



Asamblea General

Distr. limitada
16 de junio de 2001
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia
24º período de sesiones
Nueva York, 23 de julio a 3 de agosto de 2001

Enfoques alternativos de los procedimientos de insolvencia extrajudiciales

Informe del Secretario General

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción.....	1 - 5	2
1. Informe del Banco Asiático de Desarrollo.....	6	3
2. Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia.....	7 - 8	4
3. Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI-INSOL-Asociación Interregional de Abogados.....	9 - 12	7
4. Declaración de Principios del Grupo de Prestamistas de la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL) para un enfoque mundial de las soluciones con múltiples acreedores.....	13 - 21	8
5. Propuesta para la reestructuración de empresas mediante procedimientos de insolvencia bajo supervisión judicial.....	22 - 24	12
6. Banco Mundial.....	25 - 26	17

Introducción

1. En su 32º período de sesiones (1999), la Comisión tuvo a la vista una propuesta de Australia (A/CN.9/462/Add.1) sobre la posible labor futura en materia de derecho de insolvencia. Al examinar esa propuesta, la Comisión señaló que otras organizaciones internacionales, como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Asociación Internacional de Abogados, habían abordado diversos proyectos de elaboración de normas y principios relativos a los regímenes de la insolvencia. Entre los temas examinados en esos proyectos figuraban los procedimientos oficiosos de insolvencia elaborados en varios países que constituyen variantes, con respecto a los procedimientos judiciales y ofrecen un mayor grado de flexibilidad y una respuesta más dinámica de los acreedores que en el caso de los regímenes judiciales de la insolvencia.
2. En su 22º período de sesiones, celebrado en diciembre de 1999, el Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia examinó cuestiones relacionadas con los procedimientos oficiosos de insolvencia sobre la base de una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.50, párrs. 157 a 160) en la que se recogió la labor realizada al respecto por otras organizaciones internacionales.
3. El presente informe tiene por objeto facilitar el examen de los procedimientos oficiosos de insolvencia por parte del Grupo de Trabajo recordando los debates del 22º período de sesiones del Grupo de Trabajo, celebrado en diciembre de 1999, y del Coloquio Mundial sobre la Insolvencia, que tuvo lugar en diciembre de 2000, esbozar varias propuestas que se han elaborado para fomentar los procedimientos oficiosos y abordar algunos de los problemas que plantea su utilización cada vez más frecuente.
4. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta esos aspectos y propuestas al examinar si es conveniente o viable adoptar medidas legislativas sobre el tema. Cabe recordar que en su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión decidió encomendar al Grupo de Trabajo que incluyera la reorganización extrajudicial como rasgo esencial de un régimen firme en materia de insolvencia y de las relaciones jurídicas entre deudores y acreedores. Si el Grupo de Trabajo considera que cabe emprender una labor legislativa, tal vez desee examinar si ésta se ha de realizar como parte integral del proyecto de guía legislativa, que trata básicamente de los procedimientos judiciales de insolvencia, o paralelamente a la elaboración de esa guía, con carácter de proyecto separado, aunque relacionado, por el hecho de que los procedimientos oficiosos plantean distintos problemas y dudas y no se comprenden ni utilizan tanto como los procedimientos judiciales.
5. Con frecuencia se emplean distintos términos para denominar los procedimientos extrajudiciales de carácter oficioso, entre ellos “reestructuración”, “rehabilitación”, “reorganización”, “reconstrucción” y “solución”, términos éstos que a veces van acompañados del adjetivo “voluntaria”. A fin de distinguir estos procedimientos voluntarios de carácter oficioso de los que se utilizan en el ámbito judicial y se examinan en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.54 y Add. 1 y 2, en el presente documento se emplea, en la medida de lo posible, la expresión “procedimientos extrajudiciales”. Cuando se hace referencia a los informes de otras organizaciones se conserva la terminología que allí se utiliza, de modo que es posible que aparezcan términos diferentes.

1. Informe del Banco Asiático de Desarrollo

6. Los temas relacionados con los procedimientos oficiosos de insolvencia se examinaron en un informe del Banco Asiático de Desarrollo (informe del BAD)¹ (páginas 25 a 27) en el que se describen las condiciones necesarias para los procedimientos oficiosos, así como los principales procesos y problemas prácticos. Asimismo, se señala en la página 63 que, dado que la cultura comercial de muchos de los países estudiados para el informe promueve la resolución amigable de las disputas, puede haber una base relativamente firme con la que fomentar y construir los elementos necesarios para estructurar una solución informal negociada de los problemas de los deudores insolventes o con problemas financieros. El Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia examinó en su 22º período de sesiones, celebrado en diciembre de 1999, el material que se cita a continuación, extraído de los párrafos 158 a 160 del documento A/CN.9/WG.V/WP.50.

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

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

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

¹ Banco Asiático de Desarrollo, Regional Technical Assistance Project, TA N° 5795-REG, Insolvency Law Reform: Preliminary Comparative Report, 1999 (“el informe del BAD”); también el Special Report: Insolvency Law Reform in the Asian and Pacific Region, Law and Development at the Asian Development Bank: edición de 1999.

suministro continuo de fondos a la entidad deudora y la determinación de prioridades para asegurar esa financiación.”

2. Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia

7. Los párrafos que se transcriben a continuación se extrajeron del informe del Grupo de Trabajo sobre su 22º período de sesiones, celebrado en diciembre de 1999 (documento A/CN.9/469, párrs. 105 a 112 y 116 a 121).

“105. En diversas fases del debate sobre los procedimientos oficiosos relativos a la insolvencia 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.

115. Se consideró que una opción distinta sería que el mecanismo de negociación extrajudicial incluyera 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.”

8. La Comisión aprobó la propuesta del Grupo de Trabajo en su 33º período de sesiones celebrado en 2000.

3. Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI-INSOL-Asociación Internacional de Abogados

9. En el Coloquio Mundial sobre la Insolvencia auspiciado por la CNUDMI, la INSOL y la Asociación Internacional de Abogados, que se celebró en Viena en diciembre de 2000, se siguieron examinando los procedimientos extrajudiciales como cuestión que podía ser objeto de examen en el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI (junto con otros 13 temas importantes vinculados a los procedimientos de liquidación y reorganización). En los párrafos siguientes se resumen las deliberaciones correspondientes (documento A/CN.9/495, párrs. 27 y 28).

“27. Los participantes consideraron que sería ventajoso disponer de un sistema que alentara a las partes a evitar largos procedimientos judiciales formales, que ofreciera otras posibles opciones que permitieran y facilitaran la recuperación de capital en una fase inicial, y que resultara más económico que los procedimientos formales. Se observó que si bien ese sistema funcionaba óptimamente cuando ya existía un derecho y una infraestructura que daban certeza sobre los resultados, también era útil cuando el marco institucional no era del todo eficaz. “

10. Se presentó la labor realizada por el Grupo de Prestamistas de la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL) sobre la “Declaración de Principios para un enfoque mundial de las soluciones con múltiples acreedores” (más adelante se analizan los principios en detalle). En la formulación de los principios participaron más de 150 instituciones, entre ellas establecimientos bancarios, empresas de seguros, instituciones de inversión, bancos de inversión, profesionales especializados en insolvencia y finanzas y representantes de los gobiernos y de organismos públicos reguladores de numerosos países. La formulación de los principios obedeció al reconocimiento de la utilización cada vez

más generalizada de procedimientos de insolvencia de carácter oficioso y de las crecientes dificultades que surgen para llevarlos a feliz término. Los principios tienen por objeto acelerar esos procedimientos y, en consecuencia, aumentar las posibilidades de éxito, proporcionando a los diversos grupos de acreedores un conjunto de reglas comunes convenidas que oriente su forma de proceder. Es posible que coadyuven a acelerar el proceso y a reducir el grado de incertidumbre, el tiempo, los costos, y la tensión y la desconfianza entre los acreedores; al centrarse directamente en preservar el valor económico, contribuirán a preservar el valor de la empresa insolvente.

11. En los principios se subraya que, si bien en el plano internacional se fomenta cada vez más la elaboración de regímenes nacionales de la insolvencia para facilitar la recuperación y rehabilitación de empresas y negocios con problemas financieros, huelga decir que, independientemente de lo beneficiosos que puedan ser para el deudor o de lo orientados a la “recuperación” que puedan estar esos regímenes con frecuencia hay ventajas importantes tanto para los acreedores como para los deudores, en la pronta ejecución de procedimientos de rehabilitación o soluciones de carácter oficioso o contractual, en comparación con la incertidumbre y los costos imprevisibles de los procedimientos judiciales de insolvencia.

12. No se pretende que los principios sean vinculantes y se subraya que tendrán mayores posibilidades de facilitar soluciones cuando haya un marco jurídico, normativo y de política gubernamental en materia de insolvencia que sea eficaz, previsible y fiable; así pues, actuarían “al amparo de la ley”. La existencia de un régimen de la insolvencia bien concebido y la posibilidad de aplicarlo sistemáticamente, proporcionando a los acreedores financieros medios eficaces para recurrir contra los deudores reacios, alienta a los deudores a cooperar con los acreedores con miras a negociar un acuerdo al margen de un proceso formal de insolvencia en un plazo aceptable.

“28. ... Los participantes en el coloquio acogieron con satisfacción la formulación de los principios. Sin embargo, se observó que tal vez éstos no iban suficientemente lejos y que probablemente se requería algo más para garantizar la ejecución de los acuerdos extrajudiciales. Se formuló otra propuesta con el fin de introducir en el régimen de la insolvencia un procedimiento acelerado para ejecutar un plan de solución no totalmente consensual, pero respaldado por la gran mayoría de los acreedores. El plan se diligenciaría por conducto de un tribunal competente en materia de insolvencia a fin de que fuera vinculante para la minoría disidente, siempre y cuando cumpliera ciertos criterios objetivos estipulados en el régimen de la insolvencia. Según la opinión general de los participantes, se requeriría un análisis en profundidad para decidir si esa propuesta debía llevarse adelante en el marco de la futura labor que realizara la Comisión en materia de insolvencia”. La propuesta se consigna con más detalle *infra*.

4. Declaración de Principios del Grupo de Prestamistas de la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL) para un enfoque mundial de las soluciones con múltiples acreedores

13. El Grupo de Prestamistas terminó de elaborar los principios en el año 2000. Éstos van acompañados de un comentario en el que se explican el alcance y

aplicación de cada uno de ellos y también se indican las prácticas óptimas y se hacen sugerencias respecto de varias cuestiones que no se tratan concretamente en los principios mismos. Según se señaló en el párrafo 12 *supra*, la idea es que los principios actúan en el contexto de un régimen de la insolvencia eficaz, previsible y fiable. A continuación se enuncian los ocho principios y se añade un resumen del comentario de la Secretaría.

Primer principio

Cuando un deudor tiene dificultades financieras, todos los acreedores pertinentes deberán estar dispuestos a cooperar entre sí a fin de darle tiempo suficiente, aunque limitado (un “período de moratoria”) para poder reunir y evaluar la información atinente y presentar y evaluar propuestas para solucionar sus dificultades financieras, a menos que esa medida sea inadecuada en un caso determinado.

14. En el comentario se indica que la finalidad de este principio es incluir en el procedimiento de carácter oficioso a todos los acreedores cuya cooperación sea indispensable para el éxito de cualquier intento de rehabilitación o solución, lo que exige, en primer lugar, individualizar las categorías de acreedores que han de incluirse y, en segundo lugar, determinar los acreedores de las categorías afectadas que se incluirán. El establecimiento de una moratoria entraña el reconocimiento de las ventajas que traerá aparejada para los acreedores en su conjunto una respuesta coordinada y mesurada a las dificultades del deudor. Si bien en el principio no se menciona concretamente cuándo ha de comenzar la moratoria, en el comentario se indica que ese es un aspecto problemático y que los acreedores interesados suelen escoger la fecha en que el deudor o uno de los acreedores financieros notifica por primera vez a los acreedores financieros como grupo (o, por lo menos, a algún grupo o categoría importante de ellos) acerca de la convocación de una reunión para permitir que el deudor explique su situación a los acreedores pertinentes. Se señala que si bien la duración de la moratoria variará según el caso y dependerá de la complejidad de la información que ha de reunirse y del tipo de propuesta de reestructuración que se presente, se suele establecer un período inicial de semanas o meses, por lo general con posibilidad de prorrogarlo, si los acreedores pertinentes lo aprueban, o de ponerle término, si un número predeterminado de acreedores así lo decide, al producirse algún acto de incumplimiento o a discreción propia.

Segundo principio

Durante la moratoria todos los acreedores pertinentes deberán convenir en abstenerse de tomar medidas para hacer valer sus derechos (salvo la cesión a un tercero), o para disminuir sus riesgos frente al deudor, si bien tendrán derecho a que su posición frente a otros acreedores o entre sí no se vea menoscabada.

15. En el comentario se destaca la importancia de esa suspensión a fin de lograr estabilidad, condición indispensable para cualquier intento de rehabilitación o solución. Si bien se toma nota de que en algunos países se dispone la suspensión por ley de toda ejecución antes de que se inicien los procedimientos de insolvencia, con frecuencia es ventajoso, tanto para los acreedores como para el deudor, recurrir a un

procedimiento de carácter oficioso o contractual para evitar los gastos que entrañan los procedimientos judiciales. Se esbozan las cuestiones que se deberían abordar en el acuerdo de moratoria, entre ellas las disposiciones encaminadas a garantizar que los acreedores pertinentes no vean menoscabada su situación unos frente a otros durante la moratoria. En los acuerdos de moratoria más complejos figuran disposiciones en las que se aborda la difícil cuestión de mantener la posición relativa de los acreedores unos frente a otros.

Tercer principio

Durante el período de moratoria, el deudor deberá abstenerse de realizar cualquier acción que pueda socavar las perspectivas de restitución de los acreedores pertinentes (ya sea colectiva o individualmente), en comparación con la situación en que se encontraban al iniciarse ese período.

16. En el comentario se observa la importancia que reviste el hecho de que el deudor se abstenga de realizar cualquier acción de esa índole, por ejemplo, el otorgamiento de garantías a acreedores no participantes en forma de cargas, hipotecas, prendas, avales o cauciones; el traspaso de activos o valores de empresas con las que los acreedores participantes se puedan resarcir y la venta de activos a terceros por un valor inferior, o a acreedores que, como ya se les adeuda dinero, no pagarán por ellos.

Cuarto principio

La mejor manera de atender a los intereses de los acreedores pertinentes es coordinar su forma de responder ante un deudor con problemas financieros. La coordinación será más fácil si se forman uno o más comités representativos de coordinación y se designan especialistas que asesoren y ayuden a esos comités y, cuando proceda, a los acreedores pertinentes que participen en la totalidad del proceso.

17. En el comentario se esbozan las ventajas de utilizar comités de coordinación y varias cuestiones que habría que abordar cuando se los utilice, entre ellas, la manera en que podrían formarse y funcionar esos comités y las facultades de los coordinadores, la remuneración que recibirían, sus obligaciones frente a los acreedores y la forma en que se elegirían.

Quinto principio

Durante el período de moratoria, el deudor deberá proporcionar a los acreedores pertinentes y a sus asesores profesionales acceso razonable y oportuno a toda información acerca de su activo y pasivo, negocios y perspectivas comerciales, a fin de facilitar la evaluación de su situación financiera y la presentación de propuestas a los acreedores pertinentes.

18. En el comentario se subraya la importancia que reviste ese principio para que prospere la propuesta de rehabilitación, solución o reestructuración. Se señala que la información debe ser obtenida por asesores independientes que actúen en nombre de

los acreedores pertinentes o, por lo menos, se debe prestar para el proceso de debida diligencia, y el deudor, por su parte, debe aceptar que los asesores examinen la exactitud de las cuentas, las proyecciones, las previsiones y los planes de negocios relacionados con toda propuesta de rehabilitación o reconstrucción. Será necesario también que calculen las consecuencias que acarrearía la negativa de los acreedores pertinentes a aceptar las propuestas que se les presenten.

Sexto principio

Las propuestas para resolver las dificultades financieras del deudor y, en la medida en que sea factible, los acuerdos entre los acreedores pertinentes respecto del período de moratoria deberá reflejar la ley aplicable y las posiciones relativas de los acreedores pertinentes al comienzo del período de moratoria.

19. Una vez que los acreedores pertinentes hayan evaluado la situación del deudor y consideren que se les trata equitativamente en relación con otros acreedores, querrán cotejar las propuestas que se les hacen con lo que podrían obtener en un procedimiento judicial de insolvencia o con otras opciones que se les presentaran. Al hacer esas evaluaciones, es bastante corriente que los contadores y otros asesores financieros que actúan en nombre de los acreedores pertinentes se basen en modelos de insolvencia elaborados con respecto al deudor que funcionan según determinados supuestos contables y jurídicos explícitos y se basan en información que se obtiene mediante el proceso de debida diligencia (quinto principio). Los modelos han de tener en cuenta todos los créditos y derechos pertinentes que se considerarían en cualquier procedimiento de insolvencia del deudor y las leyes de insolvencia respectivas. Los resultados que se obtengan de esos modelos pueden utilizarse para determinar los derechos que los acreedores pertinentes pueden hacer valer contra el deudor, calcular lo que recibirán los acreedores en consecuencia y determinar la proporción del monto adeudado a los acreedores pertinentes que podría saldarse con el activo.

Séptimo principio

La información que se obtenga para el proceso en relación con el activo, el pasivo y los negocios del deudor y toda propuesta encaminada a resolver sus dificultades financieras deberán ponerse a disposición de todos los acreedores pertinentes y considerarse confidenciales, salvo que ya sean de dominio público.

20. En el comentario sobre este principio se observa que es indispensable que todos los acreedores pertinentes reciban la misma información acerca del activo, el pasivo y los negocios del deudor durante el proceso oficioso de insolvencia y conozcan las propuestas que presente el deudor, aun cuando se presenten diferentes propuestas a distintos grupos dentro del conjunto de acreedores pertinentes y las diferencias de situación entre éstos exijan asesoramiento profesional por separado para los distintos grupos. Se indica que la retención de información confidencial por parte de algunos grupos de acreedores, por ejemplo los bancos, en general no es problemática. No obstante, puede ser necesario concertar arreglos especiales en el

caso de otros grupos, como los titulares de deudas que no están obligados ni implícita ni explícitamente a mantener el carácter confidencial, o no pueden aceptar información confidencial sin perjuicio de su capacidad para negociar deudas. Se observa que las instituciones financieras se inclinan cada vez más por la negociación de deudas como mecanismo de gestión de los riesgos bancarios o de realización de valores en relación con los préstamos que conceden y se subrayan algunas de las cuestiones delicadas que podrían surgir con respecto a la protección de la información confidencial.

Octavo principio

Si se conceden más fondos durante el período de moratoria o en virtud de propuestas de rehabilitación o reestructuración, se debería dar prioridad, en la medida de lo posible, al reembolso de esos fondos complementarios frente a otras formas de endeudamiento o derechos de los acreedores pertinentes.

21. En el comentario se abordan los medios de obtener más fondos y se observa que eso podría entrañar no sólo servicios complementarios de crédito, sino también otros mecanismos que suponen el aumento de los niveles de riesgo. El trato que se dé a estos mecanismos será objeto de negociación entre los acreedores pertinentes. Se sugiere que se ofrezca la oportunidad de participar en la concesión de fondos complementarios a todos los acreedores pertinentes que intervengan en el procedimiento, los que deberían aceptar proporcionalmente los riesgos correspondientes.

5. Propuesta para la reestructuración de empresas mediante procedimientos de insolvencia bajo supervisión judicial

22. Varios integrantes de la delegación de los Estados Unidos de América ante el Grupo de Trabajo de la UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia han elaborado una propuesta de marco jurídico en el que se dispondrían procedimientos acelerados de insolvencia para la reestructuración voluntaria de las deudas de capital (deudas y obligaciones frente a proveedores de fondos institucionales) de empresas internacionales insolventes, sobre la base de la aprobación de la reestructuración por una mayoría obligatoria de los principales acreedores de cada categoría afectada, y el examen judicial de la idoneidad de la reestructuración a la luz de criterios internacionales de reestructuración apropiados.

23. Las principales características del marco propuesto son: la posibilidad de declarar una moratoria breve para permitir que concluyan las negociaciones de reestructuración voluntaria; la solicitud de aprobación de la reestructuración por los acreedores antes de iniciar el procedimiento judicial; la aprobación obligatoria del 75% del número y valor de las reclamaciones de los acreedores de las categorías afectadas; procedimientos acelerados de insolvencia para la aprobación de la reestructuración por un tribunal competente en materia de insolvencia a fin de que sea vinculante para los acreedores disidentes, y criterios jurídicos mínimos de aprobación judicial de la reestructuración.

24. La propuesta se transcribe a continuación.

a) Deudores que podrían recurrir a la ley modelo

1. Podrían recurrir a los procedimientos previstos en la ley modelo las empresas insolventes o en situación de incumplimiento que tuvieran deudas sustanciales con personas extranjeras. Se establecerían los criterios relativos a las dimensiones, los criterios para probar la situación de insolvencia o incumplimiento y los criterios para determinar si una parte suficiente de la deuda está en manos de extranjeros. Cabría excluir de la aplicación de la ley modelo a ciertos tipos de deudores regulados (por ejemplo, instituciones financieras y compañías de seguros).

b) Partes afectadas

2. Conforme a la ley modelo, la reestructuración tendría que ser aprobada por el voto afirmativo de la mayoría de los principales acreedores de cada una de las categorías afectadas. Sin embargo, con esa votación sólo podrían ajustarse las deudas de capital prestado (institucionales y públicas, garantizadas o no garantizadas) y otras obligaciones financieras similares. Las deudas reclamadas por otros acreedores no se verían afectadas, a menos que cada uno de esos acreedores accediera a ajustar sus reclamaciones. Las deudas reclamadas por acreedores comerciales, empleados y autoridades fiscales no se verían afectadas por la propuesta. No obstante, los accionistas comunes y otros titulares de valores podrían verse afectados.

c) Suspensión

3. En muchos casos puede lograrse una reestructuración, incluso tras la mora, si los acreedores acuerdan voluntariamente diferir las demandas de cobro. Sin embargo, para facilitar los esfuerzos de reestructuración, se podría prever en la ley modelo una suspensión legal debidamente limitada de toda acción, a fin de evitar que las demandas de los acreedores hicieran fracasar la gestión de la reestructuración. En relación con una propuesta de reestructuración hecha de buena fe, la empresa interesada podría declarar una breve suspensión de las actividades de cobro de las categorías de acreedores afectadas, es decir, los proveedores de fondos, los titulares de obligaciones y los accionistas, pero no de los abastecedores ni de los empleados. La declaración se notificaría públicamente, por ejemplo, presentándola ante el tribunal apropiado, publicándola o por otro medio que corresponda, y se especificaría si todos los acreedores y accionistas, o únicamente algunos de ellos en particular, quedan sujetos a la suspensión.

4. El período inicial de aplicación de la suspensión sería relativamente breve (por ejemplo, de 15 días), pero podría prorrogarse con el consentimiento de los principales acreedores de las categorías afectadas (por ejemplo, otros 30 a 60 días con la aprobación por escrito de la mayoría de los principales acreedores de cada una de las categorías afectadas de acreedores no garantizados). Además, podría preverse la anulación de la suspensión si el deudor tratara de efectuar transacciones (por ejemplo, liquidar su negocio o realizar transferencias considerables de activos) al margen del curso normal de sus negocios o dar trato preferencial a un subgrupo de acreedores al margen de una reestructuración aprobada.

d) Aceptación de la propuesta negociada de reestructuración

5. Tras la propuesta de reestructuración y de negociaciones oficiosas con representantes de los acreedores y accionistas afectados, la empresa solicitaría a los acreedores y titulares de capital social afectados la aceptación de la propuesta de reestructuración negociada, de conformidad con la ley aplicable.

e) Tipo de voto

6. Para la votación habría que clasificar de forma apropiada las reclamaciones y derechos, y la reestructuración tendría que ser aprobada por el voto afirmativo de las mayorías obligatorias que se fijen en función del valor y el número de reclamaciones en cada categoría. En virtud de la ley modelo, se requeriría una mayoría absoluta de los principales acreedores de cada una de las categorías afectadas (por ejemplo, el 75% del número de los votantes de cada clase y del valor que representen) para la aprobación de una reestructuración.

f) Decisión judicial sobre la idoneidad de la reestructuración según criterios internacionales

7. Dado que, en virtud de la ley modelo, la minoría disidente de acreedores de cada clase quedaría vinculada por la reestructuración, debería requerirse que un tribunal determinara, con arreglo a criterios internacionales apropiados en la materia, si la reestructuración sería conveniente para la minoría disidente de acreedores. La aplicabilidad de la reestructuración podría estar supeditada a la decisión judicial de idoneidad. La empresa deudora podría contratar los servicios de un experto independiente para facilitar la revisión judicial. En la ley modelo se podrían establecer los criterios de selección del experto independiente, cuyos honorarios correrían por cuenta de la empresa deudora. Su función sería examinar la propuesta de reestructuración, establecer si se satisfacen o no los criterios internacionales en la materia y presentar un informe que contenga los resultados de su investigación. Posteriormente se sometería la propuesta, acompañada del informe del experto, a la aprobación de un tribunal local competente.

g) Notificación y criterios de aprobación

8. Se debería notificar a las partes afectadas la conclusión de los procedimientos de solicitud y la presentación de la reestructuración a fin de someterla a examen por un experto independiente y a la aprobación final de un tribunal. También se deberían prever procedimientos acelerados para presentar al experto independiente argumentos a favor y en contra de la propuesta de reestructuración. Se elevarían ejemplares de esos documentos al tribunal y probablemente habría que establecer un plazo de presentación (por ejemplo, 20 días tras la publicación del aviso) y tal vez, incluso, para un informe de habilitación (por ejemplo, 30 días después de que se hubieran terminado de presentar los argumentos).

9. Tras la presentación del informe del experto independiente, se iniciarían los procedimientos en un tribunal local competente (el tribunal) para obtener la aprobación de la propuesta de reestructuración. A fin de aprobar una reestructuración pese al voto de los acreedores disidentes de cada clase afectada, el tribunal tendría que establecer determinadas cuestiones de hecho y

de derecho para determinar la idoneidad de la propuesta a la luz de criterios internacionales sólidos de reestructuración. Al emitir su fallo, el tribunal tendría que dar considerable importancia al informe del experto independiente. Con arreglo a esos criterios internacionales de reestructuración, el tribunal podría llegar a la conclusión, por ejemplo, de que:

- i) la empresa reúne las condiciones para reestructurarla conforme a la ley modelo;
- ii) la reestructuración se propuso, negoció y solicitó de buena fe;
- iii) se informó debidamente a cada clase afectada de acreedores;
- iv) se clasificaron debidamente los acreedores y accionistas, y los acreedores de cada clase afectada se pronunciaron a favor de la reestructuración conforme a las mayorías requeridas;
- v) las deudas que tienen la misma situación y prelación reciben en la reestructuración un trato comparable (salvo que se haya convenido en contrario expresamente);
- vi) cada acreedor disidente recibirá en la reestructuración bienes por un valor por lo menos equivalente a lo que recibiría si la empresa fuera liquidada en procedimientos judiciales de insolvencia con arreglo al derecho interno;
- vii) una vez realizada la reestructuración, es probable que la empresa pueda cumplir sus obligaciones en el debido plazo; y
- viii) en caso de que alguna clase de accionistas afectados se niegue a aceptar el plan, la deuda global de la empresa es superior al valor (sin deuda) de la empresa como negocio en marcha (es decir, la empresa es insolvente).

h) Declaración de aplicabilidad

10. Cuando el tribunal haya aprobado la propuesta de reestructuración y se hayan cumplido todas las condiciones que determinen su aplicabilidad, se notificaría a todos los acreedores afectados de conformidad con los procedimientos establecidos y el tribunal emitiría una “declaración de aplicabilidad” (que tendría el mismo efecto que un decreto judicial vinculante) por la que se haría constar que la reestructuración es aplicable en virtud de la ley modelo.

i) Extinción y fuerza obligatoria

11. La declaración de aplicabilidad dejaría sin efecto las deudas que quedaran extinguidas en virtud de la reestructuración, y los tribunales del país estarían obligados a dar aplicación a la reestructuración conforme a sus disposiciones.

j) Alternativas a la aprobación judicial

12. Si bien los sistemas judiciales de algunos Estados se pueden permitir el tipo de examen económico y agilizado de las propuestas de reestructuración que requiere la ley modelo, puede haber Estados en los que convenga evitar procedimientos judiciales más engorrosos con objeto de fortalecer las

posibilidades de lograr una rehabilitación acertada, preservar el valor, prevenir la pérdida de empleo y producción y atenuar el impacto de las quiebras empresariales en el sistema. Se podrían estudiar opciones basadas en las prácticas y estructuras establecidas que validen las reestructuraciones realizadas mediante métodos extrajudiciales, ya que los procedimientos de aprobación que fomentan reestructuraciones extrajudiciales de carácter voluntario ágiles y equitativas son esenciales para mejorar los factores de riesgo del país y reducir los riesgos financieros del sistema, así como para facilitar la inversión y la reestructuración del capital invertido cuando sea necesario.

k) Consecuencias para el derecho interno

13. Habría que modificar las leyes internas que requirieran unanimidad para ajustar deudas al margen de los procedimientos de insolvencia, a fin de que pudieran realizarse los ajustes de la deuda en las reestructuraciones que se aprobaran de conformidad con la ley modelo. De forma análoga, si en virtud de alguna ley los directores o ejecutivos de una empresa pueden incurrir en responsabilidad por seguir realizando operaciones comerciales tras haberse declarado la insolvencia, también puede ser conveniente prever algún tipo de solución provisional, con las debidas notificaciones, de modo que se pueda seguir mientras continúan los esfuerzos realizados de buena fe por llevar adelante el proceso de reestructuración con arreglo a la ley modelo.

l) Reconocimiento internacional

14. A fin de lograr una mayor seguridad de que las reestructuraciones efectuadas en virtud de la ley modelo de un país sean respetadas por los tribunales nacionales y extranjeros, podría alentarse a las partes comerciales a que adoptaran la práctica de incorporar expresamente la aplicabilidad de la ley modelo a las obligaciones de pago de las empresas. La ley modelo podría disponer también que el derecho a reestructurar la deuda en caso de insolvencia en virtud de la ley modelo es condición implícita de toda obligación que contraiga un deudor local, a menos que se excluya expresamente.

15. En la medida en que se planteen cuestiones sobre el carácter vinculante o la fuerza obligatoria de las reestructuraciones efectuadas en virtud de la ley modelo en tribunales de otras jurisdicciones, esas cuestiones deben abordarse respetando los conceptos de coordinación y cooperación enunciados en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza. Para ello, puede ser conveniente prever en la ley modelo un procedimiento en virtud del cual el deudor reestructurado con arreglo a esa ley pueda obtener el nombramiento de un representante que sea reconocido como representante extranjero en otros países a efectos de reclamar la aplicación de las disposiciones de la reestructuración.

16. Por último, la ley modelo podría contener también disposiciones por las que se reconocieran en tribunales nacionales las reestructuraciones de deudores extranjeros realizadas con arreglo a la ley modelo en la forma que haya sido incorporada a la legislación de otros países.

6. Banco Mundial

25. En el informe reciente del Banco Mundial titulado “Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems” (Principios y directrices de reglamentación de la insolvencia y los derechos de los acreedores), los procedimientos extrajudiciales de carácter oficioso se examinan en los principios 25 y 26, en los que se dispone:

Principio 25: Marco legislativo propicio. *Las reorganizaciones y reestructuraciones de las empresas deben llevarse a cabo en un entorno propicio para que las partes convengan soluciones encaminadas a restablecer la viabilidad financiera de una empresa. Por entorno propicio se entiende leyes y procedimientos que exijan la divulgación de información financiera precisa, fidedigna y oportuna sobre la empresa en crisis, o que garanticen el acceso a ésta; que fomenten la concesión de préstamos a las empresas en crisis financieramente viables, la inversión en éstas o su recapitalización; que apoyen una amplia variedad de planes de reorganización, como la amortización de préstamos fallidos y el reescalonamiento, la reestructuración y la capitalización de la deuda; y que ofrezcan regímenes fiscales neutrales o favorables a la reorganización.*

Principio 26: Procedimientos de reestructuración de carácter oficioso. *El sector financiero de un país (posiblemente con la ayuda y el aval oficiosos del Banco Central o del Ministerio de Finanzas) debería propiciar la elaboración de un código de conducta sobre un procedimiento extrajudicial de carácter oficioso para abordar los casos de empresas con crisis financieras en las que los bancos y demás instituciones financieras tienen un alto grado de concentración crediticia, en particular en los mercados en que la insolvencia de las empresas ha alcanzado proporciones sistémicas. Es mucho más probable que un procedimiento oficioso siga adelante cuando el acreedor dispone de recursos judiciales adecuados y hay leyes de insolvencia. El procedimiento oficioso puede desembocar en una rehabilitación judicial, lo que debería dar lugar al diligenciamiento rápido de un plan general elaborado en el procedimiento oficioso. El procedimiento judicial puede ser más eficaz si permite a los acreedores y deudores utilizar técnicas de carácter oficioso.*

26. Muchas de las cuestiones examinadas en el presente informe se plantean al analizarse esos dos principios en el informe del Banco Mundial. Por ejemplo, respecto del principio 26, este último se refiere a la elaboración de los Principios de la INSOL y a las circunstancias que han dictado el empleo cada vez más frecuente de procedimientos extrajudiciales de carácter oficioso. A las premisas iniciales bien definidas que son condiciones esenciales para un procedimiento oficioso eficaz según el informe del Banco Asiático de Desarrollo (véase el párrafo 6 *supra*), los principios del Banco Mundial añaden una nueva condición indispensable: que el

deudor no exija la reducción de sus deudas comerciales ni los beneficios derivados de un procedimiento judicial de insolvencia, como la suspensión automática o la capacidad de rechazar contratos onerosos, ni regímenes fiscales neutrales o favorables para que se lleve a cabo la reestructuración, tanto en la jurisdicción del deudor como en las de los acreedores extranjeros. En los dos principios se subraya la importancia primordial de la presencia de la sanción, es decir, la posibilidad de recurrir a procedimientos judiciales si los procedimientos oficiosos fracasan.