



# Asamblea General

Distr. limitada  
13 de enero de 2003\*  
Español  
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para  
el Derecho Mercantil Internacional**  
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)  
28º período de sesiones  
Nueva York, 24 a 28 de febrero de 2003

## Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

### Nota de la Secretaría

*[El glosario de la Guía figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1; la segunda parte de la Guía figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 a 17]*

*Los números de los párrafos que figuran entre corchetes remiten a los números de los párrafos pertinentes del documento A/CN.9/WG.V/WP.57, que son la versión anterior de este capítulo introductorio.*

### Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Primera parte: Elaboración de la estructura y objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente		
I. Introducción a los procedimientos de insolvencia. . . . .	1-21	3
A. Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente . . . . .	3-13	3
1. Maximizar el valor de los bienes . . . . .	4	4
2. Hallar un punto de equilibrio entre la liquidación y la reorganización . . . . .	5	4
3. Tratar equitativamente a acreedores en circunstancias similares. . . . .	6	5
4. Garantizar la solución de los casos de insolvencia de forma oportuna, eficiente e imparcial . . . . .	7-8	5

\* Este documento se ha presentado con retraso debido a la necesidad de concluir el 27º período de sesiones del Grupo de Trabajo, que se celebró del 9 al 13 de diciembre de 2002, y de ultimar la revisión del documento.



---

5.	Impedir que los acreedores desmiembren prematuramente los activos del deudor. . . . .	9	6
6.	Ofrecer un procedimiento transparente y previsible que contenga incentivos para reunir y suministrar información . . . . .	10-11	6
7.	Reconocer los derechos existentes del acreedor y establecer reglas claras para la clasificación de los créditos según su prelación . . . . .	12	7
8.	Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza . . . . .	13	7
B.	Equilibrio entre los objetivos fundamentales . . . . .	14-18	7
C.	Características generales de un régimen de la insolvencia. . . . .	19-21	9
II.	Tipos de procedimientos de insolvencia . . . . .	22-64	10
A.	Liquidación . . . . .	26-29	11
B.	Reorganización . . . . .	30-55	13
1.	Procedimientos oficiales de reorganización . . . . .	31-36	13
2.	Procesos oficiosos de reorganización. . . . .	37-52	15
a)	Requisitos necesarios . . . . .	40	16
b)	Procesos principales . . . . .	41-51	17
c)	Reglas y directrices para la reorganización oficiosa. . . . .	52	19
3.	Procesos de reorganización que incluyen elementos oficiales y oficiosos . . . . .	53-55	20
C.	Procesos administrativos. . . . .	56-57	20
D.	La estructura del régimen de la insolvencia . . . . .	58-64	21

## **Primera parte**

### **Elaboración de la estructura y objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente**

#### **I. Introducción a los procedimientos de insolvencia**

1. [23] Cuando un deudor se ve en la imposibilidad de pagar sus deudas y cumplir sus obligaciones cuando vencen los plazos, la mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén un mecanismo legal para satisfacer colectivamente las reclamaciones pendientes sobre todos los bienes (corporales o inmateriales) del deudor. Son muchos y muy diversos los intereses que tiene que regular ese mecanismo; en primer lugar, los intereses de las partes, entre ellas el deudor, los propietarios y los directivos de la empresa del deudor, los acreedores que estén respaldados por garantías de diversos grados (incluidas las entidades fiscales y otras partes deudoras gubernamentales), los empleados, los garantes de la deuda y los proveedores de bienes y servicios, así como las instituciones y prácticas jurídicas, comerciales y sociales que revistan interés para la elaboración del régimen de la insolvencia, incluido el marco institucional requerido para su funcionamiento. En general, este mecanismo debe compaginar no sólo los distintos intereses de esas partes sino también esos intereses con las consideraciones pertinentes de política social y de otra índole que repercuten en los objetivos económicos y jurídicos de la insolvencia.

2. [23] La mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén reglas sobre diversos tipos de procedimientos (que en la presente Guía se denominan genéricamente “procedimientos de insolvencia”) que pueden entablarse para resolver las dificultades financieras de un deudor. Estos procedimientos comparten el mismo objetivo de solución pero se presentan de diversas formas cuyas denominaciones no siempre coinciden y pueden contener elementos “oficiales” y “oficiosos”. Los procesos de insolvencia oficiales se entablan en virtud del régimen de la insolvencia, que rige su sustanciación. Estos procedimientos suelen abarcar tanto los procesos de liquidación como los de reorganización. Los procesos de insolvencia oficiosos no se rigen por el régimen de la insolvencia y se caracterizan por lo general por negociaciones entre el deudor y algunos de sus acreedores o todos ellos. A menudo estos procesos han sido fruto de iniciativas de los sectores bancarios y comerciales y suelen prever algún tipo de reorganización para el deudor insolvente. Si bien esos procedimientos no están sujetos al régimen de la insolvencia, los procesos oficiosos dependen para su eficacia de la existencia de un régimen de la insolvencia que pueda dar algún incentivo indirecto o ejercer algún tipo de persuasión para fomentar una reorganización (este aspecto se analiza más adelante).

#### **A. Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente**

3. Si bien los países siguen diversos enfoques, las opiniones coinciden en general en que todo régimen de la insolvencia eficaz y eficiente debe perseguir los objetivos fundamentales que se enuncian más adelante. Sea cual sea el enfoque del régimen que se adopte para cumplir esos objetivos fundamentales, ese régimen debe

complementar y ajustarse a los sistemas jurídicos y de valores de la sociedad en que se basa y que debe a fin de cuentas sostener. Si bien el régimen de la insolvencia suele constituir un derecho diferenciado, no debería producir resultados que generaran conflictos fundamentales con las premisas en que se basa el derecho general. Cuando el régimen de la insolvencia trata de lograr un resultado que difiere o se aparta fundamentalmente del derecho general (por ejemplo, con respecto al régimen aplicable a los contratos, la anulación de actos precedentes y las operaciones o el tratamiento de los derechos de los acreedores garantizados), es muy conveniente que su resultado sea fruto de un análisis detenido y de una política que vaya deliberadamente en esa dirección.

#### **1. Maximizar el valor de los bienes**

4. En el proceso de insolvencia debe darse a los participantes un fuerte incentivo para obtener de los bienes un valor máximo que incremente la cantidad que podrán cobrar los acreedores en general y que reduzca la carga de la insolvencia. Este objetivo se logra a veces distribuyendo de forma equilibrada los riesgos asignados entre las partes en el procedimiento de insolvencia. Por ejemplo, el modo en que se regulan las operaciones previas al procedimiento puede asegurar que los acreedores reciban un trato equitativo y que se incremente el valor de los bienes del deudor, recuperando así más valor en beneficio de todos los acreedores. Al mismo tiempo, el régimen aplicado a esas operaciones puede socavar la previsibilidad de las relaciones contractuales, la cual es de una importancia fundamental para las decisiones de inversión, con lo que los distintos objetivos del régimen de la insolvencia podrían entrar en conflicto. Del mismo modo, debe procurarse por una parte fomentar una liquidación rápida y, por otra, a largo plazo, esforzarse por reorganizar el negocio generando un mayor valor para los acreedores; también debe compaginarse la necesidad de nuevas inversiones para preservar o mejorar el valor de los bienes, con las consecuencias y el costo de esa nueva inversión para las partes interesadas; y compaginar las distintas funciones asignadas a las diversas partes interesadas, en particular la facultad de representante de la insolvencia para ejercer poderes discrecionales, con el grado de supervisión de esos poderes que puedan ejercer los acreedores para salvaguardar el proceso, por otra.

#### **2. Hallar un punto de equilibrio entre la liquidación y la reorganización**

5. El primer objetivo de la maximización del valor guarda una estrecha relación con el equilibrio que debe establecer el régimen de la insolvencia entre la liquidación y la reorganización. [16] El régimen de la insolvencia debe equilibrar las ventajas que ofrece el cobro a corto plazo de la deuda mediante la liquidación (que con frecuencia es lo que prefieren los acreedores garantizados) con las que entraña el hecho de mantener al deudor como empresa viable mediante la reorganización (que es a menudo lo que prefieren los acreedores no garantizados). Para lograr ese equilibrio pueden hacerse otras consideraciones de política social, como la promoción del desarrollo de una clase empresarial y la protección de las fuentes de trabajo. [15] El régimen de la insolvencia debe ofrecer, como variante de la liquidación, la posibilidad de reorganización de la empresa del deudor. En la reorganización, los acreedores no recibirían contra su voluntad menos que en una liquidación y el valor del deudor para la sociedad y para los acreedores aumentaría al máximo al permitirle que continuase sus actividades. Esto se desprende de la teoría económica fundamental según la cual se puede obtener un mayor valor

manteniendo unidos los componentes esenciales de una organización empresarial, y no disgregándolos y disponiendo de ellos por fragmentos. A fin de evitar que los acreedores o el deudor abusen del proceso de insolvencia y de garantizar la mejor solución para las dificultades financieras del deudor, el régimen de la insolvencia debería prever asimismo que, cuando conviniera, se pudiera pasar de un tipo de procedimiento al otro.

### **3. Tratar equitativamente a acreedores en circunstancias similares**

6. El concepto del trato equitativo se basa en la premisa de que, en procedimientos colectivos, los acreedores con derechos similares deben tratarse en pie de igualdad y deben percibir sus créditos según el grado de prelación que tengan y las eventuales garantías de que dispongan. [17] Por trato equitativo no se entiende que todos los acreedores deban ser tratados del mismo modo sino de manera que refleje los diferentes acuerdos que puedan haber concertado con el deudor, aunque esa definición pierde pertinencia cuando no hay un contrato específico de deuda con el deudor, como en el caso de los demandantes por daños y perjuicios (por ejemplo, por daños ecológicos). Al variar el concepto de trato equitativo en función de la política social en materia de prelación de los créditos, dando prioridad a los titulares de créditos o de garantías que nazcan, por ejemplo, en virtud de la ley, el principio del trato equitativo conserva su relevancia al asegurar que la prelación concedida a las reclamaciones de una misma categoría afecte de igual modo a todos los miembros de dicha categoría. El criterio del trato equitativo repercute en muchos aspectos del régimen de la insolvencia, concretamente en la aplicación de la paralización o suspensión, en las disposiciones de anulación de actos y operaciones y en la recuperación de valor en beneficio de la masa de la insolvencia, en la clasificación de los créditos, en los procedimientos de votación en la reorganización, y en los mecanismos de distribución. [17] El régimen de la insolvencia debería abordar los problemas de fraude y de favoritismo que puedan plantearse en caso de penuria financiera disponiendo, por ejemplo, la anulabilidad de los actos y de las operaciones que se realicen en detrimento del principio del trato equitativo de los acreedores.

### **4. Garantizar la solución de los casos de insolvencia de forma oportuna, eficiente e imparcial**

7. [18] Las insolvencias deben abordarse y resolverse de forma ordenada, rápida y eficiente con miras a evitar una perturbación indebida de los negocios y de las actividades del deudor y para reducir al mínimo el costo del procedimiento. Con una administración oportuna y eficiente se contribuirá a la realización del objetivo de maximización del valor de los bienes, mientras que la imparcialidad apoyará el cumplimiento del objetivo de un trato equitativo. Debe estudiarse todo el proceso detenidamente a fin de asegurar la máxima eficiencia sin sacrificar la flexibilidad. Al mismo tiempo, habría que procurar liquidar las empresas inviables e ineficientes y de salvar las empresas eficientes y potencialmente viables.

8. [18] El régimen de la insolvencia puede facilitar la solución rápida y ordenada de las dificultades financieras de un deudor si facilita el acceso al proceso de insolvencia previendo criterios claros y objetivos, así como medios adecuados para identificar, reunir, conservar y recuperar bienes que deban utilizarse para el pago de las deudas y obligaciones del deudor; si facilita la participación del deudor y de sus

acreedores con el mínimo de retraso y gastos que sea posible; si ofrece una estructura apropiada para la supervisión y administración del proceso (incluidos los profesionales y las instituciones participantes); y si brinda como resultado final un alivio eficaz de las obligaciones y responsabilidades financieras del deudor.

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

9. [19] Todo régimen de la insolvencia debe impedir que los bienes del deudor queden desmembrados prematuramente por acciones individuales de acreedores encaminadas a cobrar sus respectivas deudas. Ese proceder reduce a menudo el valor total del conjunto de bienes disponibles para liquidar todas las demandas contra el deudor y puede impedir la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha. La suspensión de una acción incoada por un acreedor brinda un margen de tranquilidad a los deudores, pues permite un examen adecuado de su situación financiera y facilita tanto la obtención del valor máximo de los bienes como un tratamiento equitativo de los acreedores. Quizá haya que prever algún mecanismo para impedir que los derechos de los acreedores garantizados resulten perjudicados por la suspensión.

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

10. [20] El régimen de la insolvencia debe ser previsible y transparente. De este modo, los prestamistas y acreedores potenciales podrán comprender de qué forma funciona el proceso de insolvencia y podrán evaluar el riesgo que corren como acreedores en caso de insolvencia. Así se promoverá la estabilidad en las relaciones comerciales y se fomentarán los préstamos e inversiones con primas de menor riesgo. La transparencia y la previsibilidad también permitirán a los acreedores aclarar las prioridades, prevenir las controversias previendo un marco de referencia para evaluar los derechos y riesgos relativos, y contribuirán a definir los límites de todo el poder discrecional. Si el régimen de la insolvencia es de aplicación imprevisible, existe el peligro de que todos los participantes no sólo pierdan su confianza en el procedimiento sino que además estén menos dispuestos a otorgar crédito y a adoptar otras decisiones de inversión. [20] En la medida de lo posible, el régimen de la insolvencia debe indicar claramente toda otra disposición legislativa que pueda afectar la marcha del procedimiento de insolvencia (por ejemplo, la legislación laboral, el derecho mercantil y contractual, el derecho tributario, las leyes que rigen el cambio de divisas, la liquidación y la compensación por saldos netos, el intercambio de deuda por capital social, e incluso el derecho familiar y matrimonial).

11. [20] El régimen de la insolvencia debe velar por que se disponga de información adecuada sobre la situación del deudor, se le ofrezcan incentivos para animarlo a revelar su posición o, cuando proceda, se le impongan sanciones si no lo hace. La obtención de esta información permitirá a los responsables de la administración y supervisión del proceso de insolvencia (los tribunales u órganos administrativos, o el representante de la insolvencia) y a los acreedores evaluar la situación financiera del deudor y determinar la solución más apropiada.

**7. Reconocer los derechos existentes del acreedor y establecer reglas claras para la clasificación de los créditos según su prelación**

12. [21] El reconocimiento y el cumplimiento, en el marco del proceso de insolvencia, de los diversos derechos que los acreedores tienen al margen de la insolvencia creará certeza en el mercado y facilitará la obtención de créditos, particularmente con respecto a los derechos y a la prelación de los acreedores garantizados. Es importante que haya normas claras para la determinación del orden de prelación de las demandas de acreedores ya existentes o posteriores a la apertura del procedimiento para así ofrecer claridad a los prestamistas, para velar por su aplicación coherente, para lograr que haya confianza en el proceso y para que todos los participantes estén en condiciones de adoptar medidas apropiadas para gestionar los riesgos. Estos grados de prelación deberían basarse, en la medida de lo posible, en tratos comerciales, y no reflejar criterios sociales y políticos que podrían alterar el resultado de la insolvencia. Convendría evitar dar prelación a los créditos que no estuvieran basados en tratos comerciales.

**8. Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza**

13. [22] A efectos de fomentar la coordinación entre los ordenamientos jurídicos y para facilitar la prestación de asistencia en la administración de un procedimiento de insolvencia que se origine en un país extranjero, las leyes sobre insolvencia deberían comprender normas sobre las insolvencias transfronterizas, incluido el reconocimiento de las actuaciones extranjeras, mediante la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

**B. Equilibrio entre los objetivos fundamentales**

14. Dado que un régimen de la insolvencia no puede proteger plenamente los intereses de todas las partes, al elaborarse un régimen sobre la insolvencia deben tenerse presentes dos objetivos fundamentales: definir los objetivos del régimen de la insolvencia y lograr el equilibrio deseado entre dichos objetivos. Los regímenes de la insolvencia logran ese equilibrio redistribuyendo los riesgos de la insolvencia de modo que se ajusten a los objetivos económicos, sociales y políticos de un país. Como tales, los regímenes de la insolvencia pueden tener amplios efectos en toda la economía.

15. El primer objetivo de todo régimen de la insolvencia es establecer un marco de principios que determine la forma en que deberá administrarse el patrimonio del deudor insolvente en beneficio de todas las partes afectadas. La creación de dicho marco y su integración en el proceso jurídico más amplio son de importancia vital para mantener el orden y la estabilidad sociales. Es preciso que todas las partes puedan prever sus derechos jurídicos en caso de que un deudor se vea imposibilitado para pagar una parte o la totalidad de lo que les adeude. Ello permite tanto a los acreedores como a los inversionistas calcular las repercusiones económicas del incumplimiento por parte del deudor y evaluar de esta forma los riesgos.

16. No existe ninguna solución universal para elaborar un régimen de la insolvencia, ya que las necesidades de los países no coinciden, como tampoco coinciden sus legislaciones sobre otras cuestiones de importancia fundamental para

la insolvencia, tales como las garantías reales, los derechos reales y contractuales, las vías de recurso y los procedimientos de ejecución. Aunque no haya una solución universal, la mayoría de los regímenes de la insolvencia abordan toda la serie de cuestiones planteadas por los objetivos fundamentales, si bien los grados de reglamentación y los enfoques varían. Algunas legislaciones propugnan más el reconocimiento y la ejecución de los derechos de los acreedores y de los tratos comerciales y otorgan a los acreedores un mayor control del proceso de insolvencia en detrimento del deudor (son los regímenes a veces denominados “favorables para los acreedores”), mientras que otros regímenes dan al deudor un mayor control del proceso (son los regímenes “favorables al deudor”). Algunas legislaciones dan mayor relieve a la liquidación del deudor con la finalidad de eliminar del mercado las empresas ineficientes e incompetentes, mientras que otras favorecen la reorganización. Las disposiciones favorables a la reorganización contribuyen, entre otras cosas, a incrementar el valor de los créditos de los acreedores, integrados en una empresa en marcha, dan una segunda oportunidad a los accionistas y a los directivos de la empresa del deudor; ofrecen a los empresarios y directivos de empresas fuertes incentivos para adoptar medidas apropiadas pero arriesgadas; o protegen a los grupos vulnerables, como los empleados del deudor, de los efectos de la insolvencia<sup>1</sup>.

17. Ahora bien, la adopción de un criterio favorable a la reorganización no debería garantizar la salvación de las empresas moribundas; las empresas sin ninguna posibilidad de salir adelante deberían liquidarse con la máxima rapidez y eficiencia. Cuando haya derechos que se consideren de prelación inferior, conviene establecer mecanismos al margen del régimen de la insolvencia que tal vez aporten una mejor solución, en vez de intentar abordar esos derechos en el marco del régimen de la insolvencia. Por ejemplo, cuando el régimen de la insolvencia dé a los créditos de los empleados una prelación inferior a la de los acreedores garantizados y privilegiados, cabe recurrir a acuerdos de seguros para proteger los derechos de los empleados (véase la segunda parte, capítulo ...).

18. Dado que la sociedad está en constante evolución, el régimen de la insolvencia no puede ser estático y debe reevaluarse periódicamente para asegurar que se ajuste a las necesidades sociales del momento. Al observarse cambios sociales deberán tenerse en cuenta, antes de actuar, las prácticas internacionales óptimas que podrán incorporarse a los regímenes nacionales de la insolvencia tomando en consideración las realidades del sistema y los recursos humanos y materiales disponibles.

---

<sup>1</sup> No hay necesariamente una correlación directa entre los regímenes favorables al deudor o a los acreedores, la importancia dada a la liquidación o a la reorganización y el ulterior éxito o fracaso de la reorganización. Aunque en la presente Guía no se pretenda analizar estas cuestiones en detalle, son importantes para formular un régimen de la insolvencia y merecen atención. Si bien el porcentaje de reorganizaciones que prosperan varía considerablemente incluso entre los regímenes considerados favorables a los acreedores, se observa que no es necesariamente cierta la suposición de que los regímenes favorables a los acreedores propician menos las reorganizaciones o contribuyen menos a su éxito que los regímenes favorables al deudor.

## C. Características generales de un régimen de la insolvencia

19. [24] La elaboración de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente requiere el estudio de diversas cuestiones comunes referentes al marco legal (derechos y obligaciones de las partes, tanto en lo sustantivo como en lo procesal) y al marco institucional necesarios (para aplicar esos derechos y obligaciones). Las cuestiones sustantivas que se examinan en detalle en los capítulos ... de la segunda parte de la presente Guía son, entre otras, las siguientes:

a) La determinación de los deudores que pueden quedar sujetos a procedimientos de insolvencia, inclusive los deudores que puedan requerir un régimen de la insolvencia especial;

b) La determinación del momento en que se puede iniciar el proceso de insolvencia y del tipo de procedimiento que se puede entablar, la parte que puede pedir que se abra el procedimiento y la posibilidad de que los criterios de apertura del procedimiento sean diferentes según la parte que la solicite;

c) Hasta qué punto debe permitirse que el deudor mantenga el control de la gestión una vez que comiencen los procedimientos de insolvencia o si debe quedar apartado de la gestión y debe nombrarse a una parte independiente (que en la presente Guía se denomina representante de la insolvencia) para que supervise y gestione la actuación del deudor, y la distinción que debe hacerse a este respecto entre liquidación y reorganización;

d) La protección de los bienes del deudor contra las acciones de los acreedores, del propio deudor y del representante de la insolvencia y la cuestión de si las medidas de protección son aplicables a los acreedores garantizados, así como la forma de proteger el valor económico de su garantía durante el procedimiento de insolvencia;

e) El modo en que el representante de la insolvencia puede tratar los contratos celebrados por el deudor antes de la apertura del procedimiento respecto de los cuales ni el deudor ni la otra parte hayan cumplido plenamente sus respectivas obligaciones;

f) La posibilidad de que al iniciarse el procedimiento de insolvencia se suspendan los derechos de liquidación o compensación por saldos netos;

g) El modo en que el representante de la insolvencia puede utilizar o disponer de los bienes de la masa de la insolvencia;

h) La posibilidad de que el representante de la insolvencia pueda anular determinados tipos de operaciones que perjudiquen los intereses de los acreedores;

i) En el caso de una reorganización, la preparación del plan de reorganización y las eventuales limitaciones que se impondrán al contenido del plan, el encargado de preparar el plan y los requisitos para su aprobación y ejecución;

j) La clasificación de los acreedores conforme a su grado de prelación para efectos de la distribución del producto de la liquidación;

k) La ejecución del plan de reorganización, la distribución del producto de la liquidación, la liberación o la disolución de la empresa del deudor y la conclusión del procedimiento.

20. [25] Además de esos aspectos concretos, otra cuestión más general que debe tratarse es la relación del régimen de la insolvencia con otras leyes sustantivas y la cuestión de si el régimen de la insolvencia modificará efectivamente esas leyes. Entre las leyes pertinentes puede figurar la legislación laboral que prevea ciertas salvaguardias para los empleados, las leyes que limiten la liquidación o compensación por saldos netos, las leyes que limiten las conversiones de la deuda en capital social y las leyes que impongan controles a las operaciones de cambio de divisas y de inversiones extranjeras que puedan afectar al contenido de un plan de reorganización (véase “Contratos de trabajo y empleados” [segunda parte, capítulo ...]; liquidación y compensación por saldos netos [segunda parte, capítulo ...]; y contenido del plan de reorganización [segunda parte, capítulo ...]).

21. Si bien en la presente Guía no se analiza en detalle el marco institucional, algunas de las cuestiones se abordan en el capítulo ... de la segunda parte. A pesar de la diversidad de cuestiones sustantivas que deben resolverse, las leyes sobre la insolvencia son de carácter eminentemente procesal. La elaboración de reglas procesales desempeña una función básica a la hora de determinar la asignación de funciones entre los diversos participantes, particularmente en la adopción de decisiones. Como el régimen de la insolvencia atribuye una responsabilidad considerable a la infraestructura institucional para la adopción de decisiones clave, es indispensable que esa infraestructura esté suficientemente desarrollada para poder cumplir las funciones requeridas.

## II. Tipos de procedimientos de insolvencia

22. [26] La mayoría de los regímenes de la insolvencia prevén dos tipos principales de procedimientos: el de liquidación (procedimiento típicamente formal u oficial) y el de reorganización (que puede ser un procedimiento formal, un proceso oficioso o, en algunos casos, un proceso en que se combinen elementos oficiosos y oficiales).

23. [26] La división o distinción tradicional entre estos dos tipos de procesos puede resultar algo artificial y crear innecesariamente polarización e inflexibilidad. En esa definición no entran, por ejemplo, los casos difíciles de clasificar, a saber, aquellos en que con un criterio flexible ante la situación financiera del deudor se puede lograr un resultado óptimo tanto para el deudor como para los acreedores en lo que se refiere a la maximización del valor de la masa de la insolvencia. Por ejemplo, a veces se utiliza el término “reorganización” para designar una forma particular de mantener e incluso incrementar el valor del patrimonio de la insolvencia en el contexto de procedimientos de liquidación, como en los casos en que la ley prevé que se lleve a cabo una liquidación transfiriendo la empresa como negocio en marcha a otra entidad. En tal situación, el término “reorganización” designa tan sólo una técnica distinta de la liquidación tradicional (es decir, la que consiste en vender los bienes directamente y por partes) a la que se recurre para obtener el mayor valor posible de la masa de la insolvencia. Del mismo modo, la reorganización puede requerir la venta de partes sustanciales de la empresa del deudor o [27] prever al final del proceso la liquidación o la venta del negocio a una nueva empresa y la disolución de la empresa del deudor.

24. [27] Por estas razones, es conveniente que el régimen de la insolvencia prevea una elección no limitada a dos opciones: el proceso tradicional estrictamente de liquidación y un único proceso de reorganización definido muy específicamente. Dado que en el concepto de reorganización pueden entrar muy diversos arreglos, es conveniente que el régimen de la insolvencia no prevea un enfoque prescriptivo y apoye arreglos que puedan aportar a los acreedores un valor superior al que obtendrían si se liquidara la empresa del deudor.

25. [28] Al examinar las disposiciones fundamentales de un régimen eficaz y eficiente de insolvencia, la presente Guía se centra en un procedimiento de liquidación, por una parte, y en un procedimiento de reorganización, por otra. Ahora bien, la adopción de este enfoque no tiene por finalidad indicar una preferencia por tipos particulares de procesos ni una preferencia por la forma en que los diferentes procesos deben integrarse en la legislación sobre la insolvencia. La Guía procura más bien comparar y contrastar los elementos fundamentales de los diferentes tipos de procedimientos y promover un enfoque que propicie la obtención de resultados óptimos por las partes que intervienen en un proceso de insolvencia. Para ello cabría formular un régimen al que se incorporaran los elementos formales tradicionales de modo que promovieran a la vez una flexibilidad máxima y la utilización de procesos oficiosos cuando fueran los más eficaces.

## A. Liquidación

26. [29] El tipo de procedimientos denominados de “liquidación” se regula mediante la legislación sobre insolvencia, que generalmente prevé que una autoridad pública (normalmente, aunque no necesariamente, es un tribunal judicial que actúa por conducto de una persona designada con tal fin) se haga cargo de los bienes del deudor con miras a poner fin a la actividad comercial de la empresa del deudor, transformando en liquidez los bienes no monetarios y distribuyendo el producto de la venta de los bienes de forma proporcional entre los acreedores. La venta de los bienes puede realizarse por partes o puede entrañar la venta de unidades productivas de la empresa o la empresa como negocio en marcha, y estos procedimientos suelen concluir con la disolución o desaparición de la empresa del deudor como entidad jurídica mercantil. Este tipo de procedimientos se designa también con términos como la bancarrota, la liquidación, la quiebra, la *faillite* y el *Konkursverfahren*.

27. [30] Los procedimientos de liquidación suelen tener una concepción, una aceptación y una aplicación prácticamente “universales” y suelen desarrollarse del modo siguiente:

- a) Solicitud del deudor o del acreedor o los acreedores ante un tribunal u otro órgano competente;
- b) Orden o sentencia de liquidación de la empresa del deudor;
- c) Designación de un tercero independiente encargado de dirigir y administrar la liquidación;
- d) Clausura de los negocios del deudor;
- e) Nulación de las facultades de los propietarios y cargos directivos y despido de los empleados;

- f) Venta de los activos del deudor, ya sea por partes o de toda la empresa como negocio en marcha;
- g) Resolución de las reclamaciones de los acreedores;
- h) Distribución de los fondos disponibles entre los acreedores (conforme a algún tipo de prelación); e
- i) Disolución de la empresa o de la entidad con personalidad jurídica del deudor, o liberación, en el caso de un deudor individual.

28. [31] Hay diversas justificaciones jurídicas y económicas para el proceso de liquidación. En términos generales, una entidad mercantil que no pueda competir en una economía de mercado no tiene cabida en ella y debe desaparecer. Para poder considerar una empresa incompetitiva, ésta debe cumplir ante todo un requisito: ser incapaz de pagar sus deudas vencidas o en el momento de su vencimiento o tener deudas por un valor superior al de sus bienes. Más concretamente, puede enfocarse la necesidad de procedimientos de liquidación como la necesidad de procedimientos que se ocupen de los problemas entre acreedores (cuando los activos de un deudor insolvente no basten para atender las demandas de todos los acreedores, lo mejor que pueden hacer los acreedores en su propio beneficio es procurar lo que reclaman antes de que otros acreedores puedan obrar de forma análoga) y como fuerza disciplinaria que constituya un elemento esencial de una relación sostenible entre el deudor y el acreedor. Todo procedimiento eficaz y adecuado de liquidación aborda el problema de la relación entre acreedores poniendo en marcha un procedimiento colectivo que procura evitar las acciones que, aunque los acreedores estimen que redundan en su interés, conduzcan esencialmente a una pérdida de valor para todos los acreedores. Los procedimientos colectivos están encaminados a ofrecer un trato equitativo a todos los acreedores y un trato igual a los acreedores que se encuentren en circunstancias similares, y a maximizar el valor de los bienes en beneficio de todos los acreedores. Normalmente, este objetivo se consigue imponiendo una suspensión de la capacidad de los acreedores para ejercer sus derechos individuales contra el deudor y nombrando a una persona independiente encargada ante todo de maximizar el valor de los bienes del deudor para su distribución entre los acreedores.

29. [32] Con un mecanismo ordenado y relativamente previsible para ejecutar los derechos colectivos de los acreedores se puede aportar también un elemento de previsibilidad cuando deban adoptar decisiones sobre la concesión de créditos y, de forma más general, se puede promover el interés de todos los participantes en la economía facilitando la concesión de créditos y el desarrollo de los mercados financieros. Ello no significa que el régimen de la insolvencia deba ser un instrumento para ejecutar los derechos de los distintos acreedores, aunque haya una clara e importante relación entre los dos tipos de procesos. La eficiencia y eficacia de los procedimientos para ejecutar los derechos de los distintos acreedores permitirán que los acreedores no se vean forzados a recurrir al proceso de insolvencia con ese fin, especialmente teniendo en cuenta que los procedimientos de insolvencia requieren por lo general un nivel de pruebas, costos y una complejidad procesal que resultan inadecuados de utilizar de ese modo. No obstante, todo proceso de insolvencia eficaz garantizará que, cuando fallen los mecanismos de la ejecución de la deuda, los acreedores dispongan de un recurso final que pueda aportar un incentivo eficaz frente al deudor recalcitrante animándolo a pagar a un determinado acreedor.

## B. Reorganización

30. [33] La otra opción consiste en un proceso no encaminado a vender los bienes de la empresa y a liquidarla sino a salvarla. Este proceso, que puede revestir diversas formas y cuya concepción, aceptación y aplicación puede ser menos universal que el procedimiento de liquidación, se denomina de diferentes modos, a saber, reorganización, rescate, reestructuración, cambio completo, rehabilitación, arreglo, concordato, suspensión de pagos, administración judicial de empresas *concordat préventif de faillite*, y *Vergleichsverfahren*. En aras de la simplicidad, en la Guía se utiliza el término “reorganización” en sentido amplio para abarcar el tipo de procedimientos cuya finalidad básica sea la de permitir al deudor superar sus dificultades financieras y reanudar o continuar el funcionamiento de sus operaciones comerciales normales (aun cuando en algunos casos pueda incluir la reducción de la capacidad de la empresa, su venta como negocio en marcha a otra empresa o, al final, su liquidación).

### 1. Procedimientos oficiales de reorganización

31. [34] Como se ha señalado más arriba, los procedimientos de reorganización pueden estar regulados por el régimen de la insolvencia o pueden constituir un proceso oficioso o un proceso en que se combinen elementos oficiales y oficiosos. Una de las justificaciones para incluir en el régimen de la insolvencia un procedimiento de reorganización oficial es que no todos los deudores que empiecen a fallar o a experimentar graves dificultades financieras en un mercado competitivo deberían necesariamente estar sujetos a una liquidación; si un deudor tiene perspectivas razonables de salir adelante (por ejemplo, si tiene un negocio potencialmente rentable) debería gozar de una oportunidad si se pudiera demostrar que manteniendo el negocio esencial y manteniendo unidos otros componentes del negocio del deudor puede obtenerse un mayor valor (y, en consecuencia, un mayor beneficio para los acreedores a largo plazo). Los procedimientos de reorganización están concebidos para dar al deudor un período en que esté libre de acosos y en que se pueda recuperar de las dificultades temporales de liquidez o de su excesivo endeudamiento permanente y, cuando sea necesario, darle la oportunidad de reestructurar sus operaciones y sus relaciones con los acreedores. Cuando sea posible la reorganización, los acreedores preferirán normalmente ese procedimiento si el mantenimiento de la empresa en funcionamiento puede incrementar el valor de sus créditos frente al deudor. Sin embargo, la reorganización no implica que todas las partes interesadas deban estar plenamente protegidas o que deban volver a la situación financiera o comercial en que estarían de no haberse producido la insolvencia. La reorganización tampoco implica que el deudor quedará totalmente restablecido y que sus acreedores cobrarán íntegramente sus créditos, o que la propiedad o la gestión por parte de un deudor insolvente mantendrá y preservará sus respectivas posiciones. Los directivos pueden ser destituidos y sustituidos, el capital social de los accionistas puede reducirse a la nada, los empleados pueden quedar a la defensiva y puede desaparecer una fuente para los proveedores en el mercado. No obstante, en general la reorganización sí implica que sea cual sea la forma del plan o del arreglo que se convenga, los acreedores percibirán al final más de lo que habrían cobrado en caso de liquidación del deudor.

32. Entre otros factores a favor del procedimiento de reorganización cabe destacar que [38] la economía moderna ha reducido considerablemente el grado en que

puede elevarse al máximo el valor de los bienes de un deudor mediante la liquidación. En los casos en que los conocimientos técnicos y la buena voluntad sean más importantes que los bienes materiales, la preservación de los recursos humanos y de las relaciones de negocios son elementos esenciales de valores que no se pueden materializar mediante una liquidación. Además, es más probable conseguir beneficios económicos a largo plazo mediante procedimientos de reorganización, ya que en dichos procedimientos animan a los deudores a adoptar medidas antes de que se agraven sus dificultades financieras. Por último, hay consideraciones sociales y políticas a tener en cuenta, pues los procedimientos de reorganización, por ejemplo, protegerán a los empleados de un deudor en dificultades.

33. [35] Los procedimientos de reorganización pueden revestir diversas formas. Pueden incluir, por ejemplo, un simple acuerdo en materia de deudas (que se puede mencionar como acomodamiento) en el que, por ejemplo, los acreedores convengan en recibir un porcentaje determinado de lo que se les deba a título de liquidación plena, completa y final de sus demandas contra el deudor. De esta manera las deudas quedan reducidas y el deudor recupera la solvencia y puede seguir funcionando. También pueden incluir una reorganización compleja conforme a la cual, por ejemplo, se reestructuren las deudas (por ejemplo, prorrogando el plazo del préstamo y el período durante el cual deban efectuarse los pagos, aplazando el pago de los intereses o modificando la identidad de los prestamistas); algunas deudas pueden convertirse en capital social junto con una reducción (o incluso eliminación) del capital social existente; pueden venderse los bienes que no sean básicos; y puede ponerse término a las actividades mercantiles que no sean rentables. El tipo de reorganización al que se recurra depende habitualmente del volumen de los negocios y del grado de complejidad de la situación específica del deudor.

34. [36] Si bien el proceso de reorganización no es tan universal como el de liquidación y, por consiguiente, no presenta siempre las mismas características, cabe enumerar una serie de elementos clave o esenciales del proceso, que son los siguientes:

- a) La sumisión del deudor al proceso (ya sea voluntariamente o a instancia de los acreedores), lo cual puede entrañar o no un control o una supervisión judicial;
- b) La suspensión automática y obligatoria de todas las acciones y de todos los procedimientos entablados respecto de los bienes del deudor que afecten a todos los acreedores durante un período limitado;
- c) La continuación de la actividad comercial del deudor a cargo de la dirección existente o de un director independiente o con una combinación de ambas opciones;
- d) La formulación de un plan en que se prevé el tratamiento que se dará a los acreedores, a los accionistas y al propio deudor;
- e) El examen del plan por parte de los acreedores y una votación de éstos sobre su aceptación;
- f) Posiblemente, la aprobación o confirmación judicial del plan aceptado; y
- g) La ejecución del plan.

35. [37] Cada vez se aceptan más los beneficios de la reorganización y en muchos regímenes de la insolvencia se prevén disposiciones sobre procedimientos oficiales de reorganización. El grado de confianza en los procedimientos oficiales de reorganización, frente a algún tipo de proceso oficioso, para lograr los objetivos de la reorganización varía entre los países. En general se reconoce que la existencia de un procedimiento de liquidación puede facilitar la reorganización de un deudor, ya sea por procedimientos de reorganización formal o por medios oficiosos mediante un proceso extrajudicial que dé un incentivo tanto a los acreedores como a los deudores para llegar a un acuerdo apropiado. Efectivamente, en muchas economías la reorganización suele tener lugar a título informal “a la sombra” del régimen oficial de la insolvencia.

36. [37] Ahora bien, existe a menudo una correlación entre el grado de dificultad financiera que experimenta el deudor, la complejidad de sus arreglos comerciales y la dificultad que presente la solución apropiada. Cuando, por ejemplo, sólo existan problemas con un banco, es probable que el deudor pueda negociar a título informal con ese banco y resolver sus dificultades sin requerir la intervención de los acreedores comerciales y sin necesidad de entablar procedimientos formales. Cuando la situación financiera sea más compleja y exija la participación de un gran número y de una gran diversidad de tipos de acreedores, quizá se precise un grado mayor de formalidad para encontrar una solución que tenga en cuenta los intereses y objetivos dispares de esos acreedores [38], ya que la reorganización extrajudicial requiere unanimidad. Los procedimientos formales de reorganización pueden ayudar a conseguir el objetivo deseado cuando esos procedimientos permitan al deudor y a la mayoría de los acreedores imponer un plan a la minoría de acreedores disconformes, especialmente cuando haya acreedores que se resistan a participar en las negociaciones extrajudiciales.

**2. Procesos oficiosos de reorganización** [*texto a coordinar con los párrafos 363 a 366 del documento A/CN.9/WP.63/Add.12*]

37. [39] Hace algunos años el sector bancario elaboró procesos oficiosos a los que pudiera recurrirse en sustitución de los procedimientos oficiales de reorganización. Dirigidos por bancos y financieros internacionalmente activos e influidos por dichos bancos y financieros, los procesos oficiosos se han ido extendiendo gradualmente hasta abarcar un número considerable de ordenamientos jurídicos. El grado de aplicación de estos procedimientos varía de un ordenamiento a otro y mientras que en algunos ordenamientos apenas se utilizan, en otros la mayoría de las reorganizaciones se llevan a cabo oficiosamente. En cierta medida, esos resultados pueden reflejar la existencia o la ausencia de lo que a veces se ha dado en llamar “cultura del rescate”, es decir, el grado en que los participantes consideran que los procesos oficiosos pueden prosperar independientemente de la ausencia formal de las características que normalmente prevén los regímenes de la insolvencia, como la moratoria y la necesidad de llegar a un consenso entre los acreedores a fin de lograr un acuerdo oficioso.

38. [39] La utilización de los procesos oficiosos ha estado limitada generalmente a los casos de dificultades financieras empresariales o a los casos de insolvencia en los que se debe una deuda considerable a bancos y financieros. El proceso tiene la finalidad de asegurar un acuerdo entre los propios prestamistas y entre los prestamistas y el deudor con miras a la reorganización de éste, con o sin la

reorganización de sus finanzas. Los procesos oficiosos pueden introducir flexibilidad en un régimen de la insolvencia al reducir la confianza en la infraestructura judicial, al facilitar reacciones preventivas más rápidas de los acreedores que en los regímenes oficiales y al reducir el estigma que a veces trae consigo la insolvencia. Al no invocar las disposiciones del régimen de la insolvencia, los procesos oficiosos cuentan con la existencia y la disponibilidad del marco oficial de la insolvencia para prever sanciones que puedan contribuir al éxito del proceso oficioso. A menos que el deudor y su banco y sus acreedores financieros aprovechen la oportunidad para unirse e iniciar el proceso oficioso, el deudor y los acreedores pueden invocar el régimen oficial de la insolvencia con el inconveniente de que tanto el deudor como los acreedores se puedan ver perjudicados por los retrasos, los costos y los resultados.

39. Si bien no están regulados por el régimen de la insolvencia, muchos ordenamientos jurídicos sí prevén que el deudor pueda concertar un acuerdo o arreglos con algunos de sus acreedores, o con todos ellos, que se rijan, por ejemplo, por el derecho contractual, el derecho de sociedades o mercantil y el derecho civil procesal o, en algunos casos, por los reglamentos bancarios pertinentes. Sin embargo, son pocos los ordenamientos que no permiten la reorganización al margen del sistema judicial o del régimen de la insolvencia o que considerarían esas medidas asociadas a tales reorganizaciones oficiosas suficientes para que los tribunales hicieran una declaración de insolvencia. Del mismo modo, existen ordenamientos en que, al imponer al deudor la obligación de entablar procedimientos oficiales de insolvencia una vez transcurrido un determinado plazo tras la declaración de insolvencia, limitan la sustanciación de tales procedimientos oficiosos a circunstancias en que no se hayan cumplido los requisitos formales para la apertura de procedimientos. [No obstante, se señala que los bancos y otros acreedores de esos ordenamientos utilizan con frecuencia diversas técnicas para lograr alguna forma de reorganización de los deudores.]

**a) Requisitos necesarios**

40. Para ser eficaz, el proceso de reorganización oficiosa debe cumplir una serie de premisas iniciales bien definidas, que son las siguientes:

- a) Un endeudamiento sustancial con una serie de bancos principales o de acreedores de instituciones financieras;
- b) La incapacidad actual del deudor para pagar esa deuda;
- c) La aceptación del criterio de que puede ser preferible negociar un arreglo entre un empresario deudor y los prestamistas y también entre los propios prestamistas para resolver las dificultades financieras de la empresa del deudor;
- d) La utilización de técnicas de refinanciación relativamente complejas, garantías y otras técnicas comerciales a que pueda recurrirse para modificar, reorganizar o reestructurar las deudas del deudor o al propio deudor;
- e) La sanción prevista según la cual si el proceso de negociación no puede iniciarse o fracasa, se podrá recurrir rápida y eficazmente al régimen de la insolvencia;
- f) La perspectiva de que todas las partes pueden obtener del proceso de negociación un beneficio mayor que si recurren de forma directa e inmediata al

régimen de la insolvencia (en parte, porque el resultado está sujeto al control de las partes negociantes y el proceso resulta menos costoso y puede llevarse a cabo con rapidez sin perturbar la marcha del negocio del deudor);

g) El deudor no necesita exoneración de sus deudas comerciales ni los beneficios de la insolvencia formal, como la paralización automática o la capacidad para rechazar deudas onerosas; y

h) Un régimen fiscal favorable o neutral para la reorganización tanto en el Estado del deudor como en los Estados de los acreedores extranjeros.

**b) Procesos principales**

41. Para ser eficaz, es preciso que un proceso oficioso de reorganización requiera diversas medidas y técnicas. Los principales elementos del proceso se analizan a continuación.

*i) Apertura del proceso*

42. El proceso oficioso consiste esencialmente en reunir al deudor con los acreedores o, al menos, con los principales acreedores, uno o varios de los cuales deben haber iniciado el proceso (pues no hay que contar con la ley ni con un facilitador para iniciar, imponer o prestar asistencia al proceso). Es posible que un deudor sea renuente a iniciar un diálogo con acreedores o al menos con todos ellos, mientras que los acreedores, preocupados por su propia situación, pueden no estar interesados en un proceso colectivo. Es en ese momento cuando se puede recurrir a la disponibilidad y a la eficacia de los recursos de los distintos acreedores o a procedimientos oficiales de insolvencia, a fin de fomentar la apertura y el desarrollo del proceso oficioso. Si un deudor es renuente a participar, puede ser objeto de acciones individuales sobre su deuda o de acciones de ejecución de su garantía e incluso de procedimientos de insolvencia, que no podrá hacer fracasar ni demorar. Al mismo tiempo, los acreedores pueden encontrarse también sujetos a procedimientos formales de insolvencia que les impidan efectivamente ejecutar sus derechos individuales y que tal vez no representen la vía óptima para recuperar su deuda. Por consiguiente, es crucial para este tipo de proceso crear un foro en el que puedan reunirse el deudor y los acreedores para estudiar y negociar un arreglo para hacer frente a las dificultades financieras del deudor.

*ii) Participantes coordinadores - designación de un acreedor directivo y de un comité directivo*

43. En la reorganización deben intervenir todas las partes interesadas de mayor importancia; generalmente el grupo de los prestamistas y a veces el grupo clave de los acreedores que puedan verse afectados por la reorganización revisten una importancia fundamental para el proceso. A fin de coordinar las negociaciones, debería designarse un acreedor principal encargado de dirigir, organizar, gestionar y administrar. Este acreedor suele informar a un comité en que están representados los acreedores (comité directivo) y puede prestar asistencia y hacerse eco de las propuestas relativas al deudor.

*iii) Acuerdo de “suspensión”*

44. A fin de que las empresas puedan seguir funcionando y de que se disponga de tiempo suficiente para obtener y evaluar la información sobre el deudor y de formular y evaluar las propuestas para resolver las dificultades financieras del deudor, puede ser preciso celebrar un acuerdo contractual en virtud del cual se suspendan las acciones adversas incoadas tanto por el deudor como por los principales acreedores. Ese acuerdo debería cumplirse durante un período definido, generalmente breve, a menos que fuera inapropiado en un determinado caso.

*iv) Contratación de asesores*

45. Muy raras veces se emprende un proceso oficioso de reorganización sin la participación de expertos y asesores independientes de diversas disciplinas (por ejemplo, profesionales del derecho, de la contabilidad, de las finanzas y de la reglamentación de los negocios y de la comercialización). Si bien cabe observar que esta participación originará gastos innecesarios y una injerencia en los asuntos del deudor y de los acreedores, así como una pérdida de control, es generalmente necesario asegurar el suministro de información, verificada por fuentes independientes, así como la obtención de planes formulados profesionalmente para la refinanciación, reestructuración, gestión y funcionamiento, que son requisitos esenciales para que prospere el proceso.

*v) Asegurar un nivel de liquidez y de corriente de liquidez adecuados*

46. El deudor que pueda ser objeto de una posible reorganización oficiosa requerirá a menudo un acceso continuo a las líneas de crédito establecidas o a la provisión de nuevos créditos. La concesión de créditos por los acreedores garantizados tal vez no resulte un problema. Pero cuando no sea posible y se requiera un nuevo crédito, pueden surgir dificultades a la hora de garantizar el reembolso final del nuevo crédito en caso de que fracase la reorganización. Si bien esta cuestión se puede abordar en el régimen de la insolvencia previendo algún tipo de prelación para este nuevo crédito continuo (véase la segunda parte, capítulo VI.B), la ley generalmente no se hará extensiva a ese acuerdo en el marco de un proceso oficioso.

47. No obstante, los acreedores que participen en un intento de reorganización pueden acordar entre ellos que si uno o varios de estos acreedores otorga más crédito, los demás acreedores subrogarán sus demandas para que pueda reembolsarse el nuevo crédito antes que sus propios créditos. Así pues, entre esos acreedores existirá un acuerdo contractual para el reembolso del nuevo dinero prestado cuando la reorganización prospere. En cambio, si la reorganización fracasa, y el deudor es liquidado, el acreedor que haya otorgado un nuevo crédito podrá encontrarse con un crédito no garantizado (a menos que disponga de una garantía) y percibir sólo un pago parcial junto con los demás acreedores no garantizados.

*vi) Acceso a información cabal y exacta sobre el deudor*

48. Este acceso es indispensable para poder efectuar una evaluación adecuada de la posición financiera del deudor y de toda propuesta que se presente a acreedores pertinentes. La información relativa al activo, al pasivo y a los negocios del deudor

debe ponerse en conocimiento de todos los acreedores pertinentes y esa información deberá considerarse confidencial, a menos que ya sea del dominio público.

*vii) Tratos con los acreedores*

49. La complejidad de los intereses de los acreedores plantea a menudo problemas críticos en procesos oficiosos. El hecho de tener en cuenta esos diversos intereses y de convencer a los acreedores que ya hayan empezado a cobrar o a ejecutar su deuda frente al deudor de que deben participar en el proceso oficioso sólo puede ser posible si el proceso oficioso puede permitirles obtener mejores resultados o si, ante la amenaza de procedimientos formales de insolvencia, los acreedores renuncian a llevar adelante sus demandas individuales.

50. Sin embargo, en muchos casos no será posible (ni tampoco necesario) contar con la participación de cada acreedor en el proceso oficioso, ya sea por su gran número o por la diversidad de sus intereses o porque sería ineficiente colaborar con acreedores a quienes se adeudaran sólo pequeñas sumas y que no contaran con la experiencia y los conocimientos comerciales o la voluntad necesarios para participar eficazmente en el proceso. Si bien los acreedores que entran en esas categorías quedan a menudo al margen del proceso, no puede dejárseles de lado, ya que pueden ser importantes para mantener la empresa en funcionamiento (como proveedores de bienes o servicios esenciales o como partes esenciales del proceso de producción del deudor) y no existe ninguna regla que obligue a dichos acreedores a aceptar la decisión de sus colegas mayoritarios.

51. A veces ocurre que en una reorganización oficiosa, los acreedores comerciales y los pequeños acreedores cobran íntegramente sus créditos. Si bien esto puede parecer un trato desigual, puede tener cierta lógica comercial para un grupo de acreedores importantes. Otra opción consiste en conseguir que los acreedores principales aseguren un acuerdo sobre el plan de reorganización y lo utilicen posteriormente como base para un proceso de reorganización con supervisión judicial formal en que participen otros acreedores (lo cual se denomina a veces plan “preorganizado” -véase la segunda parte, capítulo V.B). Este plan puede entonces vincular a los demás acreedores. Sin un régimen de la insolvencia formal y eficaz, no podría lograrse ese resultado.

**c) Reglas y directrices para la reorganización oficiosa**

52. [43] Para contribuir a la realización de la reorganización oficiosa, y en particular para abordar los problemas señalados más arriba en el contexto de empresas complejas multinacionales, varias organizaciones han formulado principios y directrices no vinculantes. Uno de esos principios es el denominado “Enfoque de Londres”, que se basa en directrices no vinculantes comunicadas por el Banco de Inglaterra a los bancos comerciales. Se insta a los bancos a que adopten una actitud positiva respecto de sus deudores que se hallen en dificultades financieras. Las decisiones acerca del futuro a largo plazo del deudor deben adoptarse únicamente sobre la base de una información muy completa, que compartirán todos los bancos y otras partes interesadas que participen en un acuerdo sobre el futuro del deudor. La financiación provisional se obtendrá mediante un acuerdo de suspensión y subordinación, y los bancos trabajarán junto con los demás acreedores a fin de llegar a una opinión colectiva sobre la concesión de una ayuda financiera a la entidad deudora y sobre las condiciones en que dicha ayuda se debe

conceder. Los bancos centrales de otros países han adoptado directrices similares [A/CN.9/WP.63/Add.12, párr. 365]. Una organización que ha emprendido una labor en ese campo es la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL), que ha formulado los *Principles for a global approach to multi-creditor workouts*. Estos Principios están concebidos para agilizar los procesos oficiosos e incrementar las perspectivas de éxito ofreciendo orientación a diversos grupos de acreedores sobre cómo deben actuar en función de algunas reglas comunes convenidas.

### **3. Procesos de reorganización que incluyen elementos oficiales y oficiosos**

53. [47] Algunos países han adoptado lo que cabe definir como procedimientos de “preinsolvencia” o procedimientos “preorganizados”. Se trata de una combinación de procedimientos oficiosos de reorganización y de procedimientos oficiales de reorganización. En un régimen de la insolvencia, por ejemplo, se han adoptado reglamentos que permiten al tribunal aprobar formalmente un plan de reorganización negociado oficiosamente y aprobado por los acreedores mediante una votación previa a la apertura del procedimiento formal. Estos procesos están encaminados a minimizar el costo y los retrasos inherentes a los procedimientos oficiales de reorganización y a ofrecer un medio por el cual un plan de reorganización negociado oficiosamente pueda ser aprobado en ausencia de un apoyo unánime de los acreedores. Ese proceso permite emprender la labor en las negociaciones oficiosas para concertar la reorganización que vinculará a todos los acreedores, ofreciendo al mismo tiempo el amparo del régimen de la insolvencia a los acreedores afectados.

54. [48] Otra ley de la insolvencia dispone que a fin de facilitar la conclusión de un arreglo amistoso con sus acreedores, un deudor puede pedir al tribunal que nombre a un “agente” de conciliación. El agente de conciliación no posee facultades concretas, pero puede pedir al tribunal que imponga una suspensión de la ejecución contra todos los acreedores si, en su opinión, la suspensión facilitaría la concertación de un acuerdo de transacción. Durante la suspensión, el deudor no puede hacer ningún pago a fin de atender reclamaciones anteriores (excepto en el caso de los sueldos) ni disponer de ningún bien salvo para el giro normal de la empresa. El procedimiento finaliza cuando se llega a un acuerdo con todos los acreedores o (previa aprobación del tribunal) con los acreedores principales; en este último caso, el tribunal puede prorrogar la suspensión contra los acreedores no participantes en el acuerdo mediante el reconocimiento de un período de espera de hasta dos años para el deudor.

55. Estos tipos de procedimientos se analizan con mayor detalle en el capítulo V.B de la segunda parte.

### **C. Procesos administrativos**

56. [44] En los últimos años, algunos ordenamientos afectados por crisis han desarrollado formas “estructuradas” semioficiales de procesos oficiosos, inspiradas en parte por bancos gubernamentales o bancos centrales, para tratar los problemas financieros y técnicos del sector bancario. Estos procesos se han desarrollado sobre una pauta similar. En primer lugar, cada uno tenía una agencia facilitadora para

promover y, en parte, coordinar y administrar la reorganización oficiosa a fin de proporcionar los incentivos y la motivación necesarios para desarrollar los procesos oficiosos. En segundo lugar, cada proceso está respaldado por un acuerdo entre bancos comerciales en el cual los participantes convienen en seguir una serie de “normas” respecto de los deudores empresariales que tengan deudas con uno o más de los bancos y que puedan participar en el proceso. Las normas disponen los procedimientos que han de seguirse y las condiciones que han de imponerse en los casos en que se intenta llevar a cabo una reorganización empresarial. En algunos ordenamientos jurídicos, una entidad deudora que desee negociar una reorganización oficiosa habrá de convenir en la aplicación de esas normas. En tercer lugar, se fijan plazos para las diversas partes de los procedimientos y, en algunos casos, los acuerdos de principio se remiten al tribunal competente para que tenga lugar una reorganización formal de acuerdo con la ley. Además, un ordenamiento jurídico estableció una agencia especial que poseía facultades amplísimas, conforme a sus estatutos, para adquirir préstamos fallidos del sector bancario y financiero e imponer a continuación procesos extrajudiciales a un deudor empresarial incumplidor, incluida una reorganización forzada o impuesta.

57. Dado que ambos procesos son relativamente complejos y requieren la elaboración de reglas y reglamentos especiales y regulan situaciones particulares de fallos sistémicos, no se han tratado con detalle en la Guía.

#### **D. La estructura del régimen de la insolvencia**

58. [52] Aunque muchas leyes de insolvencia incluyen tanto procedimientos de liquidación como procedimientos de reorganización, los enfoques difieren mucho en cuanto a la estructura del procedimiento que se traduce en la elección de uno de esos procesos. Algunas leyes de insolvencia disponen un procedimiento de insolvencia unitario y flexible con un único requisito de apertura, que, según las características del caso, culmina con la liquidación o la reorganización. Otros regímenes establecen dos procedimientos distintos, y cada uno de ellos dispone sus requisitos concretos de solicitud y apertura y con diferentes posibilidades de pasar de un tipo de procedimiento a otro.

59. [53] Las legislaciones que regulan por separado los procedimientos de liquidación y reorganización se guían por distintas consideraciones de política social y comercial con miras a cumplir diferentes objetivos. No obstante, los procedimientos de liquidación y reorganización tienen mucho en común, por lo que se producen considerables vínculos y duplicaciones entre ellos, tanto en cuestiones de procedimiento como de fondo, como se verá en el análisis que figura a continuación en esta segunda parte.

60. [54] Cuando la ley de insolvencia prevé dos procedimientos distintos, para elegir el procedimiento que va a seguirse debería determinarse, al menos teóricamente, si la empresa del deudor insolvente es viable. Ahora bien, en la práctica resulta a menudo imposible determinar de forma definitiva, al iniciar uno de los procedimientos, si la empresa es financieramente viable. Uno de los inconvenientes de este enfoque radica en que puede crear un grado indeseable de polarización entre la liquidación y la reorganización y en que puede ocasionar demoras, incrementar los gastos y la ineficiencia, especialmente, por ejemplo,

cuando el fracaso de la reorganización requiera una nueva solicitud independiente de liquidación. Esa ineficiencia puede superarse, en cierta medida, previendo vínculos entre ambos tipos de procedimientos a fin de que, en determinadas circunstancias específicas, se pueda convertir un tipo de procedimiento en otro, y previendo mecanismos para evitar que se utilice abusivamente el proceso de insolvencia, por ejemplo, iniciando un procedimiento de reorganización para evitar o retrasar la liquidación (véase ...).

61. [55] En cuanto a la cuestión de la elección de procedimientos, en algunos países se prevé que la parte que solicita el procedimiento de insolvencia puede optar inicialmente por la liquidación o por la reorganización. Cuando uno o más acreedores inician un procedimiento de liquidación, la legislación prevé a veces un mecanismo para que el deudor pueda solicitar que el procedimiento pase a ser de reorganización, cuando sea viable. Cuando el deudor solicita un procedimiento de reorganización, tanto por iniciativa propia como a raíz de una solicitud de liquidación hecha por un acreedor, sería lógico que se decidiera en primer lugar sobre la reorganización. No obstante, a fin de proteger a los acreedores, algunos regímenes de la insolvencia prevén un mecanismo en virtud del cual la reorganización puede transformarse en liquidación cuando se determine, en la fase inicial del procedimiento o ulteriormente, que la reorganización no tiene posibilidades de prosperar. Otro mecanismo de protección de los acreedores puede consistir en que se fije un plazo máximo para toda reorganización decidida en contra de la voluntad de los acreedores.

62. [56] En virtud de un principio general, normalmente los procedimientos de liquidación y reorganización, aunque suelen regularse por separado, se llevan a cabo de forma consecutiva, es decir, sólo se pondrá en marcha un procedimiento de liquidación si la reorganización tiene pocas posibilidades de prosperar o si fracasan los esfuerzos de reorganización. En algunos regímenes de la insolvencia se parte del principio general de que debe procederse a la reorganización de la empresa y de que sólo puedan iniciarse procedimientos de liquidación cuando fracasen todos los intentos de reorganización. En algunos regímenes que prevén la transformación de un tipo de procedimiento en otro, según las circunstancias enunciadas por la legislación, el deudor, los acreedores o el representante de la insolvencia pueden pedir que el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación. Entre estas circunstancias puede figurar la de que el deudor no pueda pagar las deudas posteriores a la solicitud en la fecha de vencimiento; el hecho de que ni los acreedores ni el tribunal hayan aprobado el plan de reorganización; o el incumplimiento por parte del deudor de las obligaciones enunciadas en un plan aprobado; o el intento del deudor de defraudar a los acreedores (véase la segunda parte, capítulo ...). Si bien es posible a menudo transformar un procedimiento de reorganización en otro de liquidación, la mayoría de los regímenes de la insolvencia no permiten volver a la reorganización una vez que se haya pasado de la reorganización a la liquidación.

63. [57] Las dificultades para determinar desde el principio si la empresa del deudor debe ser objeto de liquidación, y no de reorganización, han hecho que algunos países revisaran su régimen legal de la insolvencia y sustituyeran los

procedimientos diferenciados por un procedimiento “unitario”<sup>2</sup>. En virtud de este enfoque “unitario” se prevé un período inicial (generalmente denominado “período de observación”, que en los ejemplos existentes de regímenes unitarios pueden durar hasta tres meses) durante el cual no se hace ninguna presunción sobre si la empresa será reorganizada o liquidada. La elección entre liquidación o reorganización no se hace hasta que se determina si es posible o no proceder a la reorganización. La ventaja fundamental de este enfoque radica en su simplicidad procesal, su flexibilidad y su posible economía de costos. Con un simple procedimiento unitario que permita tanto la reorganización como la rehabilitación se puede animar a los deudores en dificultades financieras a recurrir anticipadamente al procedimiento, fomentando así las posibilidades de que la rehabilitación prospere. Por otra parte, el inconveniente de este procedimiento radica en la demora que a veces se produce entre la decisión de apertura del procedimiento y la decisión sobre el tipo de procedimiento que se va a seguir, así como en las consecuencias que esta demora puede tener para el negocio del deudor y para el valor de sus bienes.

64. Sean cuales sean los criterios para determinar el procedimiento que se va a seguir, el régimen de la insolvencia debe asegurar que una vez que el deudor esté en el sistema, no le quede más opción que aguardar una decisión definitiva sobre su futuro.

---

<sup>2</sup> Cuando se adopte un sistema unitario, habrá que introducir algunas modificaciones en los diversos elementos fundamentales del régimen de la insolvencia (véase el anexo ...).