



# Asamblea General

Distr. general  
28 de marzo de 2019  
Español  
Original: árabe/español/inglés

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

52º período de sesiones

Viena, 8 a 26 de julio de 2019

### Examen de cuestiones relacionadas con el régimen de la insolvencia

### Finalización y aprobación de una ley modelo sobre la insolvencia de grupos de empresas

Recopilación de observaciones acerca del proyecto de ley modelo  
sobre la insolvencia de grupos de empresas que figura en el anexo  
del informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)  
sobre la labor realizada en su 54º período de sesiones ([A/CN.9/966](#))

### Nota de la Secretaría

## Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción .....	2
II. Recopilación de observaciones .....	2
A. Gobiernos .....	2
1. Ecuador .....	2
2. Bahrein .....	4
3. Suiza .....	6
B. Organizaciones intergubernamentales .....	7
1. Fondo Monetario Internacional .....	7
C. Organizaciones no gubernamentales internacionales .....	9
1. European Law Institute .....	9



## I. Introducción

1. Conforme al mandato que confirió la Comisión a su Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) de que examinara el tema de la insolvencia de los grupos de empresas<sup>1</sup>, el Grupo de Trabajo se ocupó de elaborar un proyecto de texto legislativo sobre esa cuestión durante varios períodos de sesiones. En su 54° período de sesiones (Viena, 10 a 14 de diciembre de 2018), el Grupo de Trabajo concluyó dicha labor con la aprobación del texto del proyecto de ley modelo sobre la insolvencia de grupos de empresas que figuraba en el anexo del informe correspondiente a ese período de sesiones, y solicitó a la Secretaría que distribuyera ese texto a los Estados Miembros para que estos formularan sus observaciones, antes de remitirlo a la Comisión para que lo examinara en su 52° período de sesiones, que se celebraría en 2019 (A/CN.9/966, párr. 110).
2. En enero de 2019, se solicitó a los Gobiernos y a las organizaciones internacionales pertinentes invitadas a los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo que presentaran observaciones acerca del proyecto de ley modelo sobre la insolvencia de grupos de empresas, aprobado por el Grupo de Trabajo en su 54° período de sesiones.
3. En el presente documento se reproducen, en orden cronológico, las observaciones acerca del proyecto de ley modelo recibidas por la Secretaría, o bien en su redacción original con ajustes de formato únicamente, o traducidas al español.

## II. Recopilación de observaciones

### A. Gobiernos

#### 1. Ecuador

[Original: español]  
[26 de febrero de 2019]

El proyecto de ley modelo sobre la insolvencia de grupos de empresas será aplicable sobre los grupos empresariales de los que formen parte una o más empresas respecto de las cuales se hayan abierto procedimientos de insolvencia, y se refiere a la tramitación y administración de esos procedimientos de insolvencia y a la cooperación transfronteriza que se entable respecto de ellos.

#### - Nombramiento del representante del grupo

El artículo 2, literal e), del proyecto de ley modelo define al “representante del grupo”. De acuerdo con dicho inciso, “por ‘representante del grupo’ se entenderá la persona o el órgano, incluso nombrado a título provisional, que esté autorizado a actuar como representante de un procedimiento de planificación”.

Por su parte, el artículo 9, en sus dos numerales, determina lo siguiente:

#### **“Cooperación y comunicación directa entre un tribunal de este Estado y otros tribunales, representantes de la insolvencia y todo representante del grupo que hubiera sido nombrado”**

1. En los asuntos mencionados en el artículo 1, el tribunal cooperará, en la mayor medida posible, con otros tribunales, representantes de la insolvencia y todo representante del grupo que hubiera sido nombrado, ya sea directamente o por conducto de un representante de la insolvencia nombrado en este Estado o de una persona nombrada para actuar conforme a las instrucciones del tribunal.

<sup>1</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/69/17)*, párr. 155.

2. El tribunal estará facultado para comunicarse directamente con otros tribunales, representantes de la insolvencia o todo representante del grupo que hubiera sido nombrado, o para solicitarles información o asistencia en forma directa.” (Subrayado fuera de la cita textual).

Finalmente, el artículo 16 del proyecto de ley modelo bajo revisión, establece lo siguiente:

**“Facultad para celebrar acuerdos relativos a la coordinación del procedimiento de insolvencia**

Un representante de la insolvencia y todo representante del grupo que hubiera sido nombrado podrá celebrar un acuerdo relativo a la coordinación de los procedimientos de insolvencia relacionados con dos o más empresas del grupo, en particular cuando se esté elaborando una solución colectiva de la insolvencia.” (Subrayado fuera de la cita textual).

Como se puede apreciar, los tres artículos transcritos solamente se refieren al *representante del grupo que hubiere sido nombrado*. No obstante, respetuosamente se observa que dichos artículos han omitido señalar a la autoridad que efectuará dicho nombramiento. En consecuencia, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros considera adecuado incluir aquella referencia en los artículos preinsertos, tal y como sí ha sido previsto por el artículo 19, numeral 1, del proyecto de ley modelo<sup>2</sup>. En su defecto, y con el objeto de brindar una mayor certeza al respecto, comedidamente se sugiere incluir, en los artículos transcritos, una remisión al mencionado artículo 19, numeral 1, del proyecto de ley modelo.

- Diferencia entre solución colectiva de la insolvencia y procedimiento de insolvencia

El artículo 2, literal f), del proyecto de ley modelo define a la “solución colectiva de la insolvencia” como “una propuesta o un conjunto de propuestas elaboradas en un procedimiento de planificación para la reorganización, la venta o la liquidación de todos o algunos de los bienes u operaciones de una o más empresas del grupo, con miras a proteger, conservar, realizar o acrecentar el valor total combinado de esas empresas del grupo”. Por su parte, el artículo 2, literal h), del proyecto de ley modelo señala que se entiende por “procedimiento de insolvencia” a “todo procedimiento colectivo de carácter judicial o administrativo, incluidos los de índole provisional, tramitado con arreglo a una ley relativa a la insolvencia, en virtud del cual los bienes y negocios de la empresa deudora miembro del grupo estén o hayan estado sometidos al control o la supervisión de un tribunal o de otra autoridad competente a los efectos de su reorganización o liquidación”.

Respetuosamente se sugiere diferenciar, en el proyecto de ley modelo, el alcance de ambas figuras. Para tales efectos, podría considerarse a la solución colectiva de la insolvencia como aquel procedimiento tendiente a coadyuvar al deudor a extinguir sus obligaciones, a regularizar las relaciones con sus acreedores y a conservar su empresa como un negocio en marcha. Por su parte, se podría considerar al procedimiento de insolvencia a aquel que tiene por objeto la realización de los activos del deudor para la satisfacción de sus pasivos, por intermedio del régimen del concurso de acreedores. Con esta diferencia, devendría recomendable, de crearlo la Comisión precedente, establecer que la “solución colectiva de la insolvencia”, en última instancia, busca evitar los procedimientos de insolvencia. En consecuencia, el inicio de un procedimiento de planificación con el fin de elaborar y aplicar una solución colectiva de la insolvencia debería impedir el inicio o el decurso del segundo procedimiento. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), de estimarlo

<sup>2</sup> El tenor literal de dicho numeral es el siguiente: “**Artículo 19. Nombramiento del representante del grupo y facultades para solicitar medidas.** 1. Cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 2, apartados g) i) y g) ii), el tribunal podrá nombrar un representante del grupo. Una vez nombrado, el representante del grupo procurará elaborar y aplicar una solución colectiva de la insolvencia.” (Subrayado fuera de la cita textual).

conveniente, pudiera considerar la inclusión de un artículo categórico en este orden de ideas.

Al respecto, cabe precisar que la sugerencia formulada ha sido tácitamente reconocida por el artículo 20, literal f), del proyecto de ley modelo. Este artículo, que versa sobre las medidas otorgables en un procedimiento de planificación nacional, determina que, en la medida en que sea necesario para preservar la posibilidad de elaborar o aplicar una solución colectiva de la insolvencia, el tribunal competente podrá, entre otras medidas, “paralizar cualquier procedimiento de insolvencia relacionado con una empresa participante del grupo”. Aquella medida ha sido también reconocida por el artículo 22, literal c), del proyecto de ley modelo, relacionado con las medidas provisionales otorgables a partir de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento de planificación extranjero.

- Definición del deber fiduciario de los directores de las sociedades pertenecientes a un grupo empresarial

Si bien es cierto que este punto no ha sido incluido en el proyecto de ley modelo, el informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor realizada en su 54º período de sesiones (Viena, 10 a 14 de diciembre de 2018) ha mencionado, en su página 22, lo siguiente:

**“V. Obligaciones de los directores de las empresas pertenecientes a un grupo**

112. El Grupo de Trabajo convino en hacer los siguientes cambios en el documento [A/CN.9/WG.V/WP.153](#): (...) g) En el párrafo 11, reemplazar la primera oración con la siguiente: ‘Al determinar cuáles son los intereses de la empresa del grupo que dirige, un director puede ponderar y tener en cuenta varios intereses. Entre esos intereses podrían figurar también los intereses de otras empresas del grupo, o el grupo en su conjunto, en los casos en que esos intereses sean compatibles también con los intereses de la empresa del grupo que dirige’.”

Al respecto, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros sugiere adicionar, de creerlo la Comisión conveniente, que los directores de compañías pertenecientes a grupos empresariales deben actuar con el fin del promover el éxito de las compañías que representan, para el beneficio primigenio de sus socios; y que, al hacerlo, podrían tomar en consideración la posición de distintos *stakeholders*, tales como otros miembros corporativos del grupo empresarial. En consecuencia, cuando existan conflictos de intereses entre los socios de la compañía y otras empresas del grupo, los directores deberían actuar en beneficio de los primeros, ya que sus intereses son prioritarios frente a aquellos de los demás *stakeholders*.

**2. Bahrein**

[Original: árabe]  
[14 de marzo de 2019]

...

En respuesta al llamamiento que la CNUDMI hizo a los Estados Miembros para que presentasen sus observaciones acerca del proyecto de ley modelo sobre la insolvencia de grupos de empresas, el Departamento Jurídico del Consejo de Desarrollo Económico se complace en presentar las observaciones que se exponen a continuación.

Primeramente, en lo que respecta a la definición de grupo de empresas que figura en el artículo 2 del proyecto de ley modelo:

En el párrafo 2 b) se define un grupo de empresas como “dos o más empresas vinculadas entre sí por alguna forma de control o de participación significativa en su capital social”. Esta definición, en particular las palabras “control” y “participación

significativa”, plantea ciertas dificultades y podría dar lugar a que el término se definiera y aplicara de distintas maneras, lo cual no favorecería el comercio internacional.

Por consiguiente, proponemos que el término “grupo de empresas” se defina de manera más precisa a fin de evitar diferencias en cuanto a la forma de aplicarlo o interpretarlo. La definición debería incluir los conceptos de empresa subsidiaria y empresa matriz. Una empresa debería considerarse subsidiaria cuando la controle directa o indirectamente una empresa matriz por tener esta una participación superior al 50 % en el capital de la empresa subsidiaria, o porque dicha empresa matriz es la titular del derecho de propiedad u otro derecho sobre un número de acciones que le permiten controlar la adopción de decisiones o la composición de la junta directiva de esa empresa subsidiaria o nombrar a su director.

En segundo lugar, en el artículo 12, párrafo 1, se dispone que el representante del grupo nombrado en este Estado deberá, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, cooperar en la mayor medida posible con los tribunales extranjeros y los representantes [de la insolvencia] [extranjeros] de [otras] empresas del grupo para facilitar la elaboración y aplicación de una solución colectiva de la insolvencia.

De conformidad con el texto de ese párrafo, el objetivo de la cooperación es simplemente “facilitar la elaboración y aplicación de una solución colectiva de la insolvencia”. Sin embargo, sería preferible ampliar el alcance de ese objetivo para regular cuestiones como la administración equitativa y eficaz de las insolvencias transfronterizas con vistas a proteger los intereses de todos los acreedores; la cooperación para la protección del valor total combinado de las operaciones y bienes de las empresas del grupo que se vean afectadas por la insolvencia; la cooperación para la rehabilitación de los grupos de empresas afectados por problemas económicos; y otros fines establecidos en el proyecto de ley modelo.

En tercer lugar, en el artículo 17, párrafos 1 y 2, se establece que una empresa del grupo que tenga el centro de sus principales intereses en otro Estado podrá participar en el procedimiento de insolvencia a los efectos de facilitar la cooperación y la coordinación, incluso a fin de elaborar y aplicar una solución colectiva de la insolvencia.

Sugerimos que en el artículo 17 se incluya una disposición que prevea el derecho de una empresa del grupo a recibir información sobre un procedimiento de insolvencia cuando dicha empresa haya comunicado su deseo de participar en ese procedimiento al tribunal competente del Estado en que tiene lugar. Esa disposición garantizaría la eficacia del procedimiento de insolvencia y el derecho de las empresas del grupo a participar en él.

En cuarto lugar, el artículo 19, que trata de las medidas otorgables en un procedimiento de planificación, prevé las medidas que un tribunal puede otorgar a instancia del representante de un grupo, entre ellas impedir la ejecución de los bienes de una empresa del grupo, suspender el derecho a enajenar cualquiera de esos bienes, impedir el inicio o suspender la tramitación de acciones individuales, etc. Proponemos que a ese artículo se añada un nuevo párrafo por el que se amplíe el período de suspensión para que abarque el plazo de prescripción, de forma que toda suspensión de un proceso o procedimiento que se disponga con arreglo al artículo 19 cubra el plazo en que deba iniciarse dicho proceso o procedimiento de conformidad con las disposiciones de una ley o las cláusulas de un acuerdo. Si las leyes de un Estado exigen que el procedimiento se inicie en un determinado plazo, pero los acreedores no pueden hacerlo debido a una suspensión que se los impide, esa suspensión no solo debería aplicarse al procedimiento en sí sino también al plazo de prescripción. El artículo podría redactarse en los siguientes términos:

Si como consecuencia de la moratoria establecida en este artículo se prohibiera a una persona entablar una acción contra el deudor o la masa de la insolvencia y dicha acción tuviera que entablarse dentro de un plazo específico en virtud de lo dispuesto en la ley aplicable o lo estipulado en un acuerdo, el plazo fijado para

que se entable dicha acción se suspenderá automáticamente durante el período de vigencia de la moratoria.

### 3. Suiza

[Original: inglés]  
[15 de marzo de 2019]

En la nota 76 del informe (A/CN.9/966) del Grupo de Trabajo V se citan los reparos expresados por una delegación por “la inclusión de los artículos 29 a 31 [del proyecto de ley modelo] como disposiciones complementarias”. Al respecto, se preguntó cuáles eran “los motivos y las razones que había para presentar las disposiciones como complementarias”. La delegación de Suiza acoge con beneplácito el criterio adoptado por el Grupo de Trabajo V de dividir el proyecto de ley modelo en disposiciones “básicas” y “complementarias”, a la vez que reconoce la legitimidad de toda petición de que se explique por qué se optó por ese criterio. En respuesta a esa petición, en el informe se recuerda que “ya se habían discutido las mismas cuestiones en períodos de sesiones anteriores del Grupo de Trabajo”. En él también se observa acertadamente que en los párrafos 25, 26, 205 y 206 del proyecto de guía se explicaban los motivos del criterio adoptado en relación con los artículos 29 a 31.

Si bien esta delegación considera que esas explicaciones son suficientes –y fundamentales– en el marco del informe explicativo, tal vez sea útil para la Comisión, aun cuando no sea necesario, que en la guía se incluya información adicional sobre los antecedentes de las disposiciones “básicas” y “complementarias”. Según recuerda esta delegación, que ha estado presente en este proyecto desde el principio, ha habido básicamente una falta de consenso respecto de las disposiciones que se apartarían del principio del centro de los principales intereses (CPI) de una empresa como principal (y único) criterio para determinar el lugar de apertura y sustanciación de un procedimiento de insolvencia en relación con una empresa (incluso cuando forme parte de un grupo). Las propuestas que se recogen ahora en las disposiciones “complementarias” incluyen –por lo menos a juicio de esta delegación– una excepción al principio del CPI que no estaría justificada ni siquiera en el marco de la insolvencia de un grupo de empresas.

Esta delegación considera que las ventajas que podría ofrecer la flexibilidad en cuanto a la jurisdicción competente para administrar una insolvencia no serían suficientes para compensar el daño que genera la incertidumbre jurídica sobre el foro de la insolvencia y, por ende, sobre la *lex fori concursus*, en las relaciones contractuales y financieras de las empresas del grupo fuera del contexto de la insolvencia. Varias delegaciones, entre ellas la de Suiza, opinaban que esas reservas no impedían necesariamente la adopción de un enfoque más flexible respecto de los criterios de atribución de competencia, especialmente cuando dicha flexibilidad se considere útil para lograr una administración más eficaz de una insolvencia. Esta idea de permitir que algunos Estados se atengan a sus principios básicos (es decir, que apliquen solo las disposiciones “básicas”) sin impedir que otros apliquen enfoques alternativos (las disposiciones “complementarias”) fue el punto de partida de la solución de avenencia que dio lugar a la estructura actual de la ley modelo, formada por disposiciones “básicas” y “complementarias”. Este concepto finalmente sentó las bases de una solución de avenencia general para seguir trabajando sobre el proyecto de ley modelo y, en última instancia, lo llevó hasta su situación actual.

En resumen, si bien podría discutirse la necesidad de un título separado con disposiciones “básicas”, esta delegación considera que un elemento absolutamente necesario de la ley modelo es que las recomendaciones 30 a 32 sigan formando parte de las “disposiciones complementarias” (o “disposiciones opcionales”) y que los párrafos señalados anteriormente (25, 26, 205 y 206) se mantengan sin cambios en el informe explicativo.

## B. Organizaciones intergubernamentales

### 1. Fondo Monetario Internacional (FMI)

[Original: inglés]  
[15 de marzo de 2019]

Felicitemos a la CNUDMI por la excelente labor llevada a cabo por el Grupo de Trabajo V en relación con el proyecto de ley modelo sobre la insolvencia de grupos de empresas, una materia jurídica compleja que tiene importantes repercusiones en el comercio internacional y la economía mundial. Puesto que los grupos de empresas constituyen la estructura orgánica predominante que se utiliza en la actualidad para la gestión de los negocios internacionales, resulta evidente la necesidad de contar con marcos que faciliten la máxima cooperación posible entre los distintos procedimientos de insolvencia que afectan a empresas de un mismo grupo. La concertación de acuerdos de cooperación flexibles es esencial para encontrar soluciones a nivel de todo el grupo que permitan conseguir los resultados económicos más eficientes y para ayudar a conservar los puestos de trabajo, el valor de las empresas y la estabilidad financiera. No obstante, los mecanismos de cooperación solo pueden dar buenos resultados satisfactorios cuando existe un marco legislativo propicio que ofrece soluciones técnicas a las numerosas dificultades que plantea la insolvencia de grupos de empresas. La CNUDMI ha respondido a esta necesidad mediante la elaboración de este proyecto de ley modelo.

El proyecto de ley modelo toma como punto de partida las amplias orientaciones ya preparadas por la CNUDMI con respecto a la insolvencia de grupos de empresas (*Guía legislativa, Tercera parte*, 2010) y profundiza de manera específica en las recomendaciones, puesto que las presenta dentro de un marco jurídico organizado que resultará sumamente útil a aquellos Estados que contemplen la posibilidad de realizar reformas en esta materia. Sabemos que el Grupo de Trabajo V ha debatido ampliamente las disposiciones del proyecto de ley modelo y que la alta calidad de esas disposiciones y de los comentarios que figuran en la guía para la incorporación al derecho interno reflejan la excepcional labor realizada por los miembros y la Secretaría durante la preparación de ese texto.

En esta última etapa del proceso, deseamos felicitar a la CNUDMI por la inminente finalización de este proyecto. Únicamente quisiéramos someter a su consideración las siguientes observaciones técnicas:

- **Título del proyecto de ley modelo:** El título propuesto es “Ley Modelo sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas”. Entendemos que la alusión general a “insolvencia de grupos de empresas” se basa en el hecho de que algunas de las disposiciones del proyecto de ley modelo (sobre todo algunos artículos del capítulo 3) también pueden ser de aplicación a grupos de empresas nacionales. No obstante, el proyecto de ley modelo se concentra de manera clara en la insolvencia transfronteriza e incluso en el preámbulo se afirma lo siguiente: “La finalidad de la presente Ley es establecer mecanismos eficaces aplicables a los casos de *insolvencia transfronteriza* que afecten a las empresas de un grupo [...]”. Tal vez la CNUDMI desee volver a examinar el título del proyecto de ley modelo o armonizar el contenido de algunas de las disposiciones a fin de evitar cualquier confusión con respecto al ámbito de aplicación del proyecto de ley modelo.

- **Definición de grupo de empresas (art. 2, párr. b):** El proyecto de ley modelo toma la definición de grupo de empresas que ya figuraba en la *Guía legislativa*. Conforme al artículo 2, párrafo b), “Por ‘grupo de empresas’ se entenderá dos o más empresas vinculadas entre sí por alguna forma de control o de participación significativa en su capital social”. La definición de control también sigue de cerca el texto propuesto en la *Guía legislativa* (“Por ‘control’ se entenderá la capacidad de determinar, directa o indirectamente, las políticas operacionales y financieras de una empresa”).

Estas definiciones reflejan los debates que sostuvo el Grupo de Trabajo durante la preparación de la *Guía legislativa*; sin embargo, la elaboración de un texto jurídico requiere el uso de unos criterios diferentes con respecto a la precisión y la claridad de

sus definiciones; ahora bien, el concepto de grupo de empresas que figura en el proyecto de ley modelo es genérico y podría dar lugar a incertidumbres y litigios. La definición de grupo de empresas se basa en una definición generalmente aceptada del término “control”; no obstante, al mismo tiempo, se propone una alternativa abierta, “participación significativa”, que no se define en el proyecto de ley modelo y que puede interpretarse de formas muy diversas, con resultados contradictorios.

Puesto que la definición de grupo de empresas suele estar relacionada también con otras ramas del derecho interno (no solo el régimen de la insolvencia, sino también el derecho de sociedades, la legislación contable o incluso el derecho tributario o laboral), sería preferible que los Estados adaptaran la definición de grupo de empresas a los conceptos que ya utilizan en el derecho interno; que esta definición se dejara entre paréntesis en el proyecto de ley modelo, y que en la guía para la incorporación al derecho interno se proporcionara orientación acerca de la necesidad de incluir una definición de grupo de empresas en la ley por la que se incorpore el proyecto de ley modelo —o de remitir a una definición ya existente en el derecho interno— y sus consecuencias.

**- Tratamiento de créditos extranjeros en el marco de la insolvencia de empresas pertenecientes a un grupo (arts. 27 y 29).** El proyecto de ley modelo incorpora normas acordes con prácticas desarrolladas en algunos países con el fin de facilitar los procedimientos de insolvencia y proteger a los acreedores extranjeros (los denominados “procedimientos de insolvencia sumarios”). Por ejemplo, es posible que los acreedores se abstengan de solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia en el extranjero cuando exista un compromiso de que recibirán un tratamiento equivalente en el procedimiento de insolvencia ya iniciado en el Estado promulgante. Dejando al margen los aspectos técnicos de estas disposiciones, la cuestión crítica radica en que estas disposiciones parecen aún más importantes para la insolvencia de empresas individuales que tienen varios establecimientos que para las empresas de un grupo (las afirmaciones que figuran en los párrs. 190 y 196 de la guía para la incorporación al derecho interno así lo reconocen, al menos parcialmente). La pregunta que cabe formularse entonces es por qué estas disposiciones se aplicarían únicamente a la insolvencia de las empresas de un grupo y no a empresas individuales (compárese, por ejemplo, con el tratamiento de esta cuestión en el art. 36 del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimientos de insolvencia).

En cambio, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza de 1997 prevé una norma para el pago en procedimiento paralelos (art. 32, la denominada “regla de colación” (hotchpot)) que merecería aplicarse y adaptarse a situaciones que surgen en el contexto de la insolvencia de empresas pertenecientes a un grupo. Por ejemplo, a menudo, en situaciones de insolvencia de grupos de empresas, los acreedores tienen créditos contra la empresa matriz o contra una empresa subsidiaria del grupo y el pago de dichos créditos ha sido garantizado por otras empresas del grupo. Por este motivo, la coordinación de los pagos es sumamente importante y la aplicación de esta norma debería hacerse extensiva a la insolvencia de las empresas pertenecientes a un grupo.

En esta etapa, se debería considerar la posibilidad de mencionar en la guía para la incorporación al derecho interno que los artículos 27 y 29 del proyecto de ley modelo son aplicables también a la insolvencia de empresas individuales, tal como está prevista en la Ley Modelo de 1997, y que el artículo 32 de la Ley Modelo de la CNUDMI de 1997 se aplica también a la insolvencia de los grupos de empresas.

## C. Organizaciones no gubernamentales internacionales

### 1. European Law Institute

[Original: inglés]  
[18 de marzo de 2019]

El presente informe contiene observaciones sobre algunas disposiciones del proyecto de ley modelo sobre la insolvencia de grupos de empresas (en adelante, la “ley modelo”), así como sobre ciertas disposiciones del proyecto de guía para la incorporación al derecho interno del proyecto de ley modelo sobre la insolvencia de grupos de empresas (en adelante, la “guía”), ambos elaborados por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Nuestras observaciones se basan en el análisis de los siguientes documentos:

1. Proyecto de ley modelo sobre la insolvencia de grupos de empresas que figura en el anexo del informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor realizada en su 54º período de sesiones (Viena, 10 a 14 de diciembre de 2018)<sup>3</sup>;
2. Insolvencia de un grupo de empresas: Guía para la incorporación al derecho interno del proyecto de ley modelo (que figura en el documento [A/CN.9/WG.V/WP.161](#)), 20 de septiembre de 2018<sup>4</sup>.

Las observaciones se han ordenado conforme a la numeración de los artículos en la ley modelo y la guía, y dicho orden no representa ni denota el grado de importancia de una determinada observación o propuesta de modificación de la ley modelo o de la guía que se formule en el presente informe.

#### **Artículo 2 g. Definiciones (“procedimiento de planificación”)**

1. “Procedimiento de planificación” es un término novedoso en el contexto internacional de la reestructuración y la insolvencia. En la ley modelo se introduce dicho término con la intención de facilitar las soluciones colectivas de la insolvencia. Somos conscientes de que la definición y el modo de funcionamiento de los procedimientos de planificación se han debatido ampliamente durante varios períodos de sesiones del Grupo de Trabajo V. En el párrafo 41 de la guía se explica que un procedimiento de planificación es un procedimiento principal abierto respecto de una empresa del grupo. Desde nuestro punto de vista, esto plantea dos interrogantes: 1. ¿Cuál es la naturaleza de la relación existente entre los procedimientos principales y los procedimientos de planificación? Es decir, ¿estos procedimientos coinciden o son independientes (se distinguen) entre sí?; 2. Los procedimientos de coordinación de grupo previstos en el Reglamento Europeo sobre Insolvencias (texto refundido del REI)<sup>5</sup> y abiertos de conformidad con ese régimen de la UE ¿podrán ser reconocidos conforme a la ley modelo?

Para responder a estos interrogantes pueden adoptarse dos enfoques alternativos:

Alternativa 1. Los procedimientos de coordinación de grupo están comprendidos en la definición de procedimiento de planificación

A fin de armonizar el concepto de “procedimiento de planificación” con el de “procedimiento de coordinación de grupo” previsto en el texto refundido del REI,

<sup>3</sup> Para evitar confusiones, el texto del proyecto de ley modelo sobre la insolvencia de grupos de empresas se publicó el 20 de diciembre de 2018 (en el anexo del documento [A/CN.9/966](#)), en sustitución del proyecto publicado el 18 de septiembre de 2018 ([A/CN.9/WG.V/WP.161](#)).

<sup>4</sup> Entendemos que la guía no ha sido actualizada para armonizarla con la versión más reciente de la ley modelo. No obstante, al interpretar las disposiciones de la ley modelo, hemos utilizado la guía con fines de aclaración y hemos formulado algunas sugerencias sobre la forma de mejorarla, a menos que dichas mejoras las haya acordado ya el Grupo de Trabajo V.

<sup>5</sup> Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido).

y para garantizar que este último término sea reconocible conforme a la ley modelo, es necesario que la definición de “procedimiento de planificación” contenida en la ley modelo sea más flexible. Concretamente, la ley modelo y su guía deberían permitir que ese “procedimiento de planificación” fuese el resultado de resoluciones judiciales dictadas tanto en procedimientos principales como en procedimientos no principales. Este enfoque refleja el hecho de que, conforme al texto refundido del REI, el procedimiento de coordinación de grupo es un procedimiento independiente, distinto del procedimiento de insolvencia principal o no principal (secundario), que incluye el nombramiento de un coordinador de grupo que actúa en forma independiente de los representantes de la insolvencia de las empresas del grupo.

Si se aplica este enfoque, en el artículo 2 g) también se deberían contemplar los casos en que el tribunal que entiende en un procedimiento no principal de una empresa de un grupo inicie el procedimiento de planificación (en el art. 2 g) i) y ii) de la versión actual se hace referencia al procedimiento principal exclusivamente). Para ello no sería necesario suprimir la referencia a los incisos i) a iii) de la segunda oración del artículo 2 g), pero sí habría que incluir también en el texto los procedimientos no principales, como se recomienda más abajo. Somos conscientes de que las respectivas disposiciones se han formulado para situaciones en las que el procedimiento de planificación se contempla en el procedimiento principal. No obstante, tenemos la certeza de que la ley modelo también debería abarcar los procedimientos de coordinación de grupo iniciados por un tribunal en un procedimiento secundario (no principal). Para evitar cualquier duda al respecto, también podría hacerse la aclaración correspondiente en la guía, a fin de confirmar que los procedimientos de coordinación de grupo previstos en el texto refundido del REI se pueden reconocer como procedimientos de planificación, siempre y cuando satisfagan los criterios del artículo 2 g) i) a iii) de la ley modelo.

A nuestro modo de ver, el apartado g) del artículo 2 estaría mejor ubicado en un artículo independiente (y no en el art. 2, “Definiciones”), al menos por dos motivos. El primero de ellos tiene que ver con el hecho de que el artículo 2 g) trasciende los límites de una definición y se refiere, en esencia, a (los criterios para) la apertura de un procedimiento de planificación. El segundo de los motivos está relacionado con la complejidad del propio artículo 2 g). Tal vez sería aconsejable colocar las normas relativas a los procedimientos de planificación, incluidos los requisitos para su apertura, en un nuevo conjunto de artículos o en un nuevo capítulo (véase la recomendación 7 *infra*).

Este primer enfoque conduce a la siguiente recomendación:

### **Recomendación 1.1**

- Trasladar el apartado g) del artículo 2 al artículo 19, o ubicar las normas relativas a los procedimientos de planificación, incluidos los requisitos para su apertura, en un nuevo conjunto de artículos o en un nuevo capítulo (véase la recomendación 7 *infra*).
- Reformular la segunda oración del apartado g) del artículo 2 para que quede redactada de la siguiente manera:

“En relación con lo dispuesto en los incisos i) a iii) del apartado g), el tribunal también podrá reconocer como procedimiento de planificación cualquier procedimiento que haya sido aprobado por un tribunal que sea competente respecto de un procedimiento principal o no principal de una empresa de un grupo con el fin de elaborar una solución colectiva de la insolvencia en el sentido de la presente ley.”

### Alternativa 2. Diferenciación de los procedimientos que abarca la ley modelo

Como ya se explicó, la ley modelo no es clara en lo relativo a la naturaleza de los procedimientos de planificación y su compatibilidad con los procedimientos de coordinación de grupo iniciados de conformidad con el texto refundido del REI.

Conforme a la alternativa 1 expuesta más arriba, propusimos una interpretación amplia del “procedimiento de planificación” con el objetivo de abarcar distintos procedimientos cuya finalidad es lograr una solución colectiva de la insolvencia.

Otra opción, la alternativa 2, se basa en la noción de diferenciar, desde el punto de vista estructural, entre los procedimientos destinados a elaborar un plan vinculante o no vinculante para todo el grupo (procedimientos de planificación) y los instrumentos de coordinación, incluidos los procedimientos de coordinación (que pueden tener o no como resultado un plan de ese tipo). De este modo, los procedimientos de coordinación de grupo quedarán comprendidos en el subconjunto de procedimientos de coordinación, que pueden ser reconocidos de conformidad con la ley modelo.

Este segundo enfoque conduce a la siguiente recomendación:

**Recomendación 1.2.** Establecer una diferenciación entre los procedimientos comprendidos en la ley modelo e incluir nuevas normas aplicables a los procedimientos de planificación y a los procedimientos de coordinación en artículos separados de la ley modelo.

#### **Artículo 4. Jurisdicción del Estado promulgante**

2. La finalidad del artículo 4 es aclarar el ámbito de aplicación de la ley modelo. Según dicho artículo, si una empresa de un grupo tiene el centro de sus principales intereses (CPI) en el Estado promulgante, la ley modelo no restringe la competencia de los tribunales de dicho Estado con respecto a esa empresa. Para alentar y promover las soluciones colectivas de la insolvencia, tal vez sea aconsejable recalcar que la ley modelo no restringe la competencia del tribunal del Estado promulgante para abrir de manera conjunta procedimientos de insolvencia relativos a varias empresas de un grupo, siempre y cuando el CPI de cada una de esas empresas se encuentre dentro de la jurisdicción de dicho tribunal.

Una norma similar figura en el considerando 53 del texto refundido del REI y en la recomendación 9.05 del documento titulado “Rescue of Business in Insolvency Law” del European Law Institute (informe del ELI)<sup>6</sup>.

**Recomendación 2.** Añadir la siguiente disposición al artículo 4 de la ley modelo: “Nada de lo dispuesto en la presente ley tendrá por objeto restringir la competencia de los tribunales de este Estado para abrir de manera conjunta procedimientos de insolvencia relativos a varias empresas de un grupo, siempre y cuando el centro de los principales intereses de esas empresas se encuentre dentro de la jurisdicción de dichos tribunales”.

#### **Capítulo 2. Cooperación y coordinación**

3. El capítulo 2 de la ley modelo, titulado “cooperación y coordinación”, abarca los artículos 9 a 18. Estamos de acuerdo en que la cooperación y la coordinación eficaces entre los procedimientos abiertos contra distintas empresas de un grupo son clave a la hora de facilitar una administración eficiente de la insolvencia transfronteriza y adoptar soluciones colectivas de la insolvencia con prontitud. En los últimos años hemos presenciado la aparición de múltiples iniciativas destinadas a mejorar la cooperación y la comunicación en casos internacionales de insolvencia. En el párrafo 66 de la guía se expresa apoyo a las directrices internacionales que se han elaborado para mejorar la cooperación y la coordinación transfronterizas en los casos de insolvencia y se mencionan, como ejemplo de esas directrices, las elaboradas por la Judicial Insolvency Network (*JIN Guidelines*), que se refieren a numerosas cuestiones pertinentes en el marco del capítulo 2. Es evidente que las *JIN Guidelines* se aplican fundamentalmente a las jurisdicciones de derecho anglosajón (*common law*). Creemos que, para que la guía resulte más informativa y equilibrada, se debería hacer referencia a otras directrices e

<sup>6</sup> Bob Wessels & Stephan Madaus, “Rescue of Business in Insolvency Law – an Instrument of the European Law Institute” (6 de septiembre de 2017). Este documento puede consultarse en <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/completed-projects/insolvency/> y en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3032309>.

iniciativas. Concretamente, a nuestro juicio, cabría mencionar los siguientes instrumentos: las directrices “European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-Border Insolvency” (2007; posiblemente se publique una versión revisada en 2019), las directrices “ALI-III Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases” (versión actualizada de 2012) y los principios y directrices titulados “EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles and Guidelines” (2014).

**Recomendación 3.** Además de las *JIN Guidelines*, añadir en la guía referencias a los instrumentos titulados “European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-Border Insolvency” (2007; posiblemente se publique una versión revisada en 2019), “ALI-III Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases” (versión actualizada de 2012) y “EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles and Guidelines” (2014).

#### **Artículo 17. Nombramiento de un único o mismo representante de la insolvencia**

4. El artículo 17 de la ley modelo prevé la posibilidad de nombrar un único o un mismo representante de la insolvencia para distintas empresas de un grupo<sup>7</sup>. Tal vez convendría añadir que dicho nombramiento debería ser compatible con las normas aplicables a cada uno de los procedimientos en cuestión, concretamente las que se refieren a los requisitos establecidos en relación con las cualificaciones y la habilitación del representante de la insolvencia y a los conflictos de intereses. A pesar de que en los párrafos 97 y 102 de la guía se realizan aclaraciones similares, se justificaría incluirlas en el texto principal, puesto que los problemas que se derivan del nombramiento del mismo representante de la insolvencia (por ejemplo, conflictos de intereses reales o aparentes) pueden resultar particularmente acuciantes en el caso de los grupos de empresas. Pueden observarse limitaciones similares en el considerando 50 del texto refundido del REI y en el principio 17 del documento “EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles and Guidelines” (en los casos en que se aplica a un intermediario nombrado por el órgano judicial).

**Recomendación 4.** Añadir la siguiente disposición al artículo 17 de la ley modelo: “Dicho nombramiento debería ser compatible con las normas aplicables a cada uno de los procedimientos en cuestión, concretamente las que se refieren a los requisitos establecidos en relación con las cualificaciones y la habilitación del representante de la insolvencia y a los conflictos de intereses”.

#### **Artículo 18. Participación de empresas de un grupo en un procedimiento de insolvencia abierto en este Estado**

5. El artículo 18 de la ley modelo versa sobre la participación de las empresas de un grupo en un procedimiento de insolvencia abierto en el Estado promulgante. Sin embargo, no se sabe con exactitud a qué tipo de procedimiento se refiere el artículo 18, es decir, si se refiere al procedimiento de insolvencia principal (art. 2 j) de la ley modelo), al procedimiento no principal (art. 2 k) de la ley modelo) o al procedimiento de planificación (art. 2 g) de la ley modelo). En el párrafo 43 de la guía se hace alusión a los “procedimientos de planificación” exclusivamente; en cambio, en los párrafos 103 a 111 parece hacerse referencia únicamente al procedimiento principal o no principal, según la definición que figura en el artículo 2, apartados j) y k), de la ley modelo. Una lectura literal del artículo 18 de la ley modelo respalda esta última interpretación. Sin embargo, en ese caso, no quedarían contemplados los derechos de las empresas del grupo en lo que respecta a su participación en los procedimientos de planificación.

**Recomendación 5.** Aclarar que el artículo 18 de la ley modelo se aplica a procedimientos principales, no principales y de planificación. Otra posibilidad, como se sugiere más abajo (véase la recomendación 7), sería que los derechos relativos a la

<sup>7</sup> Según el párr. 101 de la guía, el representante de la insolvencia también podría ser un deudor en posesión.

tramitación del procedimiento de planificación y a la participación en este se previeran por separado, en distintos artículos o en un nuevo capítulo.

### **Artículo 18. Participación de empresas de un grupo en un procedimiento de insolvencia abierto en este Estado**

6. El artículo 18 de la ley modelo otorga a las empresas de un grupo el derecho a participar en procedimientos de insolvencia abiertos contra otra empresa del mismo grupo. Ese derecho se otorga una vez abierto el procedimiento de insolvencia respecto de esta última (“si se ha abierto un procedimiento de insolvencia”; véase el artículo 18, párrafo 1). Consideramos que la existencia de ese derecho debería ampliarse al período previo a la apertura del procedimiento de insolvencia contra la empresa del grupo, cuando la solicitud de apertura de ese procedimiento se encuentre aún en trámite. La ampliación del período de existencia de ese derecho podría mejorar las posibilidades de conciliar diversos procedimientos de insolvencia y, en última instancia, lograr una solución colectiva de la insolvencia. De lo contrario, los distintos procedimientos podrían terminar centrándose en objetivos diferentes (por ejemplo, la liquidación en lugar de la reorganización). Es por ello que, por ejemplo, el texto refundido del REI faculta (obliga) a los profesionales del ámbito de la insolvencia nombrados en procedimientos de insolvencia relativos a un miembro de un grupo de sociedades a cooperar y comunicarse con cualquier órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia respecto de otro miembro del mismo grupo de sociedades (véase el art. 58 del texto refundido del REI). A nuestro juicio, ampliar los derechos de participación al período durante el cual la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia aún se encuentra en trámite facilitará la coordinación de los procedimientos abiertos contra distintas empresas de un grupo.

**Recomendación 6.** Ampliar el período durante el cual las empresas de un grupo pueden participar en procedimientos de insolvencia relativos a otra empresa del mismo grupo, retro trayéndolo al momento de la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia contra esta última, es decir, antes de que se inicie el procedimiento de insolvencia de dicha empresa. Esa participación podría estar sometida a la condición de que las empresas del grupo demuestren que tienen un interés legítimo en participar.

### **Procedimientos de planificación regulados en varias disposiciones de la ley modelo**

7. Creemos que la ley modelo no es lo suficientemente clara con respecto a la apertura, el alcance y los efectos de los procedimientos de planificación. Se debería tratar de subsanar esa falta de claridad, teniendo en cuenta la importancia (centralidad) de este instrumento en el contexto del régimen de la insolvencia. Las normas que rigen dichos procedimientos se encuentran dispersas por toda la ley modelo (art. 2 g), art. 18 (debatible), art. 19, párr. 3, art. 20, etc.) y, como se indicó más arriba, no siempre queda claro si una determinada norma está relacionada con procedimientos de insolvencia “ordinarios” o con procedimientos de planificación. La distinción entre procedimientos de planificación y procedimientos principales o no principales está prevista de manera expresa en las disposiciones sobre la apertura (art. 2 g)) y el reconocimiento (capítulo 4) del procedimiento de planificación. Somos de la opinión de que añadir un conjunto de artículos, ubicados antes del artículo 19 de la ley modelo, en los que se describa la apertura, la naturaleza, el alcance y los efectos del procedimiento de planificación, ofrecería una visión general clara; de ese modo, la ley modelo resultaría más transparente y se aplicaría de manera más predecible y coherente entre distintos Estados. Otra buena idea podría ser añadir un capítulo aparte, previo al capítulo 3 actual, en el que se abordasen de forma exclusiva las cuestiones relativas a la apertura y la tramitación de un procedimiento de planificación.

**Recomendación 7.** Añadir, antes del actual capítulo 3, un conjunto de artículos o (preferiblemente) un capítulo aparte en que se resuma, en un solo lugar, las normas relativas a la apertura, la participación, el alcance y los efectos del procedimiento de planificación. Este nuevo capítulo se podría titular “Apertura y tramitación de un

procedimiento de planificación en este Estado”. En ese capítulo se podrían incluir disposiciones sobre las siguientes cuestiones:

- a) la jurisdicción competente para la apertura del procedimiento de planificación (actual art. 2 g) de la ley modelo y párr. 42 de la guía);
- b) el carácter voluntario de la participación en el procedimiento de planificación y el principio de participación voluntaria (*opt-in*) (art. 18, párr. 43 de la guía);
- c) la participación de empresas solventes del grupo en procedimientos de planificación (párr. 43 de la guía);
- d) la norma según la cual el órgano judicial competente para iniciar el procedimiento de planificación no debería negarse a ello, a menos que la apertura de ese procedimiento no facilite la administración eficaz del procedimiento de insolvencia relativo a las distintas empresas del grupo o cuando la apertura de dicho procedimiento perjudique los intereses de los acreedores de cualquier empresa participante del grupo<sup>8</sup>.

#### **Artículo 19. Nombramiento del representante del grupo y facultades para solicitar medidas**

8. El título actual del capítulo 3 (“Medidas otorgables en un procedimiento de planificación en este Estado”) no refleja su contenido con precisión. Por ejemplo, el nombramiento de un representante del grupo, a que se hace alusión en el artículo 19 de la ley modelo, no puede considerarse una medida en sí misma. En vista de ello, y a fin de evitar cualquier posible confusión, proponemos extraer el artículo 19 del actual capítulo 3 y colocarlo, en cambio, o bien en un nuevo capítulo titulado “Apertura y tramitación de un procedimiento de planificación en este Estado”, conforme a lo sugerido en la recomendación 7 anterior, o bien en el capítulo 2, después del artículo 18.

**Recomendación 8.** Extraer el artículo 19 del capítulo 3 y colocarlo o bien en un nuevo capítulo titulado “Apertura y tramitación de un procedimiento de planificación en este Estado”, conforme a lo sugerido en la recomendación 7 anterior, o bien en el capítulo 2, después del artículo 18.

#### **Artículo 19. Nombramiento de un representante del grupo y facultades para solicitar medidas**

9. En los párrafos 38 y 115 de la guía se indica que el representante del procedimiento de insolvencia principal puede convertirse posteriormente en representante del grupo. Eso no sería aconsejable, puesto que consideramos que el solapamiento de funciones (es decir, representante de la insolvencia de una empresa del grupo y representante del grupo para todo el grupo o para una parte de este) añadiría confusión y podría socavar la confianza de las empresas participantes del grupo en dicha figura. En la guía también se reconoce que las tareas que deben llevar a cabo el representante de la insolvencia en el procedimiento principal y el representante del grupo en el procedimiento de planificación podrían ser diferentes (véase el párr. 116)<sup>9</sup>. Resulta necesario, por tanto, abogar por la separación de funciones a fin de garantizar la independencia y la

<sup>8</sup> La inclusión del apartado d) en la ley modelo debería restringir los motivos de denegación de la solicitud de apertura del procedimiento de planificación y, por lo tanto, aumentar las probabilidades de que se acepte dicha solicitud. Al mismo tiempo, se mantendría la flexibilidad para aceptar o no las solicitudes de apertura de procedimientos de planificación.

<sup>9</sup> La diferencia en cuanto a las funciones y los objetivos de los representantes de la insolvencia y del representante de un grupo surge del artículo 22, párrafo 1 e), de la ley modelo, que encomienda la administración o la realización de los bienes percederos en primer lugar al representante (local) de la insolvencia y, únicamente cuando ello no sea posible, al representante del grupo. Como se explica en la guía, encomendar dicha tarea al representante del grupo “puede suscitar inquietudes en el sentido de que, puesto que dicho cargo no representa ninguna masa de la insolvencia en particular, no existen bienes merecedores de cierta protección en el caso de que la actuación del representante del grupo genere pérdidas” (véase el párr. 152).

imparcialidad del representante del grupo<sup>10</sup>. Por este motivo, por ejemplo, en el artículo 71, párrafo 2, del texto refundido del REI se establece que “[E]l coordinador no será ninguno de los administradores concursales nombrados para actuar respecto de los miembros del grupo, y no tendrá conflicto de intereses alguno respecto de tales miembros, de sus acreedores o de los administradores concursales nombrados respecto de cualquiera de los miembros del grupo”<sup>11</sup>. Así pues, consideramos que se podría añadir una disposición similar a la ley modelo, quizás como una opción (adición) que se sumaría a las normas existentes.

**Recomendación 9.** Incluir una opción que permita a los Estados promulgantes incorporar al artículo 19 de la ley modelo la siguiente disposición: “El representante del grupo no será ninguno de los profesionales de la insolvencia nombrados para actuar respecto de alguna de las empresas del grupo, y no tendrá conflicto de intereses alguno en relación con las empresas del grupo, sus acreedores ni los representantes de la insolvencia nombrados respecto de cualquiera de las empresas del grupo”.

#### **Párrafo 41 de la guía. Número de procedimientos de planificación**

10. La ley modelo guarda silencio con respecto al número de procedimientos de planificación que se pueden abrir respecto de un grupo de empresas y tampoco deja entrever ningún orden de prioridad en cuanto la apertura de procedimientos de planificación con respecto a un mismo grupo de empresas que abarque varias jurisdicciones al mismo tiempo. En el párrafo 41 de la guía se aclara a este respecto que “no se pretende que solo pueda haber un único procedimiento de planificación en un procedimiento de insolvencia que afecte a un grupo de empresas”. A nuestro juicio, la multiplicidad de procedimientos de planificación y la ausencia de normas que rijan las relaciones entre ellos podrían reducir su utilidad. Así sucede, sobre todo, cuando se solapan varios procedimientos de planificación y se repiten las actuaciones. Para mitigar las consecuencias negativas de esta situación, se podría aclarar en la guía que, cuando ya se ha iniciado un procedimiento de planificación, se puede abrir otro procedimiento de planificación con respecto al mismo grupo de empresas, siempre y cuando ello resulte eficiente y esté justificado. Por ejemplo, la apertura de diversos procedimientos de planificación podría resultar útil debido a la complejidad y extensión geográfica de los grupos de empresas (es decir, procedimientos de planificación que abarquen los Estados Unidos de América o el Canadá, procedimientos de planificación que abarquen la región de Europa, Oriente Medio y África, etc.).

**Recomendación 10.** Añadir al art. 2 g) de la ley modelo, o al nuevo capítulo (véase la recomendación 7 anterior), o al párrafo 41 de la guía, una aclaración de que “cuando ya se ha iniciado un procedimiento de planificación, se puede abrir otro procedimiento de planificación con respecto al mismo grupo de empresas, siempre y cuando ello resulte eficiente y esté justificado. La carga de la prueba de lo anterior recae sobre la empresa del grupo que solicite la apertura de un nuevo procedimiento de planificación”.

#### **Artículo 20. Medidas otorgables en un procedimiento de planificación**

11. El artículo 20 de la ley modelo prevé las medidas que se pueden otorgar en un procedimiento de planificación que se esté tramitando en el Estado promulgante. Entre los distintos tipos de medidas que se enumeran figura la posibilidad de “paralizar la interposición o continuación de acciones individuales o la apertura o sustanciación de procedimientos individuales relacionados con los bienes, derechos, obligaciones o deudas de esa empresa del grupo” (art. 20, párr. 1 c), de la ley modelo). A nuestro modo de ver, esta medida está formulada en términos demasiado amplios, habida cuenta de

<sup>10</sup> Además, si se combinaran estas dos funciones, el órgano judicial podría tener dificultades para garantizar la imparcialidad y la independencia del representante del grupo.

<sup>11</sup> La importancia de la independencia de la parte que coordina también se reconoce en las normas alemanas sobre procedimientos de coordinación de grupos, que prevén el nombramiento de un administrador de coordinación (*Verfahrenskoordinator*) que debe ser independiente de todos los administradores de la insolvencia que hayan sido nombrados, de los deudores (los miembros insolventes del grupo de sociedades) y de los acreedores de los miembros del grupo de sociedades. Véase el art. 269e del Código de Insolvencia alemán (InsO).

que abarca tanto las acciones judiciales incoadas por la empresa del grupo (por ejemplo, contra terceros que sean deudores de esta) como las acciones judiciales entabladas contra la empresa del grupo, con independencia de si dicha acción judicial se encuentra ya en curso o aún no se ha iniciado. No nos parece que haya argumentos suficientemente convincentes para restringir lo anterior, sobre todo en aquellas situaciones en que la acción judicial se encuentre en trámite en el momento en que se inicie el procedimiento de insolvencia. Esa interferencia podría afectar a las expectativas de las partes y aumentar los costos en que se incurriría por volver a litigar sobre la misma materia. Dicho de otro modo, la perturbación causada podría no ser necesaria para el desarrollo ordenado y equitativo de una insolvencia transfronteriza. La guía parece reconocer la escasa relevancia práctica de disponer la suspensión automática de las actuaciones arbitrales, que podrían regirse por otra ley (*lex arbitri*) (véase el párr. 125). El efecto limitado de los procedimientos de insolvencia sobre los procesos judiciales o arbitrales en curso también se menciona en el artículo 18 del texto refundido del REI.

**Recomendación 11.** Recomendamos que el artículo 20, párrafo 1) c), de la ley modelo se redacte de la siguiente manera: “Paralizar la interposición o continuación de acciones individuales o la apertura o sustanciación de procedimientos individuales contra esa empresa del grupo en relación con sus bienes, derechos, obligaciones o deudas”<sup>12</sup>.

#### **Artículo 28. Compromiso contraído respecto del tratamiento otorgado a los créditos extranjeros: procedimientos no principales**

12. El artículo 28 de la ley modelo introduce el concepto de procedimiento “sumario”. Según este artículo, el crédito que podría presentar un acreedor de una empresa del grupo en un procedimiento no principal seguido en otro Estado podrá recibir, en un procedimiento principal abierto en el Estado promulgante, un tratamiento acorde con el que recibiría dicho crédito en el procedimiento no principal. Este tratamiento se basa en el compromiso (promesa) otorgado y aprobado por el órgano judicial en el procedimiento principal. De esta manera, se evita (excluye) el procedimiento no principal. El fundamento de dicha disposición es que, en última instancia, se facilita el tratamiento centralizado de los créditos en el marco de la insolvencia de un grupo de empresas (véase el párr. 194 de la guía).

Cabe señalar que el mecanismo del “procedimiento sumario” se aplica a cada empresa del grupo individualmente. En otras palabras, los procedimientos principales y no principales (que se evitan) a los que se hace alusión en el artículo 28 se refieren a una misma y única persona jurídica y no a varias personas jurídicas. Esta disposición no socava la utilidad de los procedimientos “sumarios” en el contexto de un grupo. No obstante, resulta crucial entender que el concepto de procedimiento sumario se aplica a cada una de las empresas del grupo por separado. En este sentido, tal vez se podría mejorar, con un cambio de redacción, la aclaración que figura en el párrafo 24 de la guía, según el cual “en el capítulo 5 se permite que los créditos de una empresa del grupo situada en una jurisdicción (jurisdicción no principal) puedan recibir, en un procedimiento principal que afecte a otro miembro del grupo seguido en otra jurisdicción, un tratamiento acorde con la ley aplicable a esos créditos”.

**Recomendación 12.** Modificar el párrafo 24 de la guía para resaltar que el compromiso al que se refiere el artículo 28 de la ley modelo se aplica a créditos de la misma empresa del grupo.

#### **Artículo 28. Compromiso contraído respecto del tratamiento otorgado a los créditos extranjeros: procedimientos no principales**

13. En el artículo 28 de la ley modelo se establece que un compromiso puede suponer una garantía de que todo crédito que eventualmente se presente en un procedimiento no principal recibirá en el procedimiento principal un tratamiento acorde al que recibiría en el procedimiento no principal, aunque este no se inicie. No surge claramente del

<sup>12</sup> Esta recomendación se aplica igualmente al artículo 22, párrafo 1 d), y al artículo 24, párrafo 1 e), de la ley modelo.

artículo que se quiso decir con “tratamiento [...] acorde al que recibiría”. En el párrafo 196 de la guía se da el ejemplo siguiente: “un crédito que pudiera presentarse en un procedimiento no principal seguido en un Estado y que afecta a una empresa del grupo sujeta a un procedimiento principal en el Estado promulgante podría tratarse en ese procedimiento principal con arreglo a la ley aplicable al crédito”.

Somos de la opinión de que la alusión a la ley aplicable al crédito con la finalidad de determinar el “tratamiento” en el sentido del artículo 28 resulta desafortunada. La ley aplicable a los créditos, en principio, pueden elegirla las partes libremente<sup>13</sup> y por sí sola podría no tener ninguna relación con el deudor, con el acreedor o con el foro del procedimiento de insolvencia principal o no principal. Además, aplicar docenas o incluso cientos de leyes distintas (en función del número de créditos, algo que —conviene destacar— la ley modelo no limita ni regula en modo alguno) tal vez no resulte económico ni realista. En lugar de ello, proponemos que la ley de referencia para el tratamiento de los acreedores en el caso de procedimientos “sumarios” (evitados) sea el derecho interno del posible procedimiento no principal (evitado) (*lex concursus secundarii* evitada). El mismo criterio se adopta en el artículo 36, párrafo 1, del texto refundido del REI. Cualquier ley extranjera que regule la deuda afectada en procedimientos de insolvencia tendría relevancia únicamente si la *lex fori concursus secundarii* (evitada) así lo estableciera, o si la ley que regula la deuda exige un procedimiento de estructuración local para cualquier modificación (por ejemplo, la regla de Gibbs que se aplica en el derecho inglés).

La cuestión que podría plantearse sería en qué medida el tratamiento recibido conforme a la ley del procedimiento no principal evitado debería regular la distribución con respecto a aquellos acreedores que pudieran haber presentado créditos en dicho procedimiento no principal. Ni el artículo 28 de la ley modelo ni los párrafos 194 a 201 de la guía ofrecen una respuesta clara al respecto. Así pues, nos parece que el artículo 28 debería aclarar que el representante de la insolvencia en el procedimiento de insolvencia principal (solo o junto con el representante del grupo de conformidad con el artículo 28, párrafo 1) a) de la ley modelo) podría contraer un compromiso con respecto a los bienes ubicados en el Estado en que se podría abrir el procedimiento de insolvencia no principal. Así pues, a la hora de distribuir dichos bienes o el producto de su realización, el representante de la insolvencia debe respetar los derechos de distribución y prelación previstos en el derecho interno del procedimiento no principal que se ha evitado. Este criterio está en consonancia con el alcance territorial de los procedimientos de insolvencia no principales y también se recoge en el artículo 36, párrafo 1, del texto refundido del REI.

**Recomendación 13.** Modificar el artículo 28 de la ley modelo de manera que incluya las siguientes disposiciones:

- i) el compromiso se contrae con respecto a los bienes de la empresa del grupo que se encuentren ubicados en el Estado en el que se podrían iniciar procedimientos de insolvencia no principales; y, en tal caso,
- ii) la distribución de dichos bienes o del producto de su realización deberá respetar los derechos de distribución y prelación previstos en el derecho interno que tendrían los acreedores en el caso de que se abriera el procedimiento no principal en ese Estado.

**Artículo 29. Facultades del tribunal de este Estado con respecto a un compromiso contraído en virtud del artículo 28**

14. El artículo 29 de la ley modelo versa sobre las facultades del órgano judicial en el Estado promulgante con respecto a compromisos originados en un Estado distinto. Según este artículo, el tribunal podrá aprobar el tratamiento que habrá de otorgarse en el procedimiento principal extranjero a los créditos de los acreedores ubicados en este Estado. La expresión “créditos de acreedores ubicados en este Estado” podría dar lugar

<sup>13</sup> No obstante, la ejecutabilidad de los créditos y de las garantías reales podría estar sujeta a leyes nacionales (imperativas), que en ocasiones se encuentran recogidas en convenciones internacionales.

a confusión. Podría referirse a: 1. la ubicación de los créditos; 2. la ubicación de los acreedores que tienen créditos. En el primero de los casos, determinar el lugar del crédito podría resultar sumamente problemático, sobre todo si se tiene en cuenta el hecho de que la ley modelo no contiene ninguna disposición sobre esta materia y no se prevé en un futuro cercano una armonización mundial de las normas del derecho internacional privado que abordan esta cuestión. En el segundo caso, el artículo 28 no hace referencia a la ubicación de los acreedores, sino que en su lugar se refiere a todos los créditos que se podrían presentar en el procedimiento no principal, con independencia de dónde se encuentre ubicado el acreedor que tiene dichos créditos. Además, restringir la aplicación del artículo 29 a, por ejemplo, los acreedores locales únicamente, podría suponer un quebrantamiento del principio de *pari passu*.

**Recomendación 14.** Para que el artículo 29 coincida con el 28, el anterior podría tener el siguiente tenor:

“[...] el tribunal de este Estado podrá:

a) aprobar el tratamiento que habrá de otorgarse en el procedimiento principal extranjero a los créditos que podría presentar el acreedor de una empresa del grupo ubicado en este Estado;”

**Artículo 30. Compromiso contraído respecto del tratamiento otorgado a los créditos extranjeros: procedimientos principales**

15. El artículo 30 de la ley modelo se encuentra en las disposiciones complementarias (Parte B). En él se desarrollan fundamentalmente las ideas y los mecanismos del artículo 28 y se establece que se podrá contraer un compromiso en el procedimiento no principal para así evitar la apertura del procedimiento principal o de procedimientos no principales. No obstante, en el párrafo 207 de la guía se genera confusión cuando se indica que este artículo permite el tratamiento en un procedimiento seguido en el Estado promulgante, “independientemente de que el procedimiento sea principal o no principal”. Consideramos que, si el procedimiento en el cual se origina el compromiso es el procedimiento principal, debería aplicarse el artículo 28 y no el artículo 30, tal como ya se indica en la citada disposición de la guía.

Otras dos observaciones están relacionadas con los párrafos 207 y 208 de la guía. En primer lugar, en el párrafo 207 hay una referencia al “tratamiento de un crédito extranjero”. Dado que en la ley modelo no figura ninguna definición de “crédito extranjero”, la utilización de este término podría generar incertidumbre. Además, el artículo 30 no distingue entre créditos “locales” y “extranjeros”. En segundo lugar, en el párrafo 208 se indica que el compromiso al que se hace alusión en la Parte B “puede efectuarlo bien un representante de la insolvencia nombrado en un Estado distinto del Estado promulgante [...] o un representante del grupo que haya sido nombrado en un procedimiento de planificación en el Estado promulgante”. Somos de la opinión de que únicamente el representante de la insolvencia (por sí solo o junto con el representante de un grupo) al que se haya nombrado en el Estado promulgante (es decir, el Estado “que aprueba el compromiso”) debería poder contraer dicho compromiso. Ello se debe al hecho de que, para respaldar el ofrecimiento de un compromiso, se basa en una masa de la insolvencia en particular y únicamente será un representante de la insolvencia de dicha masa quien podrá representarla y quien debería estar autorizado para ofrecer un compromiso (no obstante, con la confirmación y aprobación del órgano judicial)<sup>14</sup>.

**Recomendación 15.** Crear una distinción clara con respecto al alcance y el funcionamiento del artículo 28 y el artículo 30, así como evitar confusión con respecto a quién podría ofrecer un compromiso; esto último se podría redactar con el siguiente tenor [se añaden las partes en negrita]:

“Con el fin de reducir al mínimo la apertura de procedimientos principales o para facilitar el tratamiento de los créditos que de otro modo pudieran presentar los acreedores en un procedimiento de insolvencia tramitado en otro Estado,

<sup>14</sup> Para encontrar un razonamiento similar, véase el párr. 197 de la guía.

el representante de la insolvencia de una empresa del grupo **nombrado en este Estado** podrá comprometerse a otorgarles a esos créditos el tratamiento en este Estado que se les habría otorgado en un procedimiento de insolvencia tramitado en ese otro Estado, y el tribunal de este Estado podrá aprobar que se le otorgue ese tratamiento. **Cuando se nombre en este Estado a un representante del grupo (salvo que el representante del grupo y el representante de la insolvencia sean la misma persona), el compromiso ha de ser contraído conjuntamente por el representante de la insolvencia nombrado en este Estado y el representante del grupo<sup>15</sup>.**”

16. El artículo 31 de la ley modelo es similar al artículo 29, salvo por el hecho de que, en virtud del anterior, el procedimiento de insolvencia principal se puede paralizar o denegar. Por lo tanto, las recomendaciones presentadas para la modificación del artículo 29 se pueden aplicar en gran medida al artículo 31 de la ley modelo.

**Recomendación 16.** Para que el artículo 31 coincida con el artículo 30, el anterior podría tener el siguiente tenor:

“Si un representante de la insolvencia (conjuntamente con un representante del grupo, en el caso de que se hubiese nombrado) de otro Estado en el que se esté tramitando un procedimiento de insolvencia ha contraído un compromiso de conformidad con el artículo 30, el tribunal de este Estado podrá:

a) aprobar el tratamiento que habrá de otorgarse en el procedimiento no principal extranjero a los créditos que podría presentar el acreedor de una empresa del grupo en este Estado;”

17. El artículo 32 de la ley modelo contiene dos normas. En el primer párrafo se establecen “otras medidas otorgables” a partir del reconocimiento de un procedimiento de planificación extranjero. En particular, el tribunal podrá paralizar o negarse a abrir en este Estado procedimientos de insolvencia. A nuestro juicio, dicha medida ya figura en el artículo 24 de la ley modelo. Por ejemplo, el artículo 24, párrafo 1 d), permite al tribunal paralizar cualquier procedimiento de insolvencia relacionado con esa empresa del grupo. Según el artículo 24, párrafo 1 i), también se puede otorgar cualquier otra medida.

En el párrafo segundo del artículo 32 se establecen los medios por los que se aprueba una solución colectiva de la insolvencia. En el párrafo 241 de la guía se afirma que dichos medios son distintos a los que se hace referencia en el artículo 26. Esta afirmación no es necesariamente así, puesto que el artículo 26 es bastante flexible y menciona “autorizaciones y confirmaciones exigidas de conformidad con la ley de este Estado”. Esta formulación resulta lo suficientemente amplia como para incluir la aprobación directa del tribunal, tal y como se recomienda en el artículo 32, párrafo 2. Tal vez se podría añadir al artículo 26 la facultad del tribunal de otorgar la medida que se describe en el artículo 24 sin que se reconozca de forma preliminar el procedimiento de planificación.

**Recomendación 17.** Excluir el artículo 32 de la ley modelo. Si fuese necesario, se podrían modificar los artículos 24 y 26 de manera que incorporasen estas disposiciones mediante la reproducción de las que se recomiendan en el artículo 32 de la ley modelo.

<sup>15</sup> La aprobación conjunta es necesaria para que coincida el artículo 30 con el artículo 28, párrafo 1) a) de la ley modelo. Además, somos de la opinión de que la aprobación única por parte del representante de un grupo no debería ser suficiente, puesto que dicha persona podría no ser la encargada de la masa de la insolvencia a la hora de respaldar el compromiso.