de insolvencia, cabría incluirlo como objetivo general bajo ese título.

31. Tras concluir el examen de los objetivos fundamentales, el Grupo de Trabajo pasó al tema de la determinación de los rasgos esenciales de todo régimen de insolvencia.

C. DETERMINACIÓN DE LOS RASGOS ESENCIALES

1. Observaciones generales

32. El Grupo de Trabajo examinó en primer lugar el resumen de las cuestiones que debían resolver los regímenes de insolvencia,

conforme a lo indicado en los párrafos 32 y 33 de la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.50). Se señaló que en el contexto de los objetivos fundamentales se habían examinado además otras cuestiones que deberían agregarse al estudio de los rasgos esenciales. Entre estas cuestiones cabía destacar: los actos efectuados en perjuicio de los acreedores; la transparencia; la información que debía facilitar el deudor sobre su situación y la revelación de esa información a los acreedores. También convendría examinar de manera general las siguientes cuestiones: el fraude; la identificación de los bienes del deudor y el tratamiento a dar a los bienes de terceros; y la protección de los derechos de los acreedores, facultando a los acreedores para obrar en su propia defensa (dándoles acceso a información disponible y habilitándoles para intervenir en nombre propio en procedimientos de insolvencia que afectaran a sus intereses, con independencia de si ese procedimiento se seguía para la liquidación de la empresa o para su reorganización).

33. Se presentaron varias propuestas para enmendar y complementar los párrafos 32 y 33. Concretamente, en relación con el párrafo 32: la modificación del punto 3 para que especificara el momento a partir del cual “se podía o se debía” iniciar el proceso; en el punto 4, la inclusión de una referencia a la posible supervisión del deudor además de su cese; en el punto 5, la inclusión de una referencia a las partes que no sean acreedores cuyas acciones puedan quedar paralizadas; y en el punto 8, la inclusión de una referencia a otras cuestiones referentes al tratamiento de los acreedores. En el párrafo 33, se propuso que se añadiera una referencia a la retención y compensación y a la eventual capacitación de profesionales.

2. Deliberaciones sobre los rasgos esenciales

a) Aplicación de la ley: particulares y empresas (párrs. 34 a 36)

34. Se expresaron dudas sobre el sentido que debía darse a ciertos términos. La utilización de palabras como “sociedades”, “empresas”

e “instituciones financieras” planteaba problemas de definición y habría que aclarar con precisión lo que esas palabras abarcaban.

35. Se expresó la opinión de que la futura labor de la Comisión debería limitarse a las entidades con personalidad jurídica diferenciada. Se señaló que si se incluían los particulares y las sociedades colectivas, surgirían dificultades con cuestiones como el pago o el embargo de salarios posteriores a la insolvencia, así como cuestiones personales como los arreglos en procedimientos de divorcio. Según otro parecer, si esas empresas personales intervenían en actividades comerciales, debían entrar en el ámbito de trabajo de la Comisión, ya que ésta se ocupaba principalmente de la actividad comercial. Se propuso que se hiciera hincapié en la actividad que se realizaba, es decir, el comercio, y en los órganos a través de los cuales se llevaba a cabo normalmente ese comercio. Se estimó que esa formulación podría englobar las diversas vías, y los diversos medios, por los que se realiza el comercio en todo el mundo.

36. Con respecto a las entidades sujetas a algún régimen más estricto, como los bancos y las compañías de seguros, se consideró que la fórmula de exclusión prevista por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (artículo 1 2)) ofrecía una buena solución. En cambio, según otra opinión, con una simple exclusión de esas entidades se hacía caso omiso de la realidad actual en que algunas funciones bancarias y de seguros eran realizadas habitualmente por grupos comerciales generales, que no convendría excluir del ámbito de la futura labor.

37. En cuanto a las empresas públicas, se expresó el parecer de que no había motivos para excluirlas sin más de un régimen de insolvencia, aun cuando se juzgaran necesarias algunas exclusiones. Tales exclusiones podrían referirse a las empresas estatales sujetas a reglamentación especial (como las empresas de servicios públicos estrictamente reglamentadas), pero no a las empresas en las que el

Estado sólo tuviera un interés limitado o las empresas estatales con actividades comerciales.

b) La relación entre liquidación y reorganización (párrs. 37 a 46)

38. El Grupo de Trabajo convino en general en que lo importante era hallar un equilibrio entre los distintos procedimientos de insolvencia, independientemente de cómo estuvieran organizados en la ley de insolvencia (por ejemplo, como procedimientos unitarios o de otra índole). Tal como se señaló en el debate sobre los objetivos fundamentales no deberían polarizarse los procedimientos entre los de liquidación, por un lado, y los de reorganización, por otro, sino que deberían preverse distintas técnicas posibles de insolvencia a las que se pudiera recurrir para lograr el objetivo de maximizar el valor de los bienes (véanse también los párrs. 90 y 91).

c) Procedimientos de liquidación (párrs. 47 a 103)

39. Como cuestión preliminar, se observó que tal vez el Grupo de Trabajo debiera aclarar lo que se entendía por “liquidación” y las medidas que, de acuerdo con el criterio general, podían quedar comprendidas por ese término. Se indicó, por ejemplo, que algunos regímenes de liquidación no preveían la posibilidad de que la entidad deudora pudiera seguir comerciando antes de ser vendida como empresa en marcha.

40. Se formularon propuestas para enmendar o complementar las fases del procedimiento de liquidación que se enumeraban en el párrafo 47. Concretamente, en el punto 3, se sugirió que la persona independiente que efectuara y administrara la liquidación pudiera ser también un órgano independiente; en el punto 4, se sugirió la posibilidad de mantener la empresa en funcionamiento en vez de clausurarla y la posibilidad de autorizar al síndico a mantener la empresa en funcionamiento con un fin limitado; también se propuso que se hiciera referencia a la posible transformación de la liquidación

en reorganización; y se sugirió asimismo prever la posibilidad de revelar la información sobre la situación del deudor, concretamente las transferencias recientes, los activos, las deudas, etc.

Condiciones para la apertura de la liquidación (párrs. 48 a 52)

41. Se expresaron diversas opiniones sobre lo que podía desencadenar la apertura del procedimiento. Se apoyó el criterio del cese general de pagos, si bien se expresó el temor de que fuera un criterio demasiado vago y subjetivo. También se expresó el temor de que el cese general de pagos pudiera denotar una situación de extrema dificultad, haciendo fracasar el objetivo de iniciar pronto el procedimiento. Como alternativa, se sugirió el criterio del balance general por el que se determinaba si el valor de las deudas del pasivo superaba al valor de los activos y que representaba una prueba más objetiva. También se sugirió que se evaluaran una serie de hechos objetivos que podrían incluir la suspensión de pagos importantes y delicados como los de alquiler, impuestos, salarios, gastos de seguridad social y otros asuntos. En tal situación, la suspensión de pagos sería sólo un indicio de la necesidad de iniciar procedimientos de insolvencia y requeriría el examen de las circunstancias específicas del deudor.

42. Con respecto al comienzo del procedimiento a instancia del acreedor, se expresaron dudas sobre el modo en que el acreedor podía obtener información que representara un indicio de suspensión general de pagos, más que un simple impago de la deuda concreta de ese acreedor. Si esa información sólo podía obtenerse mediante un complejo procedimiento, tal vez no fuera un factor adecuado para desencadenar el procedimiento. Si, en cambio, se aceptaba el simple impago de una deuda a un acreedor como criterio desencadenante del procedimiento (y uno de los procedimientos especificados podría suponer la utilización de ese simple impago para determinar una presunción de insolvencia), podrían plantearse otros problemas, al existir la posibilidad de que ese acreedor perturbara los

procedimientos extrajudiciales al iniciar un procedimiento de insolvencia. Por otra parte, se estimó que la iniciación de un procedimiento rápido por parte del acreedor no era necesariamente óbice para una reorganización, ya que el deudor estaba en condiciones de conocer su propia situación y podía adoptar él mismo, en cualquier momento, las medidas necesarias para iniciar una liquidación o una reorganización.

43. También se debatió la cuestión conexas de la posibilidad de declarar obligatoria la apertura de un procedimiento. Se indicó que para cumplir el objetivo de una apertura rápida del procedimiento, la ley de insolvencia debía prever incentivos (como la protección frente a medidas de ejecución forzosa) o sanciones en caso de que no se presentara una demanda. Se reconoció que con independencia del hecho de que la elección entre el criterio del “palo” y el de la “zanahoria” dependía de la situación de cada país y del modo en que los regímenes de insolvencia regulaban los procedimientos extrajudiciales, existía además el peligro de que si se establecía la obligatoriedad del procedimiento se hicieran fracasar los arreglos extrajudiciales.

Efecto de la apertura: bienes de la masa insolvente (párrs. 54 a 56)

44. Se planteó la cuestión de cómo debían tratarse los bienes de terceros; ¿formaban parte de la masa o tenían otra condición jurídica? Por una parte, se estimó que si bien no necesariamente formaban parte de la masa, tal vez se era responsable de su protección. En tales casos, era posible que esos bienes fueran utilizados por la masa, en espera de una decisión sobre su compra o su devolución al tercero. En otros casos, no se reconocía ninguna reserva de titularidad una vez que el deudor hubiera utilizado los bienes y éstos formaran parte de la masa.

45. Se subrayó que había una diferencia entre los procedimientos unificados y otros tipos de procedimientos en lo que se refería al

tratamiento de los bienes. En el caso de los primeros, dado que la decisión sobre lo que constituían los activos de la masa insolvente sería demorada hasta que se decidiera el procedimiento que habría de seguirse, habría que proteger la masa hasta entonces. En otros casos, el tipo de procedimiento seguido ya indicaría la forma en que habría que tratar la masa desde el principio.

Efecto de la apertura: protección de la masa (párrs. 57 a 62)

46. Se recalcó que los procedimientos podían dividirse en distintas fases a las que se aplicaban consideraciones diferentes, como el período que mediaba entre la presentación y la admisión de una demanda y el período posterior a la apertura del procedimiento. También estaba claro que los distintos tipos de procedimientos plantearían distintas consideraciones, por ejemplo, cuando se vendiera la masa fragmentada, la necesidad de proteger los bienes o de moderar las demandas de los acreedores no eran factores tan cruciales como cuando se vendía la empresa como negocio en marcha o se procedía a reorganizarla.

47. Dos cuestiones fundamentales que se decidió que debían estudiarse eran la necesidad de incluir a los acreedores garantizados en toda suspensión de derechos de ejecución forzosa y la capacidad del síndico para obtener información de interés para la conservación de los bienes.

El procedimiento: verificación de los créditos (párr. 64)

48. Se apoyó en general la opinión de que tal vez no se daba la suficiente importancia a la cuestión de la verificación de los créditos, que de hecho podía influir en gran medida en la capacidad de los acreedores para participar en el proceso. También podría servir como principal factor de demora del procedimiento si se requería la aprobación de todos los créditos antes de que se pudiera pasar a las siguientes fases del proceso. Una solución del problema consistiría

en permitir el reconocimiento provisional de los créditos para ciertos fines temporales, con la plena verificación del crédito a efectos de distribución. Se plantearon otras cuestiones pertinentes como la participación de créditos en moneda extranjera; el pasivo eventual; los créditos preferentes ordinarios; las repercusiones de los procedimientos múltiples; plazos para la presentación de los créditos, prescripción eventual si se presentaban fuera de plazo o simple aplazamiento; y si la verificación correspondía siempre necesariamente al acreedor o si había circunstancias en que no se requería, como por ejemplo cuando se dedujera de la contabilidad del deudor que podía existir un determinado crédito.

Facultades para declarar la nulidad (párrs. 70 a 80)

49. En el Grupo de Trabajo se expresó reiteradamente la opinión de que se debería gozar de cierta facultad para declarar la nulidad de determinados actos u operaciones del deudor tanto en los procedimientos de liquidación como en los de reorganización. A este respecto se dijo también que esa facultad debería ser la misma en ambos procedimientos, ya que esta diferencia podría dar motivo para que algunos acreedores optaran por el procedimiento que, a su entender, les resultara más favorable, aun cuando no fuera el más adecuado para resolver las dificultades financieras del deudor. Pero, según otro parecer, esta facultad no debería ser la misma para ambos procedimientos ya que se planteaban distintas consideraciones y, por ejemplo, debería limitarse la facultad de anular operaciones objetivamente normales en el supuesto de una reorganización.

50. Se consideró que la facultad no debería limitarse a resolver los problemas de las operaciones fraudulentas sino que debería servir en general para hacer frente a las operaciones y transferencias que perjudicaran a los acreedores en general. Se subrayó que se trataba de una cuestión difícil de regular, ya que los tipos de operaciones tratadas no solían ser reconocidas por el deudor y, por lo tanto, el síndico no tenía necesariamente constancia de ellas. En relación con

el modo en que habrían de abarcarse las distintas operaciones, se sugirió que se presumiera o sospechara el carácter perjudicial de determinados tipos de operaciones, como las realizadas con partes allegadas o con iniciados (de forma que el síndico no tuviera que demostrar que eran perjudiciales), mientras que para otras operaciones hubiera que demostrar el perjuicio. En el segundo tipo de operaciones, podría cuestionarse la demostración del perjuicio. Se señaló que podría haber dificultades con un concepto general de lo que pudiera constituir una operación de iniciados, ya que las legislaciones nacionales diferían considerablemente sobre este punto.

51. Con respecto al período durante el cual se habría de entretener sospecha sobre ciertas operaciones, se estimó que sería importante fijar un límite temporal, pero que en principio no debería ser excesivamente largo ya que podría crear inseguridad. Por otra parte, se opinó que la imposición de plazos podía inducir al deudor a demorar la apertura del procedimiento, a fin de evitar que ciertas operaciones entraran en el período de sospecha especificado.

Tratamiento de los contratos (párrs. 81 a 88)

52. Una opinión reiteradamente expresada fue la de que, al igual que la facultad para declarar la nulidad, la facultad de mantener o resolver contratos era esencial tanto en los procedimientos de liquidación, especialmente cuando la entidad se vendiera como negocio en marcha, como en los de reorganización. La elección entre resolver o no un determinado contrato estaría en función de cuál de las dos opciones resultara más beneficiosa para los acreedores. A este respecto, se señaló que la modificación de contratos, particularmente su rescisión, podía tener repercusiones muy negativas para la masa insolvente, debido a que en tal caso debía pagarse indemnización por la rescisión, lo cual podría mermar el éxito de la reorganización. Se explicó que esas facultades eran indispensables en los casos de reorganización para hacer frente a la situación común en que los acreedores no pudieran contar con un pago íntegro pero que aun así

cobraran más de lo que habrían percibido en caso de liquidación de la entidad. Ya que el pago íntegro era imposible, el deudor probablemente tendría que incumplir una serie de contratos, a raíz de lo cual debería pagar una indemnización; dicha indemnización se efectuaría mediante un pago incompleto de la deuda.

53. Se señaló que algunos tipos de contratos tal vez tuvieran que considerarse excepciones a efectos de esas facultades, como en el caso de los contratos laborales, pero los posibles beneficios de esas excepciones habrían de sopesarse teniendo en cuenta el objetivo de maximización del valor.

Compensación (párrs. 89 a 91)

54. En el Grupo de Trabajo se expresó la opinión de que, a pesar de que la compensación no estaba siempre permitida en el derecho interno, debía ser reconocida como principio general. Por otra parte, se argumentó que ese reconocimiento podría ser apropiado en el caso de un derecho de compensación anterior al comienzo del procedimiento, pero que no podía apoyarse este reconocimiento tratándose de una compensación posterior a la apertura del procedimiento, si bien podía haber excepciones. En general, se consideró que debían reconocerse los acuerdos multilaterales de compensación de obligaciones financieras. Se señaló que en algunas jurisdicciones el derecho de compensación era tratado del mismo modo que un derecho de garantía. Se sostuvo que si un derecho de compensación era tratado como un crédito garantizado y estaba sujeto a la suspensión de la ejecución de los derechos, se daría al liquidador la oportunidad de abordar algunas de las cuestiones de política social que pudieran surgir en los procedimientos de insolvencia. Por otra parte, se estimó que permitiendo la compensación se hacía una excepción en lo referente al trato equitativo de los acreedores, lo que, en algunas jurisdicciones, podía contradecir la legislación nacional, concretamente las disposiciones sobre el impago de salarios.

Disposición de los bienes (párrs. 92 y 93)

55. Se puso en tela de juicio la necesidad de que el tribunal o los acreedores aprobaran la disposición o venta de los bienes. Según una de las opiniones, ese requisito podía retrasar innecesariamente el procedimiento, reducir el valor de los bienes y resultar costoso, especialmente cuando los bienes que debieran venderse fueran perecederos y fuera imprescindible venderlos rápidamente para maximizar su valor. Se señaló que en algunas jurisdicciones se otorgaban facultades especiales a los síndicos en relación con esos bienes. Un medio mejor para asegurar que la venta se realizara con equidad y sin incorrecciones consistía en basarse en las disposiciones de responsabilidad del síndico y en los procedimientos de apelación o impugnación de que disponían los acreedores. Según otra de las opiniones, a juzgar por la experiencia de las jurisdicciones en que se requería la aprobación de los acreedores, el requisito de aprobación no parecía plantear problemas; en cambio, parecía más probable que hubiera problemas si una persona controlaba la eficacia de la venta. Siempre y cuando los acreedores intervinieran activamente en el procedimiento de liquidación y estuvieran representados por comités de acreedores, era improbable que la obtención de la aprobación para la venta de los bienes provocara demoras en el proceso de venta.

56. Respecto de la cuestión de la notificación, se dijo que el hecho de darla evitaba toda posibilidad de colusión, permitía al síndico obtener un mejor precio, ya que habría más probabilidades de que la venta no fuera el resultado de una única oferta, y contribuiría a evitar toda sugerencia de que se hubieran escamoteado los bienes a la competencia del mercado.

Prelación (párrs. 94 a 100)

57. Se informó al Grupo de Trabajo que la reciente labor sobre la cuestión del orden de prelación de los créditos había dado lugar a una serie de recomendaciones que podrían revestir interés para el examen

de esa cuestión. De acuerdo con el principio general, tras el pago de los acreedores garantizados, el producto de la venta de los bienes debía distribuirse en partes iguales y sin preferencias entre los acreedores restantes, a menos que hubiera razones imperiosas para justificar un trato preferente para una determinada deuda. Los factores que debían tenerse en cuenta al determinar si había razones imperiosas para conceder un trato preferente podrían ser, entre otros, los siguientes: consideraciones de principios dimanantes de otras leyes ajenas al ámbito de la insolvencia, incluidas las obligaciones internacionales de política salarial; la consideración de los derechos privados debería en general anteponerse a los intereses públicos; la necesidad de crear incentivos para los acreedores a fin de administrar los créditos con eficiencia; la conveniencia de alentar a quienes otorgan crédito a fijar el precio del crédito al nivel más bajo posible; no deberían hacerse distinciones sutiles entre las clases de acreedores a raíz de lo cual una clase de acreedores tuviera que soportar una carga mayor de la deuda no pagada; y las repercusiones que tendría una deuda preferente en los costos de las operaciones o del cumplimiento. Se propusieron tres criterios para determinar lo que constituiría una razón "imperiosa": cuando se justificara por justicia y equidad; injerencia innecesaria en el régimen de los derechos reales y de las garantías; y fomento de una administración eficaz de la insolvencia o al menos no restar eficacia a la administración del patrimonio insolvente. Debería examinarse la posibilidad de que pudieran atenderse imperativos sociales de un modo que no fuera estableciendo preferencias en la insolvencia, pero cuando se considerara que había motivos justificados de interés público, deberían articularse claramente para promover la transparencia en el proceso de insolvencia.

58. Si bien se consideró que en general convenía evitar o reducir al mínimo las preferencias, también se apoyó la idea de que se otorgara cierta prelación a los créditos salariales y, en algunos casos, a los públicos como los de tipo fiscal. Se señaló que esas cuestiones guardaban una estrecha relación con los imperativos sociales y que

en cada país podían seguirse criterios diferentes. Se convino en general en que sería muy difícil acordar un orden de prioridades pero que, por principio, no debería permitirse que las prioridades dominaran el proceso de insolvencia; además, debían alentarse otras formas de abordar los mismos imperativos sociales y la transparencia era un objetivo digno de promoverse. También se indicó que debía fomentarse la uniformidad de criterios, de modo que no se establecieran distintos regímenes de prioridad para distintos procesos en una misma ley de insolvencia.

Liberación del deudor (párrs. 101 y 102)

59. Como observación preliminar se señaló que la pertinencia de estas cuestiones dependería del alcance de la labor emprendida sobre la insolvencia y de los deudores a los que fuera aplicarse, así como del tratamiento que se fuera a dar a la relación entre el solicitante de la garantía y las sociedades, y su personal gerente, a los efectos de las garantías otorgadas y de la responsabilidad incurrida por las deudas. Se sugirió que, el hecho de que en algunos países buena parte de la actividad comercial corriera a cargo de comerciantes individuales y no de sociedades de responsabilidad limitada, haría mermar el valor de la labor que se emprendiera, si quedaban excluidos de su ámbito ciertos tipos de entidades que, pese a no ser sociedades de responsabilidad limitada, efectuaban una gran parte del comercio en esos países. Se observó igualmente que sería difícil llegar a una solución generalmente aceptable para aquellos supuestos en los que la liberación del deudor suscitara cuestiones de política social; se mencionó como motivo de particular inquietud el supuesto de las jurisdicciones donde la quiebra conllevaba un cierto oprobio social.

60. Se observó que al tratarse esta cuestión en los párrafos 101 y 102 no se distinguía claramente entre la liberación del deudor de sus deudas y la rehabilitación comercial del quebrado, es decir su exoneración por concepto de fraude. Se expresó el parecer de que de sospecharse un comportamiento fraudulento del deudor, la solución

adecuada consistía en acusar al deudor del fraude por la vía penal, y no en denegar al quebrado su rehabilitación comercial. Si bien tal vez también sea posible suspender la liberación del deudor respecto de aquellas deudas que haya contraído fraudulentamente, convendría distinguir entre aquellos actos por los que sólo deba denegarse parcialmente la liberación del deudor de sus deudas y aquellos otros por los que esa liberación le deba ser plenamente denegada.

Acreeedores en el extranjero (párr. 103)

61. Si bien se convino en general en que los acreedores en el extranjero debían recibir el mismo trato que los acreedores nacionales, se señaló que a efectos de notificación podría ser necesario fijar distintos plazos y condiciones diferentes para los acreedores en el extranjero. Esta cuestión ya fue debatida durante la preparación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y al final se acordaron disposiciones especiales de notificación con arreglo al artículo 14 para abordar la situación especial de aquéllos.

Otros temas que cabría examinar

62. Se sugirió la inclusión de otras cuestiones entre los rasgos esenciales de todo régimen de insolvencia. Estas cuestiones eran las siguientes: el efecto de la insolvencia en las operaciones que se realizan una vez iniciado el procedimiento pero antes de su notificación; las facultades y obligaciones del síndico, así como su supervisión, sustitución y remuneración; los recursos judiciales de los acreedores, en particular la impugnación de créditos de otros acreedores; el trato de los créditos no monetarios y de los créditos que aún no fueran exigibles al iniciarse el procedimiento; la transparencia y equidad de los procedimientos; el efecto del procedimiento de insolvencia en otros procedimientos pendientes; y la insolvencia de multinacionales. Se expresó la opinión de que la cuestión de la notificación y sus efectos era en general crucial para

los procedimientos de insolvencia y que tal vez podía ser incluida entre los rasgos esenciales o los objetivos fundamentales. La notificación de los acreedores era esencial para su participación en el procedimiento y para la presentación de sus créditos. El Grupo de Trabajo examinó distintas formas de dar la notificación con respecto a la apertura del procedimiento y a sus otras fases.

d) Reorganización (párrs. 104 a 143)

Rasgos esenciales (párr. 104)

63. Se sugirieron diversas adiciones a los rasgos esenciales de los procedimientos de reorganización que se enumeran en el párrafo 104 de la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.50). Se citaron al respecto las siguientes cuestiones: el fracaso de la reorganización y su transformación en proceso de liquidación, incluidos los costos del intento de reorganización y la forma en que debían tratarse en una liquidación ulterior; la determinación de la relación apropiada entre los acreedores y los propietarios de la entidad deudora (incluida la participación continua de los propietarios en la entidad), especialmente cuando los propietarios fueran también acreedores; y los problemas de interés público que podía suscitar la reorganización, concretamente en la comunidad local.

64. Se planteó la cuestión del carácter voluntario de los procedimientos de reorganización y se preguntó si se hacía referencia a la aceptación voluntaria de un plan de reorganización por parte del deudor o al inicio voluntario del procedimiento por parte de aquél. Si bien se sugirió que se considerara que el procedimiento voluntario era aquel en que el deudor hubiera consentido su inicio, se observó que en varias jurisdicciones se preveían procedimientos de reorganización que podían imponerse al deudor. Con respecto al inicio del procedimiento, se convino en que tanto los acreedores como los deudores debían poder iniciar procedimientos de reorganización.

Requisitos para el inicio del procedimiento (párrs. 105 a 110)

65. Sobre la cuestión del inicio, se propuso que se aplicara el mismo criterio a la liquidación y a la reorganización, que podría ser la suspensión general de pagos u otro criterio. No obstante, se señaló también que si se tenía en cuenta el objetivo de iniciar pronto el procedimiento, el criterio de la suspensión general de pagos no era quizás el más adecuado, al menos en el caso de los procedimientos iniciados por el deudor. Se propuso como criterio la falta previsible de liquidez, un criterio que permitiría al deudor prever la crisis financiera y recurrir al procedimiento de reorganización para superar sus dificultades financieras, lo cual sería una meta coherente con los objetivos convenidos por el Grupo de Trabajo. Se observó que la falta previsible de liquidez podría abarcar casos como aquellos en que el deudor tuviera que enfrentarse a una importante demanda de responsabilidad civil extracontractual que prosperara. Por otra parte, se subrayó que se requería un criterio que fuera lo suficientemente flexible para ser aplicable en distintos casos. Por ejemplo, cabría la posibilidad de no aplicar ningún criterio al inicio del procedimiento, siempre y cuando hubiera salvaguardias contra un recurso abusivo a este procedimiento; se señaló que a veces se iniciaba una reorganización con miras a aplazar lo inevitable y a consumir los escasos fondos que le quedaban al deudor. Para evitar tal problema, podría preverse algún tipo de evaluación previa del deudor (por ejemplo, a cargo del tribunal o de un perito independiente), a fin de determinar cuál de los posibles procedimientos podría ser efectivo para ese deudor, tomando nota de que la reorganización no era un proceso único sino una jerarquía de procesos que abarcaban desde una simple moratoria hasta una completa reestructuración. Con respecto al procedimiento de evaluación, se señaló que podía resultar costoso y retrasar innecesariamente el proceso. Otros métodos consistían en hacer participar a los acreedores en el proceso requiriéndoles que votaran sobre la viabilidad del plan de reorganización en un plazo limitado o requiriendo que se presentara a los tribunales una prueba de buena fe. El Grupo de Trabajo

intercambió ejemplos de distintos procedimientos de reorganización y criterios para el inicio de los procedimientos que se aplicaban en distintas legislaciones nacionales.

La paralización (párr. 112)

66. El Grupo de Trabajo convino en general en la importancia que tenía para un procedimiento de reorganización la paralización de toda medida de ejecución judicial de un derecho, que debería ser de aplicación universal a todos los acreedores. Se examinaron diversas cuestiones como las siguientes: a quién debía aplicarse la paralización; la aplicación automática de la paralización o suspensión, o su aplicación a discreción del tribunal; el período de aplicación; y las vías de recurso contra esa suspensión o paralización.

67. Con respecto a la universalidad de la paralización, se señaló que en un enfoque universal se evitaban las disputas sobre qué garantías serían esenciales para la empresa y cuáles no lo serían. No obstante, se observó que tal vez no hiciera falta incluir en la paralización ciertos tipos de garantías, que podían quedar excluidas. A este respecto también se planteó la cuestión de si también debía paralizarse el derecho del deudor a vender o gravar sus bienes para preservar la masa, pero se expresaron dudas sobre si sería realmente necesario adoptar esta medida para reorganizar la entidad deudora.

68. Con respecto a la aplicación automática de la paralización, se expresaron pareceres muy diversos. Se observó que no todos los ordenamientos preveían una paralización o suspensión automática fundamentándose en que probablemente parte de lo acordado entre el acreedor y el deudor permitiría una ejecución rápida de la deuda sin interferencias externas. En cuanto a si se evitarían litigios mediante una aplicación automática de la paralización, se observó que este tipo de medidas de paralización podría dar lugar a que se presentaran demandas ante los tribunales judiciales para obtener su modificación, mientras que las medidas de suspensión o paralización

discrecionalmente otorgadas por el tribunal podrían dar lugar a demandas ante los tribunales judiciales para obtener su imposición por vía coercitiva. Ninguna de las dos fórmulas ofrecía más probabilidades de evitar litigios que la otra. Tanto el levantamiento como la imposición por vía judicial de una medida de paralización o suspensión daría lugar a costas procesales. Se observó, en respuesta, que si bien ambos tipos de paralización podrían dar lugar a que se interpusiera una demanda ante un tribunal judicial, esa demanda se interpondría en uno y otro caso en una fase distinta del procedimiento. La ventaja de la paralización automática consistiría en que surtiría efecto al abrirse el procedimiento y podría por ello reportar un beneficio inmediato al administrador y al patrimonio insolvente. Se sugirió que cabría obtener resultados parecidos a los de una paralización o suspensión (con independencia de si esa medida era automática o discrecional) mediante la aplicación de nuevas técnicas. Obligar al deudor a negociar con los acreedores sería una manera excelente de averiguar, por ejemplo, la viabilidad de un plan de reorganización y la probabilidad que tendría un plan bien estructurado de ser aprobado por los acreedores. En ese supuesto la ausencia de una orden paralizadora de todas las medidas de ejecución demandadas por los acreedores cuyo crédito contara con el respaldo de una garantía no perjudicaría quizá el curso de la reorganización.

69. Se convino en general en la importancia de que se pudiera recurrir contra la paralización (por ej., para restringirla o para obtener que sea total o parcialmente levantada). En cuanto a la duración de la paralización o suspensión, se insistió en que toda paralización indefinida podría dañar a los titulares de un crédito con garantía, restando además valor a las garantías. Dado que la paralización tal vez sólo sea necesaria para permitir la adopción de ciertas medidas, bastaría con que su aplicación fuera temporal. Esta inquietud guardaba una estrecha relación con uno de los objetivos fundamentales examinados por el Grupo de Trabajo, la resolución eficiente y rápida de todo procedimiento. Por consiguiente, sería

conveniente imponer plazos a la preparación del plan a fin de que la paralización pueda ser de duración limitada. Otra cuestión sería si convendría o no hacer depender la duración de la paralización de la magnitud y complejidad de la reorganización emprendida.

Control del negocio del deudor (párrs. 113 a 116)

70. Según la opinión generalizada, no podía concertarse ninguna regla general e inflexible sobre la cuestión del control del negocio del deudor durante el procedimiento de reorganización. Se señaló que había una serie de casos en que la situación del deudor no se podía atribuir a la mala gestión de la empresa o a prácticas comerciales deshonestas por parte del deudor y que, por lo tanto, no había motivos de peso para destituir a la dirección. Según otro parecer, se estimó que dado que la dirección era responsable de las dificultades financieras del deudor, debía ser apartada de la gestión de la empresa y sustituida por un administrador. Pero en algunos casos, aun cuando hubiera habido mala gestión, el carácter técnico del negocio podía requerir que la antigua dirección continuara colaborando estrechamente en la gestión a fin de asegurar la buena marcha del negocio del deudor, cuya administración se hubiera encomendado al personal profesional externo. La designación de personal de gestión externo podría tranquilizar a los acreedores y proveedores, e infundir confianza en la empresa. Cabía recurrir a otras medidas, dejando que la dirección siguiera ocupándose de la gestión corriente de la empresa, pero bajo la supervisión de un administrador o de los tribunales, o bajo una supervisión supletoria facilitada por los tribunales en caso de que fuera necesario.

71. Se observó que en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.50) no se mencionaba la participación de los acreedores en la gestión y supervisión de los negocios del deudor como medio complementario de control de las actividades del personal de gestión. La falta de confianza de los acreedores en el

personal de gestión podía ser motivo suficiente para apartarlo de la gestión o para proceder a la liquidación de la empresa. Se observó asimismo que en la nota de la Secretaría no se indicaba claramente en qué momento era importante la cuestión del control. Cabía hacer una clara distinción entre el control de la empresa antes de la preparación y aprobación del plan y el control tras la aprobación del plan. Si bien podría nombrarse a un administrador durante ese período provisional, en el plan habría que abordar la cuestión de la continuidad en la gestión, en particular sus costos y la forma óptima de servir los intereses de la empresa.

Preparación y contenido del plan de reorganización (párrs. 117 a 122)

72. Se expresaron diversas opiniones sobre la parte a la que debía darse la oportunidad de preparar el plan de reorganización. Se puso de relieve que la preparación del plan era un elemento esencial de la reorganización en el que se abordaban una serie de cuestiones delicadas como la futura financiación del deudor. Según una de las opiniones, debía encomendarse esta tarea al deudor, ya que éste estaría en mejores condiciones de comprender el negocio y dispondría de información detallada al respecto. Según otra opinión, así no se lograría un resultado óptimo, dado que el deudor podría tender a infravalorar el negocio y podría adoptar un criterio poco racional sobre las medidas necesarias para rehabilitarlo. Según esta opinión, sería más ventajoso para el resultado de la reorganización permitir que los acreedores prepararan el plan, o al menos que participaran en su preparación, y que respondieran a toda propuesta del deudor con una contrapropuesta o con una enmienda (para lo cual tal vez habría que establecer un procedimiento). Se observó que uno de los problemas que podría plantearse a los acreedores al preparar el plan era el acceso a información suficiente sobre el deudor, si bien se argumentó que el tribunal o el órgano de supervisión podían ordenar al deudor que facilitara la información necesaria, o que esa información ya se habría proporcionado durante el período de investigación y examen que en algunos sistemas tenía lugar antes del

comienzo de la reorganización. Según otra opinión, si bien el profesional externo podía estar en buenas condiciones para escuchar los intereses de las distintas partes, no debería encargarse únicamente de la preparación del plan, sino que además podría prestar asistencia en el momento y en la forma en que fuera necesario.

73. Un método que cabría adoptar para hacer participar a esas distintas partes en el proceso podría consistir en conceder al deudor un período de exclusividad en la preparación del plan; si durante ese período el deudor no cumpliera con esa tarea, serían entonces los acreedores y el administrador los encargados de preparar el plan. Como principio general, se observó que se requería un enfoque flexible que no diera ningún derecho exclusivo de preparación a ninguna de las partes (al deudor, a los acreedores o a un tercero neutral como el administrador), pero que promoviera las consultas entre las distintas partes interesadas (entre las que podrían figurar sindicatos y organismos públicos) y, en su caso, con expertos. De este modo se garantizaría casi con toda probabilidad la preparación de un plan que podría aprobarse y ejecutarse con éxito.

El procedimiento: aprobación del plan (párrs. 123 a 133)

74. Un requisito esencial para el proceso de aprobación del plan era conocer la identidad de los acreedores de la masa insolvente. Debían examinarse cuestiones como la validez de los créditos, el fraude, la aplicación de las facultades de revocación, las operaciones con iniciados, la solución de controversias, la división en categorías o clases de acreedores (que era útil cuando había acreedores con créditos muy diferenciados), el cálculo del porcentaje de valor de los créditos (cuando fuera un factor determinante de un voto mayoritario) y el derecho general de voto, a fin de determinar quiénes formaban parte del colectivo o de la junta de acreedores y cómo debía constituirse esa junta para votar sobre la aprobación del plan.

75. Se señaló que no podía especificarse ningún procedimiento único de aprobación de un plan, ya que lo que se requería variaba de un caso a otro; podían requerirse distintas mayorías y distintos procedimientos de votación según el contenido del plan, los distintos tipos de responsabilidad y la forma de proteger a las minorías. También se planteaba la cuestión de quién debía determinar esas cuestiones: los tribunales, el administrador, un árbitro o alguna otra parte.

76. Sobre la cuestión de las mayorías, se señaló que todo sistema de mayoría simple basada en el número de acreedores podría resultar discriminatorio para los grandes acreedores, mientras que éstos podrían gozar de una injusta ventaja si el único criterio fuera el valor de los créditos. En muchos sistemas se adoptaba un criterio mixto que combinaba los dos anteriores, pero se observó que también esto podía ser problemático si en una misma reorganización participaban un número muy pequeño de grandes acreedores y una gran cantidad de pequeños acreedores; se citó como ejemplo el caso de una reorganización en que participaron 29 bancos que representaban el 95% de la deuda y 2.000 acreedores que no representaban más que el 2% de la deuda (estos últimos lograron hacer fracasar el plan convenido por los bancos).

Facultad para declarar la nulidad (párrs. 134 y 135)

77. El Grupo de Trabajo intercambió experiencias sobre la aplicación de la facultad para declarar la nulidad de operaciones (realizadas antes del procedimiento de insolvencia) que favorecieran injustamente a determinados acreedores. Según la opinión general, la facultad para declarar la nulidad era tan importante en la reorganización como en la liquidación ya que en la reorganización el objetivo principal era mantener el negocio en marcha y convenía mantener la facultad para declarar la nulidad durante todo el procedimiento a fin de facilitar el éxito de la reorganización. Como comparación, se citó el ejemplo de un caso en que no se pudo ejercer

la facultad para declarar la nulidad en la reorganización, pero el procedimiento de reorganización estaba concebido de tal forma que imponía a los acreedores la carga de elegir entre reorganización y liquidación (en donde se disponía de la facultad para anular), con lo cual pudo hacerse participar en las negociaciones de reorganización a acreedores de operaciones anulables.

78. En algunos casos, la facultad para declarar la nulidad podía ser ejercida por el administrador y en otros el deudor que poseyera el negocio podía ejercer esa facultad como mandatario. A fin de evitar conflictos de intereses en situaciones en que el deudor que estuviera en posesión del negocio fuera reacio a anular operaciones a las que hubiera estado estrechamente vinculado, los acreedores o el tribunal podían intervenir para obligar a anular determinadas operaciones.

79. Se citaron otros casos en que la facultad para declarar la nulidad difería entre los procedimientos de liquidación y de reorganización, concretamente en cuestiones como los plazos; cuando se iniciaba una liquidación tras el fracaso de un proceso de reorganización, el síndico, en virtud de la facultad de declarar la nulidad, podía resolver los contratos celebrados antes y después del comienzo de la fallida reorganización.

Tratamiento de los contratos (párrs. 137 y 138)

80. Se hizo una observación acerca de la conveniencia de la resolución de contratos (en especial contratos laborales), pero se señaló que, en muchos casos, sería necesario rescindir los contratos gravosos. Al mismo tiempo, gran parte del valor de la empresa que se iba a reorganizar podría radicar en contratos, y la capacidad para asumir contratos, previa subsanación de los incumplimientos, sería muy valiosa para la reorganización. Se señaló que ello podría requerir la facultad de anular cláusulas contractuales que estipularan la resolución del contrato en caso de procedimientos de insolvencia. Se observó que, en muchos ordenamientos jurídicos, determinados tipos

de contratos, como los contratos laborales, los contratos financieros y algunos tipos de arrendamientos financieros y de licencias, recibían un tratamiento especial, generalmente por razones de interés público, equidad y adaptación práctica a ciertas inquietudes del mercado. En cuanto a los tipos de contratos que pudieran asumirse o rescindirse, se sugirió que la ley de insolvencia adoptara un criterio flexible, ya que la experiencia adquirida con una ley de insolvencia que obligaba a asumir todos los contratos resultó perjudicial para la masa insolvente.

81. La cuestión de los daños eventuales fue objeto de diversos comentarios y, según la opinión general, las facultades de proseguir o rescindir los contratos debían ejercerse sopesando los posibles beneficios para la masa insolvente y los perjuicios que podían causarse, particularmente a la otra parte en cada contrato. Por ejemplo, los contratos laborales, si bien se consideraban por lo general excepciones para el ejercicio de esas facultades y si bien eran normalmente más difíciles de anular que otros tipos de contratos, planteaban cuestiones de equilibrio entre el mantenimiento de empleos y salarios, especialmente cuando el mantenimiento de los contratos laborales podía hacer peligrar el éxito de la reorganización.

82. Se señaló la particular importancia de que la cesión de contratos fuera posible cuando hubiera que vender el negocio y la transferencia de ciertos contratos fuera primordial para la venta. Esa transferencia no tenía que estar necesariamente prevista en la ley de insolvencia, ya que podía estarlo por alguna norma de derecho general. Otra cuestión cuya importancia se destacó fue el momento en que se ejercería la opción de continuar o rescindir ciertos contratos; se sugirió que se mantuviera abierta esa opción durante todo el procedimiento.

Financiación posterior al inicio del procedimiento (párrs. 139 a 141)

83. Se señaló que la financiación posterior a la apertura del procedimiento conllevaría no sólo créditos financieros o préstamos en efectivo sino también créditos comerciales y prórrogas otorgadas en el marco de contratos ya existentes.

84. Con respecto a la cuestión de los incentivos que podían darse para obtener financiación posterior al inicio del procedimiento, se observó que había diferencias entre las propuestas enunciadas en los párrafos 140 y 141 de la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.50). Según señalaba el informe del FMI, si bien cabría dar prelación respecto de otros acreedores de créditos de administración, de otorgarse prelación respecto de acreedores garantizados se corría el riesgo de minar el valor de la garantía. En cambio, en el informe del BAD se sugería que se concediera un privilegio legal que garantizara la disponibilidad de fondos para financiar las necesidades actuales y urgentes del deudor.

85. Sobre esta importante cuestión se expresaron distintos pareceres. Como cuestión preliminar, se señaló que antes de que el administrador pudiera decidir cómo obtener fondos después del inicio del procedimiento, ya fuera mediante garantía sobre activos no gravados o parcialmente gravados o concediendo cierta prelación, era crucial valorar los activos existentes de la masa patrimonial. Otra cuestión preliminar era la necesidad de distinguir entre los fondos necesarios antes de la aprobación del plan de reorganización y los fondos necesarios para la ejecución de dicho plan. Se observó que la cuestión de estos últimos fondos se examinaría en general en el plan de reorganización y supondría por lo tanto la negociación con los acreedores existentes. Algunos de esos acreedores podrían acceder a dar viabilidad al plan facilitando los fondos necesarios mediante una serie de arreglos que no requirieran la concesión de prioridades.

86. Para los casos en que debieran obtenerse recursos financieros antes de la aprobación del plan, se señalaron ciertas restricciones necesarias. Se estimó que la financiación de esa índole debería ser

aprobada por el tribunal, si bien se señaló que en algunas jurisdicciones el tribunal tendía a aprobar sin más la solicitud del administrador debido a que carecía del asesoramiento pericial necesario para adoptar una decisión de carácter esencialmente comercial. Según otra opinión, si bien pudiera ser necesario conceder un privilegio en algunos casos, debería pedirse al solicitante que demostrara que no podía obtener financiación de otro modo y que se preveía una protección adecuada para los demás acreedores. Se sugirió que se limitaran estrictamente los poderes de los administradores en lo relativo a esas prioridades, previendo la posibilidad de hacer participar a los bancos y a los acreedores en la decisión. En un sistema, se hacía al administrador personalmente responsable de los bienes del patrimonio insolvente durante el período de su administración y, por lo tanto, debía tener especial cuidado a la hora de conceder garantías y prioridades.

87. Se señaló que, en la práctica, los acreedores solían intervenir en las negociaciones con los administradores sobre esas cuestiones y que solía haber algún gran acreedor, que apoyara la reorganización, que se mostrara dispuesto a conceder crédito que posteriormente se contabilizaría en el plan de reorganización. Sobre la cuestión de los privilegios en general, se expresó la opinión de que esas prioridades entraban en conflicto con la protección de los intereses de los acreedores; para efectuar la elección pertinente era preciso realizar una evaluación de cuestiones sociales más amplias como la compaginación y la protección de los derechos reales y del empleo. También se indicó que si podía lograrse el objetivo de iniciar el procedimiento en breve plazo, de modo que el valor de los bienes pudiera superar al de los créditos de los acreedores, habría margen para ofrecer garantía para nuevos fondos. No obstante, si la práctica general consistía en iniciar el procedimiento posteriormente, surgirían siempre problemas con la nueva financiación ya que el valor de los bienes no superaría al de los créditos; la cuestión general radicaba en la forma de recurrir a los procesos de reorganización en los distintos países.

Preparación y negociación previa de la reorganización de la empresa
(párrs. 142 y 143)

88. El Grupo de Trabajo intercambió información acerca de la existencia de ciertas formas preparadas y prenegociadas de reorganización, la frecuencia con que se recurría a ellas en los lugares donde existían y la medida en que podían considerarse satisfactorias. Se señaló que en algunos casos en los que se disponía de dichos procedimientos, funcionaban muy bien y ofrecían una alternativa a la reorganización bajo supervisión judicial que era en general más barata, menos complicada, se entrometía menos en los negocios del deudor (y por tanto era menos perturbadora) y podía dar un resultado más rápido.

89. No obstante, en algunos casos, esos procedimientos no siempre tenían éxito, como cuando había créditos sin liquidar o muchos créditos pequeños. Dichos procedimientos eran útiles cuando los principales prestamistas habían llegado a un acuerdo, pero algunos acreedores no lo aceptaban impidiendo así lograr la unanimidad necesaria. En esos casos la combinación del procedimiento extrajudicial con un procedimiento de insolvencia ofrecía los medios para superar la falta de unanimidad y facilitar la reorganización, sin perder las ventajas de los acuerdos alcanzados en el procedimiento de preparación previa. Se señaló que una condición importante de ese procedimiento era que el tribunal se mostrara dispuesto a reconocer el acuerdo concertado antes del inicio de la solicitud de aprobación, aunque se observó que en algunos casos el tribunal tendría dificultades en proceder a la aprobación si no había participado en el procedimiento de preparación previa o carecía de la experiencia suficiente en cuestiones mercantiles. Se observó además que sería preciso estudiar la cuestión de la remuneración de los profesionales que intervenían en ese procedimiento.

Conversión de la reorganización en liquidación

90. El Grupo de Trabajo examinó las consecuencias de no poder aprobar un plan de reorganización y si el procedimiento podía convertirse o no en una liquidación. Si bien la legislación de algunos países contemplaba la conversión automática en liquidación en esas circunstancias, se señaló que la cuestión venía determinada generalmente por la naturaleza del régimen de insolvencia y por el hecho de que se tratase de un procedimiento único o de varios procedimientos.

91. En el caso de un régimen de insolvencia que prevea la apertura de procedimientos separados, era conveniente que se previera una coordinación eficaz de los mismos, en particular en lo que se refiere a las reglas aplicables a los diferentes procedimientos y a la forma en que las reglas que se aplicaran, por ejemplo a la reorganización, podrían afectar a una liquidación posterior. Las cuestiones relativas a la conversión entre liquidación y reorganización las decidían generalmente los tribunales, que en algunos casos permitían la conversión en ambas direcciones y en otros únicamente de reorganización en liquidación. Además, no sólo se permitía la conversión cuando fallaba la aprobación del plan, sino también en una etapa posterior en el caso de que fallase la aplicación del plan (véase el párrafo 38 *supra*).

Otros temas que pueden examinarse

92. Tras estudiar los rasgos esenciales del procedimiento de reorganización, el Grupo de Trabajo consideró otras cuestiones que podrían incluirse como rasgos esenciales de un régimen de insolvencia. Se planteó la cuestión de la insolvencia de empresas filiales, en particular la conveniencia de permitir que se iniciaran actuaciones en un único tribunal, en lugar de hacerlo en diferentes tribunales en las localidades de distintas partes de la empresa, lo que plantearía en algunos casos cuestiones transfronterizas. Se sugirió que, en la práctica, aunque el derecho de insolvencia tendía a centrarse en entidades individuales, a menudo éstas estaban

organizadas en grupos y que sería ventajosa la existencia de procedimientos de insolvencia coordinados o de un procedimiento de insolvencia conjunto. Con mucha frecuencia una de las entidades dependía enormemente del valor de otra dentro del grupo y los procedimientos de insolvencia ante un único tribunal no sólo facilitarían la identificación de los acreedores, la determinación de los créditos y la evaluación del valor, sino que permitirían considerar de manera conjunta la situación general de las obligaciones entre las empresas. No obstante, se señaló que la insolvencia de empresas filiales planteaba la cuestión importante de levantar el velo del secreto empresarial, lo cual en algunos países estaba permitido, a fin de incluir a las empresas filiales en los procedimientos de insolvencia, mientras que en otros no lo estaba.

93. Se sugirió que tal vez fuera conveniente que el Grupo de Trabajo examinara en el futuro el tema de la insolvencia de las empresas filiales.

e) Participación de los acreedores (párrs. 144 a 147)

94. Se dijo que era importante, en principio, apoyar la participación de los acreedores tanto en el proceso de reorganización como en el de liquidación. Se señaló que esto era especialmente útil en los casos en que el deudor podía retener más facultades, como en el caso de una reorganización de su empresa, con el fin de que los acreedores pudieran supervisar las actividades del deudor y mantener los controles necesarios. No obstante, se sugirió que era necesario que, además del principio general de apoyo a la participación de los acreedores, se tuviesen en cuenta una serie de factores, entre los que cabía citar: los gastos que ocasionaría esa participación de los acreedores y la forma de cubrirlos; cómo evitar que las facultades otorgadas a los acreedores para participar o intervenir en el procedimiento interrumpieran innecesariamente el curso de la reorganización; las cuestiones de buena administración y ciertos deberes, por ejemplo, de respeto del carácter confidencial de la

información comercial, y aspectos procesales como la formación de comités de acreedores y el sistema de votación; así como el tratamiento que cabría dar a los supuestos de actuación en interés propio y de mala fe.

95. En apoyo de la participación de acreedores se señaló que los acreedores podían asesorar y promover los intereses de la empresa. Su participación en el proceso podía incluir la prestación de asistencia pericial en la enajenación de activos patrimoniales, vigilar los honorarios y gastos cobrados con cargo a la masa patrimonial y las actuaciones iniciadas por el síndico contra terceros, así como otras funciones supervisoras. En los supuestos en que se necesitaran comités de acreedores, era importante determinar el momento en el que debían formarse, y si, en ciertos casos, podía ser importante considerar la remuneración de los representantes del acreedor. Cuando en la reorganización estaban implicadas entidades filiales y diferentes grupos de intereses, era difícil determinar la mejor forma de representar a los acreedores y tal vez fuera necesario establecer varios comités.

f) Síndicos y administradores (párrs. 148 a 153)

96. Al principio del debate se señaló que era importante contar con profesionales que tuvieran una formación adecuada a fin de que los procedimientos de insolvencia se llevaran a cabo de manera ordenada y eficaz. Para desarrollar y mantener la experiencia y los conocimientos de esos profesionales era fundamental establecer cursos y programas de formación continua.

97. Las calificaciones requeridas para los síndicos y administradores variaban según los países y era evidente que en algunos países se tendía a establecer niveles más altos. Se utilizaban tanto profesionales públicos como privados, dependiendo del tipo de procedimiento que se siguiera. Por ejemplo, en algunos casos el sector público se hacía cargo de la administración de quiebras con una masa mínima o inexistente, mientras que en otros podía hacerlo

el sector privado, bien con carácter rotativo o sin cobrar honorarios. En otros casos, se nombraba a síndicos únicamente del sector público, mientras que los administradores podían ser profesionales privados. Las calificaciones de los profesionales nombrados para casos concretos podían depender de que para los procedimientos en cuestión fueran necesarios conocimientos de contabilidad, jurídicos o empresariales. En algunos países se utilizaban sistemas de licencia o habilitación para reglamentar la profesión, imponiéndose sanciones por conductas indebidas que llegaban hasta la retirada de la licencia. Además, los regímenes de insolvencia podían exigir que el síndico o administrador consignara una garantía para evitar el alzamiento de bienes, o se imponía una obligación personal para proteger el valor de la masa patrimonial. Los tribunales se encargaban con frecuencia de supervisar el nombramiento de los síndicos y administradores con la participación de los acreedores o sin ella.

98. En algunos países existía cierta inquietud con respecto a la remuneración de los profesionales especializados en cuestiones de insolvencia, y se estaban estudiando diversas soluciones. En algunos casos, la remuneración podía ser por horas, en otros casos eran unos honorarios fijos, y una tercera posibilidad preveía gastos para imprevistos. Se sugirió que esta última podría ofrecer un incentivo para la administración de masas patrimoniales aparentemente carentes de bienes, en los casos en que los honorarios dependieran de los bienes que el síndico pudiera recuperar.

g) El tribunal (párrs. 154 a 156)

99. El Grupo de Trabajo intercambió información acerca de la función que incumbía a los tribunales en diversos regímenes de insolvencia. Entre los temas que se examinaron se encontraban las funciones principales del tribunal en los procedimientos de insolvencia; el tipo de tribunales necesario; y la experiencia y los conocimientos que deben poseer los jueces y demás profesionales

que han de actuar en los casos de insolvencia, incluidas las cuestiones relativas a la actualización de su formación profesional.

100. En cuanto a la cuestión de las funciones principales del tribunal, quedó claro que debería asumir funciones distintas según la forma en que estuviese estructurado el régimen de insolvencia y la importancia que se diera a la supervisión del tribunal. Era necesario distinguir entre la participación del tribunal en el procedimiento de liquidación y en el de reorganización. Por ejemplo, con respecto a la supervisión general del procedimiento de reorganización, se sugirió que podría encomendarse a un órgano administrativo, concediéndose a los acreedores una participación importante en el proceso consultivo para la adopción de decisiones. Sólo en el caso de que surgieran problemas en el procedimiento intervendría el tribunal para desempeñar una función de supervisión.

101. Cuando se tratara de un procedimiento unitario, el tribunal podría ejercer una función supervisora antes de iniciarse el procedimiento, mientras que los acreedores irían asumiendo un papel más importante una vez que el procedimiento se hubiera iniciado oficialmente. En cuanto al procedimiento de liquidación, se acostumbra a asignar al tribunal una función supervisora, si bien el grado de la intervención difería de un sistema a otro. En algunos casos, estaba previsto un alto grado de intervención directa, mientras que en otros el tribunal se limitaba a prestar apoyo al procedimiento, actuando como árbitro para interpretar la ley, imponer sanciones y ayudar a recuperar los bienes, a instancia de parte.

102. Se expresaron distintas opiniones acerca del tipo de tribunal requerido para facilitar la buena marcha del procedimiento. En algunas jurisdicciones, los tribunales de insolvencia eran tribunales especiales que actuaban con un alto grado de centralización, lo que permitía adquirir una experiencia considerable en cuestiones de insolvencia y facilitaba un examen ágil y eficiente de los asuntos así como la previsibilidad de los resultados. En otros casos, las

cuestiones relativas a la insolvencia se resolvían en los tribunales mercantiles ordinarios, que a veces disponían de salas especiales para cuestiones de insolvencia. Las inquietudes expresadas con respecto al establecimiento de tribunales especiales se referían a la integración de estos tribunales (y su personal) en el sistema judicial general; a la importancia que tenía el derecho de insolvencia para el derecho interno, superior a la de otras ramas del derecho; a la satisfacción de ciertas prioridades y exigencias (algunas tal vez políticas), no limitadas a la insolvencia, en el derecho interno en general.

103. Más que en el tipo de tribunal que se hiciera cargo de las cuestiones de insolvencia (y en la necesidad de tribunales especiales), se insistió en la disponibilidad de jueces y profesionales especializados en casos de insolvencia con suficiente experiencia y conocimientos así como en una delimitación clara del ámbito de intervención de esos jueces y de otros profesionales en decisiones que eran fundamentalmente de carácter empresarial. En un sentido más general, se sugirió que la propuesta de establecer tribunales especiales expresaba realmente la necesidad de seguridad, previsibilidad y transparencia del resultado de los procedimientos de insolvencia. Estas características no sólo eran necesarias para facilitar los procedimientos internos, sino que podían tener especial importancia en caso de que se plantearan también cuestiones relativas a inversiones extranjeras. Así pues, era preciso que el sistema judicial fuera sólido y no meramente los tribunales de insolvencia sólidos, y era poco probable que el establecimiento de tribunales especiales de insolvencia solucionara cuestiones importantes al margen del sistema de tribunales en general. Lo que se necesitaba era integrar soluciones de formación especializada continua en el sistema judicial en su conjunto.

104. Con respecto a la formación requerida, se observó que era necesario que los jueces y profesionales y expertos en casos de insolvencia no sólo tuvieran conocimientos y experiencia del derecho de insolvencia, sino que conociesen en general las leyes mercantiles

y financieras. En algunos países, en especial en los que tenían una estructura federal, los jueces que trataban los asuntos de insolvencia tenían que abordar, normalmente, una serie de cuestiones que podían estar regidas por la legislación de jurisdicciones diferentes (por ejemplo, leyes estatales y federales) y por tanto tal vez fuera necesario que contaran con mayores conocimientos y experiencia. Las funciones de los jueces encargados de las cuestiones de insolvencia planteaban también con frecuencia problemas en lo que respecta a la independencia de los poderes ejecutivo y judicial, en particular en lo referente a las funciones que pueden considerarse administrativas o judiciales a efectos de la estructura de una ley de insolvencia. Se señaló que el fomento de la cooperación y del intercambio de información entre jueces de diferentes jurisdicciones podría ser valioso para acumular conocimientos y experiencia. En particular, se sugirió que podría promoverse la preparación de directrices judiciales sobre los mecanismos de cooperación mediante la celebración de coloquios de jueces como los que ya habían organizado conjuntamente INSOL Internacional y la CNUDMI.

h) Procedimientos de insolvencia oficiosos, incluida la reorganización concertada por vía extrajudicial (párrs. 157 a 160)

105. En diversas fases del debate se hizo referencia al hecho de que con frecuencia los deudores insolventes y sus acreedores entablaban negociaciones colectivas fuera del ámbito judicial con miras a convenir una solución de las dificultades financieras del deudor. Se señaló que, para tener éxito, esas negociaciones (que podían prever, por ejemplo, la concesión de nuevos fondos y la reorganización o reestructuración de las operaciones del deudor), tenían que incluir a todos los acreedores o, por lo menos, a los acreedores que representaran la parte más importante de las obligaciones totales del deudor.

106. Se observó que esos arreglos extrajudiciales de carácter voluntario constituían a menudo la vía menos costosa para resolver las dificultades financieras de una empresa insolvente. Estos arreglos brindaban la importante oportunidad de mantener a la empresa en funcionamiento y de preservar los empleos; además, al mantener en marcha los negocios de la empresa, maximizaban a menudo el valor recuperable para todas las partes interesadas. La reorganización concertada por vía extrajudicial permitía también evitar muchos de los costos, las demoras y los difíciles problemas de distribución que se planteaban en el contexto de los procedimientos de insolvencia plenarios bajo supervisión judicial.

107. Se observó además que las empresas en rápido crecimiento de los países en desarrollo tenían a menudo muchos proveedores de fondos en distintos países. Cuando esas empresas experimentaban problemas financieros, les resultaba difícil concertar una solución extrajudicial beneficiosa con sus acreedores de diversas nacionalidades y culturas comerciales. Los arreglos voluntarios también tropezaban con la posibilidad que tenían los distintos acreedores de demandar medidas de ejecución por la vía judicial y con la necesidad de que los acreedores dieran unánimemente su consentimiento para la alteración de las condiciones de reembolso de las diferentes categorías de deudas. En el contexto de operaciones internacionales complejas, resultaba especialmente difícil obtener el consentimiento de todas las partes interesadas. Estas eran las razones por las que, según se dijo, las medidas no vinculantes encaminadas a facilitar los arreglos voluntarios sólo habían tenido un éxito limitado.

108. Se indicó que, en vista de esas consideraciones, la adopción de un mecanismo internacional, que fuera vinculante para los acreedores, facilitaría en gran medida los acuerdos extrajudiciales de carácter voluntario. Se expresó la opinión de que la Comisión podría contribuir a elaborar un mecanismo jurídico al que pudiera recurrirse en el contexto de estos arreglos voluntarios. Se propuso que el debate

se limitara a las situaciones de insolvencia transfronteriza y de endeudamiento financiero más importantes (por ejemplo, los créditos bancarios y otros préstamos financieros), dejando de lado a acreedores como los proveedores de bienes y servicios y los empleados. La finalidad de tal mecanismo podría ser definir las condiciones en que una solución convenida por mayoría pudiera imponerse a la minoría, así como disponer una paralización de las acciones y ejecuciones por parte del grupo de acreedores afectados, y asegurar el trato equitativo del grupo minoritario.

109. No obstante, se observó que los préstamos financieros se otorgaban a veces a través de bancos en el país del deudor y que, por consiguiente, el mecanismo propuesto debería ser aplicable a los principales supuestos de insolvencia financiera aun en el caso de que los acreedores fueran del mismo país que el deudor.

110. Se comentó que el mayor incentivo para entablar tales negociaciones extrajudiciales era la inminencia, la eficacia y la credibilidad de los procedimientos de ejecución de créditos y garantías privados y de los procedimientos involuntarios de insolvencia bajo supervisión judicial y el deseo del deudor y de los acreedores de evitar las consecuencias perturbadoras e imperativamente restrictivas de esos procedimientos. Cuando los procedimientos judiciales no eran creíbles o eficaces (por ejemplo, a causa de las demoras judiciales o porque no garantizaban la igualdad de tratamiento de los acreedores), podía ocurrir que el deudor no estuviera dispuesto a entablar negociaciones extrajudiciales. Ni siquiera la perspectiva de obtención de nuevos fondos a raíz de una solución amigablemente negociada podía dar al deudor un incentivo suficiente, dado que la ineficiencia de los procedimientos judiciales permitiría diferir el cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor. Además, la experiencia había demostrado que era necesario ejercer cierta presión sobre algunos acreedores para evitar que insistieran en la plena satisfacción de sus créditos.

111. Se expresaron reservas sobre la propuesta de introducir un mecanismo legalmente obligatorio encaminado a promover negociaciones extrajudiciales. Se consideró que el curso amigable de las negociaciones extrajudiciales podía verse perturbado por la formalidad del mecanismo propuesto. Se estimó asimismo que probablemente habría resistencia contra la propuesta, en particular por parte de la banca y que, por consiguiente, antes de cualquier otra iniciativa convenía celebrar consultas con la comunidad bancaria. Además, un mecanismo legal de esa índole tendría que adaptarse a las condiciones de las diversas regiones y, por lo tanto, era difícil concertar soluciones universales. Se sostuvo que, en la medida en que la formalidad resultara conveniente, podría ser útil establecer una institución que propugnara y promoviera negociaciones extrajudiciales, pero esos arreglos institucionales no propiciaban soluciones internacionalmente armonizadas. También se manifestaron inquietudes sobre si un tribunal sería el órgano adecuado para adoptar decisiones sobre cuestiones esencialmente comerciales.

112. No obstante, se expresaron también opiniones en el sentido de que, aun reconociendo las dificultades y los inconvenientes potenciales de un marco legal obligatorio para las negociaciones extrajudiciales, no convenía abandonar la propuesta, ya que un mecanismo bien concebido podría aportar notables beneficios. Se agregó que si en las negociaciones oficiosas la función del tribunal se limitaba a la aprobación de la equidad de los resultados, esa solución podía tener amplia aceptación sin resultar excesivamente molesta.

113. Habida cuenta de las divergencias, se decidió volver a examinar la propuesta en una etapa ulterior del período de sesiones en curso del Grupo de Trabajo.

114. Se plantearon otras consideraciones en el contexto del examen de los “procedimientos oficiosos de insolvencia” que, a

juicio del Grupo de Trabajo, debían incluirse entre los rasgos esenciales de los regímenes de insolvencia de los que debía ocuparse la Comisión.

115. Según diversas opiniones, el mecanismo previsto de negociación extrajudicial podía incluir un foro no judicial que estaría facultado, en virtud de un acuerdo entre las partes, para determinar si el acuerdo negociado entre el deudor y la mayoría de los acreedores era equitativo y, en caso de considerarse así, para imponerlo a la minoría de los acreedores discrepantes.

116. En respuesta a preguntas formuladas, se indicó que el deudor y los acreedores entrarían en negociaciones extrajudiciales por interés propio o en virtud de sus obligaciones contractuales, y que el mecanismo o marco legal que se preparara no debería imponer, como legalmente obligatoria, la participación del deudor o de los acreedores en las negociaciones.

117. En respuesta a otra pregunta formulada sobre la razón por la que el proceso se limitaba a los acreedores financieros y no incluía a los acreedores que habían suministrado bienes o servicios al deudor, se hicieron declaraciones en las que se indicó que la experiencia demostraba que los acreedores financieros compartían a veces intereses o tenían intereses muy similares y por ello se organizaban más fácilmente que los acreedores comerciales para negociar con el deudor. Además, el objetivo principal de las negociaciones extrajudiciales solía ser la reorganización de la estructura de capital del deudor y la aportación de nuevos fondos, para lo cual podían negociar mejor los proveedores de fondos que los acreedores comerciales. Además, las cláusulas del acuerdo financiero concertado con el deudor permitían a menudo que los acreedores comerciales “sobrevivieran” la crisis del deudor hasta cobrar íntegramente sus créditos o hicieran un menor sacrificio que los proveedores de fondos.

118. Se formularon varias advertencias y reservas sobre la labor propuesta. Concretamente se dijo que existía el peligro de que los acreedores importantes e influyentes utilizaran el mecanismo propuesto para imponer sus criterios sin tener debidamente en cuenta los intereses de los pequeños acreedores o de la minoría discrepante; el proceso propuesto carecía de transparencia, lo cual era fuente de problemas habida cuenta de que el resultado debía ser vinculante para los acreedores discrepantes; el mecanismo previsto sólo sería aplicable cuando las negociaciones no estuvieran reguladas por leyes y normas del país del deudor o por tratados internacionales; era esencial que el mecanismo previsto estuviera sujeto en última instancia a control judicial; el mecanismo, en particular si preveía un foro no judicial como por ejemplo el arbitraje, podía resultar más costoso que el mecanismo con supervisión judicial y las negociaciones podían tener lugar lejos del establecimiento del deudor, por lo cual se impondría al deudor y a algunos acreedores una carga onerosa. En respuesta a estas observaciones, se dijo que la experiencia obtenida con la reestructuración extrajudicial ponía de manifiesto que este tipo de procedimientos eran menos costosos y más eficientes que los procedimientos de reorganización empresarial bajo supervisión judicial.

119. Se consideró que era necesario elaborar criterios y reglas de fondo conforme a los cuales los acreedores minoritarios pudieran quedar vinculados por los acuerdos negociados por la mayoría de los acreedores; además, debería compaginarse la necesidad de mantener la confidencialidad de ciertos tipos de información divulgada durante las negociaciones con la necesidad de transparencia del proceso.

120. Se hicieron declaraciones apoyadas por el Grupo de Trabajo en el sentido de que gran parte de la experiencia adquirida en negociaciones y acuerdos extrajudiciales obraba en poder de organizaciones como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, el Grupo de los Treinta, la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL) y la Asociación

Internacional de Abogados; también se consideró que la labor de la Comisión debería llevarse a cabo en estrecha cooperación con esas organizaciones y con el sector financiero.

121. Tras las deliberaciones, se comprobó que el Grupo de Trabajo se mostraba en general dispuesto a proponer a la Comisión que incluyera en su programa los arreglos extrajudiciales entre acreedores financieros y el deudor que previeran también la posibilidad de vincular a los acreedores discrepantes.

Otros posibles temas de examen

122. Tras finalizar el examen de las cuestiones relativas a la reorganización y los procedimientos oficiosos extrajudiciales, el Grupo de Trabajo debatió las cuestiones que podrían añadirse a la posible labor futura sobre los procedimientos de insolvencia en general. Algunos de los temas sugeridos fueron: las operaciones que requieren un tratamiento especial como las operaciones de compensación multilaterales (que podrían ser importantes en ámbitos como la transferencia de fondos, la liquidación de operaciones bursátiles, el cambio de divisas y las operaciones con derivados); las categorías especiales de instituciones como bancos, compañías de seguros, y acuerdos de intermediarios y agentes de bolsa; las empresas públicas; las cuestiones de liquidez en las que es necesario, por ejemplo, un mecanismo para facilitar la comercialización de créditos con el fin de obtener capital (capital de partida o inicial) para ayudar en la reorganización; cuestiones de gestión empresarial, como la facultad para efectuar nuevas inversiones y recaudar nuevo capital, lo cual en algunos países estaba permitido, pero en otros estaría restringido o limitado por la responsabilidad personal de los gestores; las cuestiones sectoriales centradas en ciertas industrias y las cuestiones de insolvencia relacionadas en concreto con esas industrias (por ejemplo, industrias de transporte y algunas industrias manufactureras); los procesos internacionales, incluidas las consecuencias del comercio electrónico y los sistemas de

información por vía informática (por ejemplo, en relación con la notificación y la facilitación de las negociaciones entre partes geográficamente alejadas); las cuestiones relativas a la administración de las entidades carentes de bienes y la concesión de preferencias, en particular en qué medida los acreedores pueden tener preferencia si aportan fondos para la reorganización en curso; la insolvencia de las multinacionales y las consecuencias de la insolvencia en entidades conexas; y las cuestiones relacionadas con las denominadas empresas “fénix” en las que los gestores de una entidad insolvente reaparecerían administrando una entidad similar con problemas parecidos.

123. Tras el debate, se sugirió que las cuestiones relativas a las operaciones que requerían un tratamiento especial y categorías especiales de instituciones no deberían incluirse en la lista de otros posibles temas porque exigían recursos y conocimientos de los que tal vez no dispusiera al Grupo de Trabajo (véase el párrafo 36). Se señaló que ya se estaban abordando algunas de las otras cuestiones sugeridas en otros temas que se había acordado en principio incluir entre los rasgos esenciales de los regímenes de insolvencia: ya se había examinado la posibilidad de incluir a las entidades públicas (véase el párrafo 37); tal vez los procesos internacionales y en particular el comercio electrónico no fueran temas independientes y pudieran examinarse dentro de los temas sustantivos correspondientes; y las cuestiones de la liquidez podrían incluirse en el ámbito del examen de los créditos. Las denominadas empresas “fénix” también planteaban una serie de cuestiones que entrarían dentro de otras cuya inclusión ya se había debatido, en particular el fraude (véanse los párrafos 30 y 60), la buena administración de las empresas y la insolvencia de grupos de empresas (véanse los párrafos 92 y 93). En cuanto a la cuestión de las empresas públicas, se sugirió que otro tema a considerar podría ser el de las empresas que operaban con fondos públicos y la medida a que estas empresas podían acordar rebajar sus préstamos.

124. En varias etapas del debate, se mencionó la cuestión de los derechos de garantía real en el procedimiento de insolvencia (por ejemplo, el tratamiento y la prelación otorgada a los acreedores garantizados, y la necesidad de ofrecer una garantía eficaz para toda financiación que se desee obtener tras el inicio de un procedimiento. Sobre este punto, se dijo, en nombre del Banco Asiático de Desarrollo, que en uno de los proyectos de asistencia técnica regional del Banco se incluía la modernización del régimen de los derechos de garantía. Se sugirió que, ante la creciente importancia que tienen los derechos de garantía para el desarrollo del comercio, tal vez fuera útil que la Comisión examinara este tema en un próximo período de sesiones. Se observó con aprobación que la Secretaría estaba preparando una nota sobre este tema para el 33º período de sesiones de la Comisión, en el que se debatiría la labor de varias organizaciones internacionales en el ámbito de los derechos de garantía así como las cuestiones que se han dejado al margen de la labor de armonización a fin de permitir que la Comisión estudiara si estaba justificado seguir ocupándose del asunto.

D. FORMA Y VIABILIDAD DE LA POSIBLE LABOR FUTURA

125. Respecto de la forma del instrumento que la Comisión tal vez deseara preparar, se observó que existían varias posibilidades, algunas de las cuales se presentaban brevemente en los párrafos 161 a 168 de la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.50).

126. El instrumento más sencillo que cabría preparar sería algún tipo de estudio comparativo en el que se examinara la forma en que se trataban las distintas cuestiones en diferentes ordenamientos jurídicos. Otra posibilidad sería una guía en la que se enunciaran las prácticas y opciones posibles, especificando las ventajas y desventajas de las distintas opciones y sus repercusiones para los distintos sistemas.

127. Un instrumento algo más complejo sería una guía legislativa; se mencionó la guía legislativa que actualmente preparaba la Comisión sobre el tema de los proyectos de infraestructura con financiación privada. Ese instrumento ofrecía a los legisladores una guía sobre lo que posiblemente había que modernizar o modificar en la legislación sobre determinadas cuestiones, haciendo referencia a estudios comparativos de distintas leyes y prácticas y con explicación de las diversas cuestiones. También incluía recomendaciones legislativas, muchas de las cuales eran similares a disposiciones modelo que podrían servir para preparar proyectos de ley.

128. Otro tipo de instrumento podrían ser las disposiciones legislativas modelo sobre algunos temas concretos relacionados con la insolvencia. Podría darse flexibilidad al instrumento ofreciendo diversas opciones, que podrían reflejarse en una serie de técnicas, al igual que se hacía en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios o en las variantes presentadas en las notas de pie de página incluidas en diversas leyes modelo preparadas por la Comisión. También ofrecería flexibilidad una guía para la incorporación al derecho interno u otro tipo de material explicativo.

129. Otra posibilidad consistiría en preparar un plan o guía ilustrativa en la que se ofrecieran una serie de posibles soluciones socioeconómicas.

130. Se observó, que era probable que ninguno de esos tipos de instrumento satisficiera por sí solo todos los requisitos de cada uno de los temas que hubiera que tratar, por lo que tal vez convendría combinar distintos enfoques y aplicarlos en función de los temas.

131. El Grupo de Trabajo intercambió opiniones sobre la futura labor posible en materia de derecho de insolvencia. Según la opinión general, la Comisión, dada su representación universal y habida cuenta del éxito con que había culminado su labor relativa a la Ley

Modelo sobre la insolvencia transfronteriza, debía participar en toda futura labor sobre el derecho de insolvencia. Se observó que los métodos de trabajo de la Comisión podrían contribuir a la aceptabilidad del texto al tenerse en cuenta una amplia gama de opiniones, consultarse las diversas categorías de partes eventualmente interesadas en el texto que se preparara y llevarse a cabo el proceso de negociación del texto en los seis idiomas de las Naciones Unidas.

132. Además de esas razones, se señaló que la futura labor de la Comisión serviría para mantener la cuestión de la reforma del derecho de insolvencia en el programa de los foros internacionales. Se señaló asimismo que la determinación de un fundamento común para el derecho de insolvencia podría promover los conocimientos periciales y el intercambio de conocimientos a nivel internacional. Se observó que los problemas que se experimentaban en todo el mundo eran similares, que diversos países buscaban orientación para resolver esos problemas y que en los debates del Grupo de Trabajo se habían planteado los diversos enfoques existentes que cabía utilizar para resolver esos problemas.

133. Se expresaron opiniones sobre el instrumento más apropiado en que podía centrarse la labor de la Comisión. Hubo acuerdo general en que un régimen modelo general y “de talla única” no sería viable ni conveniente. Con respecto a otros posibles tipos de instrumentos, se opinó que sería prematuro optar por disposiciones modelo o por algún otro instrumento que pudiera cumplir todos los fines y que, en la medida de lo posible, convenía seguir un enfoque legislativo. Se expresó la preocupación de que, si la meta fijada no era la preparación de un texto jurídico concreto, esa meta no se prestaba a aprovechar debidamente el tiempo del Grupo de Trabajo. Se advirtió que no convenía optar por un producto que, en definitiva, no fuera factible o no resultara útil.

134. Como variante del enfoque único, se indicó que tal vez sería necesario plantearse una combinación de enfoques como la que representaban las disposiciones modelo o las recomendaciones legislativas, tal vez con opciones, así como algunos principios con explicación de las posibles opciones. Si bien se era consciente de algunos problemas comunes, existían varias soluciones posibles y distintos contextos en que las distintas soluciones podían resultar apropiadas. Se señaló que, si bien el Grupo de Trabajo había examinado una serie de temas relacionados con el derecho de insolvencia en los que se planteaban distintos enfoques, en varios casos esos enfoques podían reducirse a una o más variantes fundamentales que podrían tener cabida en disposiciones modelo o en recomendaciones legislativas. Otras cuestiones de mayor complejidad planteaban problemas de política social que no se prestaban a un tratamiento uniforme. En tales casos, cabría llegar a un entendimiento sobre posibles principios.

135. También se expresó preocupación por el calendario de la posible labor de la Comisión. Se señaló que la labor actualmente emprendida en una serie de organizaciones internacionales no concluiría antes del segundo semestre de 2000. Sería esencial que la Comisión tuviera la oportunidad de examinar los resultados de esa labor, teniéndola en cuenta y utilizándola como base para su eventual labor futura.

136. El Grupo de Trabajo examinó una propuesta provisional en la que se indicaba lo siguiente:

- i) Los debates del Grupo de Trabajo demostraron su capacidad para complementar y aumentar la labor realizada por estas organizaciones internacionales y ampliar la perspectiva de los trabajos a fin de dar cabida a las opiniones y necesidades de sus miembros y observadores. Por ejemplo, algunos miembros del Grupo de Trabajo sugirieron que entre los objetivos fundamentales de un régimen de insolvencia

debían figurar la lucha contra el fraude en el contexto de la insolvencia; el desarrollo de una infraestructura eficaz para administrar y aplicar los regímenes de insolvencia; el fomento del pronto inicio de los procedimientos; los esfuerzos por no desalentar la actividad empresarial; la integración del régimen de insolvencia en un marco de derecho mercantil moderno que mantenga un equilibrio entre las consideraciones económicas mundiales y las opciones particulares de cada Estado en materia de política social y económica; y el desarrollo de una alternativa eficiente de reestructuración extrajudicial para ocuparse de las deudas resultantes de empréstitos contraídos con instituciones financieras, posiblemente limitada a situaciones con repercusiones transfronterizas. El Grupo de Trabajo reconoció que en el mundo funcionan varios regímenes de insolvencia distintos que gozan de la confianza de las entidades de crédito, pero que reflejan los intereses de las diversas partes y la prioridad asignada por cada Estado a determinados objetivos fundamentales.

ii) Al examinar los rasgos esenciales de un régimen de insolvencia, el Grupo de Trabajo demostró una vez más su capacidad de aprovechar la labor valiosa realizada por otras organizaciones internacionales indicando las cuestiones de mayor interés para los Estados Miembros de las Naciones Unidas y registrando propuestas o alternativas para abordar dichas cuestiones en una ley sobre la insolvencia. Al ofrecer varios puntos de vista sobre las leyes existentes o propuestas en sus países, los delegados ilustraron diversas posibilidades para el tratamiento legislativo de determinados elementos básicos y tomaron nota de las ventajas e inconvenientes de los distintos enfoques. El Grupo de Trabajo también sugirió la necesidad de tener en cuenta, como elementos básicos adicionales, si la ley debía limitarse a las personas jurídicas o incluir también a las personas físicas que se dedican a actividades comerciales; las facultades y obligaciones de los

síndicos y administradores; la designación y compensación de los síndicos, administradores y asesores que serían pagados con cargo a la masa de la quiebra; la relación de las leyes de insolvencia con las relativas al cobro y la liquidación de deudas; el tratamiento de las personas y entidades afiliadas; y la cuestión de establecer plazos flexibles o fijos en los procedimientos de reorganización.

iii) Sobre la base del período de sesiones de tanteo del Grupo de Trabajo, quedó claro que la CNUDMI podría contribuir positivamente al desarrollo de regímenes sólidos de insolvencia y relaciones jurídicas entre deudores y acreedores que gozaran de la confianza de todos los participantes en el proceso de insolvencia. Diferentes regímenes de insolvencia podrían contribuir a este objetivo y la CNUDMI podría establecer los objetivos fundamentales, rasgos esenciales y estructuras y componentes alternativos de esos sistemas. Lo importante es que la CNUDMI podría ofrecer un producto más completo que cualquiera de las diversas organizaciones internacionales cuya labor ha servido de base a las deliberaciones del Grupo de Trabajo tomando como punto de partida la labor de esas organizaciones, examinándola en nuevas deliberaciones del Grupo de Trabajo y preparando un producto final que reflejase las opiniones de un amplio y equilibrado grupo de miembros y observadores de la CNUDMI. Ese producto constituiría una mejora sostenible de los regímenes existentes de insolvencia y no sería simplemente una respuesta a las crisis de corta duración.

137. El Grupo de Trabajo acogió en general con satisfacción la propuesta y prestó oído a varias observaciones. Se sugirió que, además de las cuestiones calificadas de rasgos esenciales de todo régimen de insolvencia, se añadiera la cuestión de los vínculos entre los distintos procesos, un ejemplo de lo cual sería la transformación de un procedimiento de reorganización de la empresa en su

liquidación. Se expresó la preocupación general de que la posible labor futura del Grupo de Trabajo se viera limitada por una descripción demasiado específica de los posibles elementos de esa labor en esta fase. También preocupaba el hecho de que la labor que se emprendiera sobre reestructuración extrajudicial, aunque fomentara la utilización de esos procedimientos, no reconociera claramente la estrecha relación entre esos tipos de procedimientos y el régimen oficial de la insolvencia al que habría que incorporar esos procedimientos. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo habría de centrarse en el reforzamiento de los regímenes oficiales de insolvencia, alentando al mismo tiempo, o al menos no desalentando, la utilización de otros procedimientos extrajudiciales menos costosos.

138. Se estimó que tal vez debían especificarse los factores macroeconómicos que en estos últimos años habían dado actualidad e importancia a la cuestión de la insolvencia para aclarar la necesidad de futuras deliberaciones del Grupo de Trabajo. Los factores pertinentes serían, entre otros: la maximización de las oportunidades de crédito y de negocios tanto a nivel nacional como internacional (tomando en consideración la insolvencia como parte integrante de las oportunidades crediticias y financieras en la mayoría de los países); el fomento de la eficacia de los mecanismos para reciclar los activos económicos; la minimización de la asunción de la deuda pública (tomando nota de que los arreglos eficientes y reciclajes de la deuda mantienen la deuda privada en el ámbito privado); y el hecho de que la intervención de esos factores podría reducir el riesgo sistémico. Se agregó que en sus ulteriores deliberaciones el Grupo de Trabajo no debía descuidar la importancia capital de los factores estructurales, sociales y políticos a la hora de formular regímenes de insolvencia eficaces y eficientes.

139. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo adoptó la siguiente recomendación:

“El Grupo de Trabajo recomienda que la Comisión le dé el mandato de preparar: una descripción general de los objetivos fundamentales y los rasgos esenciales de un régimen firme en materia de insolvencia y de las relaciones jurídicas entre deudores y acreedores, así como de un procedimiento de reorganización de empresas insolventes por vía extrajudicial; una guía legislativa con soluciones flexibles para el logro de esos objetivos y rasgos, incluido un examen de las diversas soluciones posibles y sus correspondientes ventajas e inconvenientes. Una guía legislativa similar a la que prepara la Comisión para los proyectos de infraestructura con financiación privada sería útil y podría ofrecer ejemplos de disposiciones legislativas modelo, cuando fuera oportuno.

En caso de que la Comisión decida emprender ese proyecto, el Grupo de Trabajo debería tener en cuenta al realizar esta tarea la labor en curso o ya ultimada de otras organizaciones, como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, el Banco Asiático de Desarrollo, la Asociación Internacional de Abogados y la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia. El Grupo de Trabajo debería recabar su colaboración a fin de beneficiarse de los conocimientos especializados que esas organizaciones pueden aportar y aprovechar su labor y debería iniciar su propia labor una vez recibidos los informes que están preparando el Banco Mundial y el Banco Asiático de Desarrollo.”