

**Asamblea General**

Distr. general
1 de abril de 2010

Original: español

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

43º período de sesiones

Nueva York, 21 de junio a 9 de julio de 2010

**Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia:
proyecto de tercera parte relativa al tratamiento de los
grupos de empresas en situaciones de insolvencia****Recopilación de observaciones presentadas por los gobiernos*****Índice**

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
II. Observaciones recibidas de los gobiernos.....	1	2
A. Bolivia.....	1-11	2
B. Colombia.....	12-32	3
C. España.....	33-34	6

* Conviene señalar que los gobiernos han preparado sus observaciones basándose en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.90 y sus adiciones. Téngase presente que la numeración de las recomendaciones en el documento A/CN.9/WG.V/WP.90 difiere ligeramente de su numeración en el subsiguiente documento A/CN.9/WG.V/WP.92; concretamente, las recomendaciones 226 a 239 del documento inicial figuran como recomendaciones 225 a 238 en la versión revisada.



II. Observaciones recibidas de los gobiernos

A. Bolivia (Estado Plurinacional de)

...

Análisis

1. [Observaciones relativas al documento] A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.1: tratamiento internacional de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia

1. Considerando el artículo 25 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, que establece la cooperación y comunicación directa entre un tribunal de este Estado y los tribunales o representantes extranjeros, y que específicamente prevé que, en los asuntos indicados, el tribunal deberá cooperar en la medida de lo posible con los tribunales extranjeros o los representantes extranjeros, ya sea directamente o por conducto de (indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro).
2. El artículo 25 señala asimismo que el tribunal estará facultado para ponerse en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros o para recabar información o asistencia directa de los mismos.
3. La justificación de este artículo es que con la habilitación de un tribunal, con la oportuna participación de las partes, para comunicarse “directamente” y para solicitar información y asistencia “directamente” del tribunal o del representante extranjero, se trata de evitar que se haya de recurrir a ciertas vías tradicionales demasiado lentas, como sería la carta rogatoria. Esa habilitación es esencial si el tribunal juzga que ha de actuar con celeridad.
4. A fin de recalcar el carácter flexible y potencialmente urgente de la cooperación requerida, tal vez convendría que el Estado promulgante incluya en el texto que promulgue una disposición que habilite expresamente al tribunal para prescindir de ciertas formalidades, contrarias al espíritu de esta disposición (por ejemplo, el recurso a un tribunal superior, la carta rogatoria, la vía diplomática o consular), al comunicarse, conforme a lo previsto en el artículo 25, con un tribunal o un representante extranjero.
5. En cuanto al párrafo d) de la recomendación 245 de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia (condiciones aplicables a la comunicación transfronteriza entre tribunales), su forma de redacción debe dejar de ser reiterativa.
6. Asimismo, respecto a la recomendación 246, convendría que, para un mayor entendimiento, después de las palabras “comunicación”, se agregaran las palabras “entre los tribunales”.
7. Respecto a la recomendación 247 (coordinación de audiencias), el concepto de audiencias “conjuntas” podría crear confusión para el derecho interno del país.
8. Es importante que en el proyecto de recomendación 253 (autoridad para celebrar acuerdos de insolvencia transfronteriza) se mantengan las palabras “en la medida en que lo permita o en la forma en que lo requiera la ley aplicable”; y que en

el proyecto de recomendación 254 (aprobación o ejecución de acuerdos de insolvencia transfronteriza) se mantengan las palabras “en el que intervengan dos o más empresas del mismo grupo”.

2. [Observaciones relativas al documento] A/CN.9/WG.V/WP.90: los grupos de empresas en situaciones de insolvencia en el contexto nacional

9. Respecto a la recomendación 221 (exclusiones a la consolidación patrimonial) en el entendido que el proyecto de recomendación 220 es una disposición permisiva, será necesario hacer referencia a la recomendación 220, es decir, a que el régimen de la insolvencia debería permitir al tribunal excluir bienes y reclamaciones de una orden de consolidación patrimonial y debería especificar las normas aplicables a esas exclusiones.

10. Es necesaria la aclaración del proyecto de recomendación 225 porque podría haber confusión entre la cuestión de la prelación de un crédito y su valor frente a la suma cobrada del crédito; el valor de un crédito no se vería afectado por una consolidación patrimonial, pero sí podría verse afectado el cobro del mismo.

...

4. Posición del Ministerio de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia

11. Posteriormente, el 13 de enero de 2010, el Viceministerio de Justicia y Derechos Fundamentales a.i. del Ministerio de Justicia, comunica que esa institución no tiene observación alguna acerca de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, empero, solicita remitir los resultados del 38° período de Sesiones del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) de la Comisión a los diferentes grupos de trabajo, a fin de que dichos criterios sean incorporados más adelante en la elaboración de la normativa.

B. Colombia

1. Observaciones realizadas por la Superintendencia de Sociedades de Colombia

...

Documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.90, referido a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia: cuestiones de ámbito nacional

12. En el comentario, el párrafo 88, referido a la financiación posterior a la solicitud, contiene el mismo texto que el párrafo 96, referido a la necesidad de financiación posterior a la apertura, por lo que valdría la pena suprimir alguno de los dos.

13. Recomendación 220: Según la recomendación, quien toma la decisión de consolidación patrimonial es el tribunal competente para conocer el procedimiento de insolvencia. La recomendación, en los literales a) y b), limita las circunstancias limitadas en que procedería dictar una orden de consolidación (en el sistema colombiano no se prevé la posibilidad de instrumentar una orden en este sentido). En el literal b) se plantea la circunstancia de que se determine que las empresas del grupo practican actividades fraudulentas o intervienen en negocios sin legitimidad

comercial alguna; en algunas jurisdicciones, entre ellas la colombiana, el juez de la insolvencia no tiene la competencia para calificar actividades de fraudulentas o para decidir sobre la legitimidad o ilegitimidad de las actividades comerciales del deudor, por lo que una disposición de este contenido sería muy difícil de aplicar por el juez que conozca de la insolvencia, pues la calificación del fraude, por ejemplo, es competencia del juez penal.

14. Frente a los demás temas, consideramos adecuado aprobar su contenido.

El documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.90/Add. 1, referido a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia (cuestiones internacionales), fue revisado en el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo V realizado en Viena del 9 al 13 de noviembre de 2009, revisión contenida en el informe A/CN.9/686, respecto del cual tenemos las siguientes observaciones:

15. Respecto a la cláusula de finalidad general para las recomendaciones aplicables a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, consideramos adecuado que la propuesta preparada por la Secretaría, contenida en el párrafo 15 del documento A/CN.9/686, sea incluida en la versión revisada de la tercera parte de la Guía Legislativa.

En lo que se refiere al punto B (Promoción de la cooperación y la coordinación transfronterizas en los casos de insolvencia de grupos de empresas):

16. Coincidimos en la apreciación del Grupo de Trabajo de incluir una nueva recomendación para permitir al representante extranjero el acceso directo a los tribunales y el reconocimiento de los procedimientos extranjeros de insolvencia en los términos en que fue preparada por la Secretaría, y consideramos que es útil tanto para los sistemas que han incorporado la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza como para aquellos que no lo han hecho.

17. En cuanto a la participación de las partes en las comunicaciones, coincidimos en que se permita no a las partes “afectadas” sino a las partes “interesadas” (párrafo 24), cambio a tener en cuenta en la recomendación 245, literal c) y f).

Recomendaciones 240 a 247 relativas a la cooperación con los tribunales

18. Recomendación 240: Habría que revisar la redacción de la recomendación en su versión en español. Al inicio de la recomendación se hace referencia a un tribunal que conoce la insolvencia de una empresa del grupo, y luego habla de “esos” procedimientos, cuando previamente se había referido a uno solo; además, los procedimientos que deberían coordinarse no son sólo los entablados contra la misma empresa del grupo sino contra ésta y otras empresas del grupo, que pudiera afectar justamente la insolvencia del “grupo” y no sólo la de una empresa integrante del mismo. La sugerencia sería que la última frase se cambiara “contra la misma empresa del grupo” por “contra empresas del mismo grupo”.

19. Recomendación 242: Estamos de acuerdo en que los literales b) a d) son medios de comunicación y por tanto estarían incluidos en la descripción del literal a).

20. Recomendación 245: Si bien parece adecuado notificar a las partes interesadas acerca de las comunicaciones entre los tribunales de la insolvencia o entre éstos y

los representantes de la insolvencia, no parece útil ni práctico permitir la participación de esas partes interesadas en la comunicación. Esa garantía excesiva se podría traducir en un tema inmanejable en un proceso en el que normalmente tienen intereses un número múltiple de personas. Al igual que sus representantes, podría determinarse que esta posibilidad debería darse, por ejemplo, al comité de acreedores, que en teoría representa los intereses de los acreedores. Parece también razonable que fuera el Tribunal mismo el que tuviera la opción de determinar la conveniencia o no de la participación del representante de la insolvencia o de algunos de los interesados en la comunicación; más aún cuando ello quedará en el expediente correspondiente a la transcripción de la comunicación, la cual sí estará disponible para la totalidad de las partes.

21. En cuanto al representante de la insolvencia, el párrafo 38 del documento se refiere a la cooperación entre representantes de la insolvencia. Sobre este particular vale la pena mencionar que en algunos regímenes, como el colombiano, en los procesos de recuperación propiamente de reorganización, el representante de la insolvencia suele cumplir sus funciones paralelamente con un deudor en posesión, pues la insolvencia no tiene como efecto el desapoderamiento del deudor. En razón de lo anterior, sólo en los procesos liquidatorios, el representante de la insolvencia se encarga de la administración diaria de la masa de la insolvencia del deudor, y en los procesos de reorganización, le corresponderá al deudor cumplir en algunos eventos con la coordinación con otros representantes de la insolvencia o con otros tribunales.

Recomendaciones 248 a 250, relativas al representante de la insolvencia

22. Recomendación 250: La cooperación entre representantes de la insolvencia sólo es posible si el tribunal autoriza las actividades descritas en los literales a) a e); valdría la pena revisar si en lugar de determinar que estas facultades corresponden al representante de la insolvencia, se describieran como medidas que podría autorizar el tribunal, y no como ejercicio de una potestad del representante de la insolvencia, quien en la práctica actúa bajo la directa supervisión del tribunal por el cual fue designado.

Recomendaciones 251 y 252:

23. Estamos de acuerdo en modificar el texto propuesto de la finalidad de las disposiciones legislativas, en atención a que la decisión de nombrar un único representante de la insolvencia en múltiples procedimientos debe corresponder al tribunal o tribunales que conozcan de un caso, cuando encuentren que esa decisión es conveniente para la eficacia del proceso y cuando esa decisión no genere conflictos de interés.

24. Recomendación 252: El tribunal debe evaluar los conflictos de interés que surjan antes de adoptar una decisión sobre el nombramiento de un único representante de la insolvencia. Con su decisión, el tribunal debe tratar de resolver la insolvencia, y no crear conflictos.

25. Frente a los demás temas de que trata el documento A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.1, estamos de acuerdo en su contenido.

26. Labor futura: Consideramos que es necesario tener información más detallada para apoyar alguno o algunos de los temas propuestos en la última reunión del

Grupo de Trabajo V sobre el Régimen de la Insolvencia. Sin embargo, vemos con interés la posibilidad de trabajar en la responsabilidad de los administradores y directivos de empresas en insolvencia.

...

2. Observaciones realizadas por la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales

...

27. Las leyes modelo elaboradas por la CNUDMI tienen como objetivo establecer guías y referencias para los Estados interesados en regular temas de derecho mercantil internacional. Estos documentos no configuran tratados; por ende, no crean ningún tipo de obligación para los Estados y son éstos los que deciden libremente si adoptan o no las leyes modelos y las incorporan a su derecho interno.

28. Sin embargo, es preciso señalar que con miras a que se cumpla su objetivo de lograr una legislación homogénea en materia mercantil, a nivel internacional, y que los Estados regulen de manera similar estos temas, las leyes modelo deben ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno con el menor número de modificaciones.

29. Se destaca como un gran logro, en la legislación mercantil colombiana, la inclusión de las normas de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza de 1997 en el título III de la Ley 116 de 2006, “por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones”.

30. De acuerdo con lo señalado por el Grupo de Trabajo V, en relación con el tratamiento de la insolvencia de grupos de empresas, es conveniente que el régimen de la insolvencia, en especial las disposiciones de insolvencia transfronteriza, prevean la existencia de grupos de empresas.

31. Actualmente, la legislación mercantil colombiana no cuenta con disposiciones que sean aplicables a la situación de insolvencia de estos grupos. Si bien se prevé la insolvencia transfronteriza, ésta se centra en los procedimientos de insolvencia contra el mismo deudor y no contra distintas empresas de un mismo grupo.

32. Conviene, por consiguiente, elaborar un estudio de legislación vigente en la materia con el fin de determinar la forma adecuada para facilitar el tratamiento de la insolvencia de los grupos de empresas, teniendo en cuenta que desde ya se cuenta con la ventaja de haber incorporado en la legislación interna, por medio de la Ley 116 de 2006, los principios de cooperación transfronteriza, los cuales rigen también para los grupos de empresas.

...

C. España

33. Antes de entrar en los detalles, conviene dejar constancia de la felicitación a UNCITRAL (y en particular a los miembros de su Secretaría) por el trabajo realizado, el cual se manifiesta como una fórmula idónea para completar el texto de

la Guía, un instrumento éste de primer orden para la unificación y mejora del Derecho de la Insolvencia en todos los Estados.

1. Observación general

34. En la versión en español, los términos han de ser “miembro del grupo de empresas” o “miembro de un grupo de empresas”, según se aplique en cada caso, en vez de “empresa del grupo” o “empresa de un grupo”. Tal modo de decir ha de aplicarse a todo el documento.

35. Cuando el documento se refiere a “procedimientos de insolvencia contra”, debería decir “procedimientos de insolvencia relativos a”. Ha de advertirse que el rechazo a la expresión “procedimientos de insolvencia contra”, contenido en la presente observación, ha de extenderse igualmente a la versión en inglés y en francés: los procedimientos de insolvencia se abren de modo que afectan a un deudor (o más), pero no contra ese deudor (u otros). El que en la Guía aparezca (en dos ocasiones) la expresión aludida, no ha de dar carta de naturaleza a su empleo indiscriminado¹.

2. Observaciones sobre el documento A/CN.9/WG.V/WP.90

36. Glosario: la definición “Grupo de empresas” [letra a)] dice: “el que está formado por dos o más empresas que están vinculadas entre sí por alguna forma de control o una participación importante en su capital”. Se propone que diga “dos o más empresas que están vinculadas entre sí por alguna forma de control o una participación importante”. Así se pretende evitar, por un lado, toda idea de “formación” en el grupo, a fin de incluir lo que podría calificarse como grupos fácticos: éstos constituyen una situación de grupo, pese a no estar “formados” como tales. Por otra parte, la supresión de la referencia al capital trata de hacer ver que las agrupadas pueden ser entidades diferentes a las sociedades de capital.

37. N° marg. 9 a 18 (“naturaleza”, letra A): quizá convendría introducir alguna mención a la modificabilidad del grupo para hacerla más evidente (a veces los grupos nacieron pequeños y fueron diversificándose, creciendo, y otras, los grupos resultaron ser fruto de una escisión: v.gr., la adquisición de un grupo por otro, la segregación de una parte del grupo, etc.). La idea sería impedir que esa parte del documento pudiese dar una impresión excesivamente estática de los grupos de empresas que, en realidad, como afirma el documento, son una realidad de intensa vitalidad económica (quizá bastaría con una referencia a los N° marg. 20-21, en algún lugar, o en algunos, a los N° marg. 9-18).

38. N° marg. 118, segunda frase. Dice: “una empresa conexas perteneciente al grupo”. Debe decir: “un miembro del grupo”².

39. N° marg. 119, *in fine*. Dice: “las empresas conexas de un grupo”. Debe decir: “los miembros pertenecientes a un grupo”.

¹ Para el documento a que las presentes observaciones se refieren (A/CN.9/WG.V/WP.90), igual corrección habría de practicarse en las siguientes instancias: N° marg. 80, *in fine*; N° marg. 57, segunda frase; N° marg. 130, *in fine*; N° marg. 143, segunda frase.

² Se advierte que el lugar paralelo en la lengua inglesa podría corregirse (por redundante: “*related group member*”).

40. N° marg. 124, tercera frase. Dice: “la sociedad matriz”. Debe decir: “la entidad matriz”.
41. N° marg. 132, primera frase. Dice: “de cada empresa”. Debe decir: “de cada entidad”³.
42. N° marg. 132, segunda frase. Dice: “de cada empresa del grupo,”. Debe decir: “de cada entidad”. La idea puede quizá extenderse a la versión en inglés y en francés, en las que cabe sustituir el vocablo, respectivamente: “enterprise’s” y “l’entreprise», por “entity’s,” “l’entité”.
43. Recomendación 237 letra c) (según la versión de A/CN.9/686, N° marg. 122). Habrá de ser revisada para alinearla con las sugerencias expresadas, una vez que adopte su definitiva forma.
-

³ Otro tanto en el N° marg. 181, segunda frase.