



Asamblea General

Distr. general
5 de mayo de 2005*
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**

38º período de sesiones
Viena, 4 a 15 de julio de 2005

Régimen de la insolvencia

Posible labor futura en materia del régimen de la insolvencia

Adición

Propuesta del International Insolvency Institute (III), Committee on Commercial Fraud

Propuesta de realización de estudio y de formulación de recomendaciones en materia de fraude comercial

Antecedentes

1. La magnitud de los daños causados por el fraude comercial es incalculable, pero cabe estimar que, como mínimo, las pérdidas ocasionadas por el fraude comercial y por sus consecuencias ascienden sin duda alguna a billones de euros y de dólares al año.
2. Nunca podrá eliminarse totalmente el fraude comercial, pero es posible plantearse la creación de estructuras y sistemas que reduzcan las oportunidades de cometer fraude comercial, mermen los beneficios potenciales de las operaciones fraudulentas y atenúen las consecuencias negativas de las actividades fraudulentas.
3. Se da a menudo el caso que el fraude comercial culmina en la insolvencia o en importantes reestructuraciones empresariales, y uno de los ámbitos en que cabría establecer con éxito sistemas y procedimientos contra el fraude son el de la

* El presente documento, recibido por la Secretaría, se publica tardíamente debido a la fecha en que se envió a la Secretaría el material original.



insolvencia y el de las reorganizaciones. El hecho de que se centre la búsqueda de soluciones frente al fraude comercial en el campo de la insolvencia tiene ciertas ventajas, como las siguientes:

- Muchos países disponen ya de procedimientos y de sistemas para hacer frente a los casos de insolvencia y varios países están elaborando procedimientos de este tipo o están actualizando de forma notable los que ya tienen;
- La insolvencia es una materia muy específica y coherente y su utilización para la introducción de reformas encaminadas a reducir los efectos del fraude comercial recibiría un apoyo universal;
- El marco de la legislación sobre la insolvencia es idóneo para abordar las consecuencias del fraude comercial. De hecho, la mayoría de los regímenes de la insolvencia prevén ya medidas para limitar las consecuencias del fraude comercial;
- Sería fácil que las recomendaciones que se formularan para introducir cambios en la legislación sobre la insolvencia que desalentaran el fraude comercial y redujeran los beneficios de esa práctica fraudulenta en el contexto de la insolvencia se basaran en la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, o que se incorporaran o se adjuntaran como anexo a dicha Guía;
- La CNUDMI ya ha registrado un éxito considerable en la labor que ha realizado en el campo de la insolvencia, concretamente con dos importantes proyectos que se han finalizado con éxito en un período muy breve;
- El Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia constituye un foro ejemplar en cuyo ámbito docenas de Estados han colaborado con éxito durante varios años en la redacción de importantes proyectos y todos esos Estados coinciden en la necesidad de mejorar los sistemas y los procedimientos internacionales. El hecho de que ya exista un grupo de trabajo con tales antecedentes y con tal nivel de participación reduciría el período de “iniciación” cuando la CNUDMI abordara algún nuevo proyecto en este ámbito.

4. La propuesta del International Insolvency Institute se centra en dos temas: el de la insolvencia y el de los recursos de los acreedores. Su finalidad es que se establezcan sistemas y procedimientos que desalienten las prácticas fraudulentas en las operaciones comerciales. Esta labor no duplicaría ni coincidiría con la valiosa labor que sobre el tema del fraude realiza la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODD), que se centra en actividades de ámbito penal o cuasipenal o en prácticas que van en contra del orden público. No obstante, los procesos penales entablados contra quienes realizan prácticas fraudulentas tienen a menudo notables repercusiones en el proceso de la insolvencia. Por ejemplo, no son pocas las veces que deben suspenderse total o parcialmente los procedimientos de insolvencia hasta que se resuelven investigaciones penales. Evidentemente, la protección del proceso penal y las necesidades de las autoridades públicas son factores de suma importancia; sin embargo, las repercusiones de esas actuaciones sobre los acreedores y sobre el proceso de la insolvencia pueden ser notables. Si la

CNUDMI analizara este tema, podría facilitarse la introducción de cambios para tener en cuenta las necesidades de las fiscalías o procuradurías y, al mismo tiempo, se incrementaría al máximo el valor de la entidad insolvente en beneficio de los empleados, de los acreedores y de otras partes interesadas.

5. El International Insolvency Institute sugiere que la CNUDMI estudie los medios por los que pueda enmendarse la legislación sobre la insolvencia de modo que se resten incentivos a las prácticas fraudulentas y a la utilización de estratagemas fraudulentas y de modo que se reduzcan las repercusiones de toda actividad fraudulenta para los acreedores y otras partes interesadas. En opinión del International Insolvency Institute, este resultado puede lograrse enfocando el problema simultáneamente con varios criterios. En primer lugar, en el contexto de la insolvencia, la CNUDMI debería analizar la mejor forma de adoptar medidas en virtud de las cuales los acreedores que participaran en operaciones fraudulentas o que las facilitaran fueran tratados de forma que quedaran subordinados a los acreedores ordinarios o en virtud de las cuales se restaran incentivos a aquéllos de modo que las actividades fraudulentas en el comercio ya no les resultaran atractivas. Por otra parte, habría que proteger las actividades comerciales realizadas con criterios de responsabilidad y a las correspondientes partes de toda consecuencia negativa injustificada que fuera resultado de operaciones realizadas con personas o empresas que llevaran a cabo prácticas fraudulentas.

6. En segundo lugar, la CNUDMI debería estudiar los posibles recursos que cabría prever en los procedimientos y en las prácticas de insolvencia y formular recomendaciones al respecto. A estos recursos podrían acogerse el administrador de la insolvencia o los acreedores que estuvieran dispuestos a entablar, a efectos de cobro, acciones contra las partes que hubieran participado en operaciones anulables en virtud de la legislación nacional en materia de insolvencia. Si los regímenes de la insolvencia previeran sanciones contra las operaciones de personas allegadas, los pagos indebidos efectuados por deudores ya insolventes y las transferencias infravaloradas o sobrevaloradas, se desalentaría a quienes trataran de sacar provecho de ellas. Convendría examinar y aclarar las obligaciones de descubrir y prevenir los fraudes por parte de quienes llevaran a cabo actividades comerciales ordinarias con personas o empresas que realizaran prácticas fraudulentas. Si bien habría que desalentar la participación activa en prácticas fraudulentas, no habría que condenar las operaciones comerciales ordinarias por la mera razón de que otras partes en dichas operaciones realizaran actividades fraudulentas. Habría que ponderar ambos factores. Hasta la fecha no se han efectuado muchos análisis sobre el fenómeno, que cada vez es más frecuente en relación con las insolvencias internacionales fraudulentas. Todo ello sería compatible con la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, con arreglo a la cual los regímenes de la insolvencia deberían desalentar toda conducta por la que se diera preferencia a un determinado acreedor sobre otros (véase la segunda parte, II, párrs. 148 y ss, en particular el párrafo 151). En la *Guía Legislativa de la CNUDMI* no se recomiendan medidas concretas de esta índole, pero, de adoptarse, constituirían un tema de suma utilidad para la labor futura sobre el régimen de la insolvencia y complementarían valiosamente la *Guía Legislativa*.

7. En tercer lugar, a fin de contribuir a desalentar las actividades comerciales de carácter fraudulento, la CNUDMI debería plantearse estudiar los medios a través de los cuales los administradores de la insolvencia pudieran utilizar mejores

procedimientos de cobro y recursos más rápidos que resultaran eficaces contra las partes involucradas en actividades fraudulentas. También en ese aspecto, casi todos los regímenes de la insolvencia prevén ya disposiciones encaminadas a facilitar que el administrador de la insolvencia pueda cobrar de las partes que hayan llevado a cabo operaciones indebidas con el deudor antes de declararse éste insolvente; no obstante, muchas de estas disposiciones son difíciles de ejecutar en las insolvencias plurinacionales. Además, éstas y otras facultades de ejecución deben ajustarse a los objetivos del proceso de insolvencia y no deben obstaculizar los objetivos comerciales de incrementar al máximo el valor de la masa y de facilitar los cobros. Deben analizarse detenidamente las cargas y los gastos administrativos indebidos.

8. Otro aspecto de interés es la clasificación adecuada de los créditos y de los derechos de las autoridades normativas y de ejecución penal en los procedimientos de insolvencia en que haya habido fraude y la utilización apropiada del proceso penal cuando estén en juego los derechos de los acreedores y de otras partes.

9. Una ventaja específica que tiene la labor en el campo de la insolvencia es que cubre todos los tipos de actividades fraudulentas y se aplica a todas ellas. Para ilustrar esa ventaja, cabe decir que podría regularse la utilización fraudulenta de letras de cambio o de créditos documentales incorporando procedimientos a los regímenes aplicables a esos instrumentos. Ese mismo tipo de reglamentación podría hacerse literalmente en docenas de ámbitos comerciales, con lo cual se preverían varias docenas de soluciones específicas e individualizadas para varias docenas de ámbitos independientes y diferenciados, con distintos procedimientos, distintas reglas y distintos recursos. Si bien esos procedimientos pueden resultar apropiados para cada ámbito entre entidades solventes, puede ocurrir que entren en conflicto con otros procedimientos en caso de insolvencia. A fin de resolver adecuadamente los derechos de todas las partes afectadas, es preciso prever la insolvencia de una o más de las partes involucradas en un fraude comercial. La ventaja de centrarse en los ordenamientos en el campo de la insolvencia radica en que, en última instancia, este ámbito cubre *todas* las actividades cuando se produce una insolvencia o se entabla una reorganización. Si bien el fraude comercial no se limita a las situaciones en que hay insolvencia, es juicioso destinar los recursos disponibles, relativamente escasos, al ámbito más idóneo para propiciar el mayor mejoramiento en el plazo más breve, y este ámbito es el de la insolvencia.

10. El International Insolvency Institute presenta esta propuesta a la CNUDMI por considerar que la Comisión está en una posición idónea e inigualable para examinar con detenimiento los temas que revisten la mayor importancia en este ámbito y para formular un conjunto de principios o de directrices a través de los cuales la comunidad mercantil mundial adquiriría conciencia de la necesidad de reformar y de mejorar las disposiciones de los regímenes de la insolvencia que regulan la prevención y la impugnación de las actividades comerciales de carácter fraudulento y a través de los cuales se dispondría de un instrumento básico de aceptación internacional para lograr esos fines.