



Asamblea General

Distr. general
4 de mayo de 2010
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

43° período de sesiones

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

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia Tercera parte: Tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia

Nota de la Secretaría: revisiones de los documentos A/CN.9/WG.V/WP.92 y A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.1*

1. En la presente nota se exponen las enmiendas y adiciones introducidas en el proyecto de tercera parte de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia (que figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.92 y Add.1) a raíz de las deliberaciones mantenidas y de las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo V en su 38° período de sesiones, celebrado del 19 al 23 de abril de 2010 (véase el informe sobre ese período de sesiones en el documento A/CN.9/691).

2. Por razones de economía, en esta nota se presenta únicamente el texto revisado de las recomendaciones o de las partes de recomendaciones y de las partes del comentario que se enmendaron o agregaron en ese período de sesiones del Grupo de Trabajo V. Las recomendaciones, las partes de recomendaciones y los párrafos del comentario que no figuran en el presente documento no han variado y siguen teniendo el mismo enunciado que en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.92 y Add.1. Los números de párrafos y de frases remiten a los de los documentos A/CN.9/WG.V/WP.92 y Add.1.

* Este documento se presenta con retraso, pues ha habido que finalizar las consultas.



Introducción y cláusula de la finalidad (véase A/CN.9/691, párr. 15)

1. En su 38º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en agregar palabras al texto para aclarar lo que se entendía por “con mayor eficiencia procesal y en provecho” de los grupos de empresas. Esta cláusula de la finalidad pretende explicar que el régimen de la insolvencia no sólo debería abordar la insolvencia de cada empresa de un grupo sino que, cuando procediera, debería considerar también el contexto del grupo en el que se produce cada uno de los procedimientos de insolvencia y la forma en que cada empresa funciona dentro del grupo. Por consiguiente, el régimen de la insolvencia debería facilitar que se abordaran las dificultades financieras de las empresas afectadas de forma que no sólo se trate la situación de empresas individuales sino que se tome en consideración el contexto del grupo, a fin de lograr una solución con mayor eficiencia procesal en provecho del grupo en su conjunto.

2. La Comisión tal vez desee estudiar la forma en que cabrá incorporar esa explicación a la cláusula de la finalidad, mediante una nota de pie de página o sustituyendo las palabras “con mayor eficiencia procesal y en provecho” por palabras como “una solución mejor y más eficaz de la insolvencia”.

I. Rasgos generales de los grupos de empresas**Comentario, párrafo 1** (véase A/CN.9/691, párr. 17)

3. Quinta frase: en la versión inglesa, sustitúyase “legal persona” por “legal personality”.

Comentario, párrafo 9 (véase A/CN.9/691, párr. 18)

4. Nueva cuarta frase: “En algunos casos, la empresa matriz puede ser una entidad no constituida, como una fundación u otro tipo de organización sin ánimo de lucro”.

5. Nota 9 de pie de página: “Una sociedad de cartera (holding) o una empresa matriz o una entidad posee suficientes acciones y derechos de voto de otra empresa para determinar su política de operaciones financieras. El término puede designar a una empresa o entidad que por sí misma no produzca bienes ni preste servicios, pero cuya finalidad sea ser titular de acciones de otras empresas (o, pura y simplemente, conseguir ser propietaria de otras empresas)”.

**II. La insolvencia en el seno de un grupo de empresas:
cuestiones de ámbito nacional****B. Solicitud y apertura****1. Solicitud conjunta de apertura****Recomendación 200 b)** (véase A/CN.9/691, párr. 24)

“200. b) Un acreedor, siempre y cuando:

- i) Sea acreedor de cada una de las empresas del grupo que vaya a ser objeto de la solicitud conjunta; y
- ii) Cada una de esas empresas del grupo satisfaga las condiciones de apertura aplicables de acuerdo con la recomendación 16.”

2. Coordinación procesal

Comentario, párrafo 22 (véase A/CN.9/691, párr. 26)

6. Primera frase: Sustitúyanse las palabras “y de otras partes con intereses jurídicamente reconocidos” por “y de las partes interesadas”.

Comentario, párrafo 26 (véase A/CN.9/691, párr. 31)

“26. En el capítulo III de la segunda parte se analiza la participación de acreedores en procedimientos de insolvencia y, en particular, la formación de comités de acreedores (véanse los párrafos 99 a 114). Las consideraciones examinadas serían también aplicables en el contexto de procedimientos de insolvencia entablados respecto de empresas pertenecientes a un grupo. En relación con esos procedimientos, es posible que los intereses de los acreedores de los diferentes miembros del grupo sean divergentes y no puedan estar representados en un solo comité. No obstante, puede darse también el caso de que, cuando se ordene la coordinación procesal de muchos miembros del grupo, establecer un comité de acreedores para cada miembro por separado pudiera resultar sumamente costoso e ineficiente para la administración de los procedimientos. Por esa razón, en algunos Estados los tribunales pueden decidir no establecer, en circunstancias apropiadas, un comité para cada empresa del grupo que esté sujeta a un procedimiento de insolvencia. Esas circunstancias pueden darse cuando los intereses de los acreedores de los diferentes miembros del grupo de empresas no difieran y puedan ajustarse y quedar debidamente protegidos por un único comité o cuando las empresas afectadas del grupo tengan acreedores comunes. La conveniencia de formar un único comité puede depender también de si los acreedores pueden participar en los procedimientos de insolvencia en virtud del régimen de la insolvencia aplicable (véase la segunda parte, capítulo III, párrs. 75 a 83) y de si esa participación puede verse facilitada por un comité de acreedores (véase la segunda parte, capítulo III, párrs. 99 a 112). Cuando no sea apropiado establecer un único comité de acreedores, convendrá facilitar la coordinación entre los diversos comités en los distintos procedimientos.”

Comentario, párrafo 37 (véase A/CN.9/691, párr. 26)

7. En la versión inglesa, sustitúyase en todo el párrafo “reversal” por “termination” (en la versión en español se emplea siempre el término “revocar”).

Recomendación 203, nota 26 de pie de página (véase A/CN.9/691, párr. 29)

8. Segunda frase: “Por consiguiente, un mandamiento de coordinación procesal puede requerir la adopción de medidas por parte de un tribunal o de más de un tribunal”.

Recomendación 204 (véase A/CN.9/691, párr. 30)

“204. La coordinación procesal podrá consistir, por ejemplo, en el nombramiento de un único o mismo representante de la insolvencia; el establecimiento de un único comité de acreedores, cuando proceda; en medidas de cooperación judicial, como la coordinación de las audiencias; en medidas de cooperación entre los representantes de la insolvencia, como el intercambio de información y la coordinación de las negociaciones; en el envío conjunto de las notificaciones; en la coordinación entre los comités de acreedores; en la coordinación de los procedimientos para la presentación y verificación de los créditos; y en la coordinación de los procedimientos de impugnación. El tribunal debería especificar el alcance de la coordinación procesal decretada.”

C. Trato otorgable a los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia**b) Financiación posterior a la apertura****Comentario, párrafo 56** (véase A/CN.9/691, párr. 37)

9. Sustitúyase “partes allegadas” por “personas allegadas”. Cuando la tercera parte de la Guía se integre en las demás partes de la Guía, habría que aclarar que la mención, en el párrafo 56, del “párrafo jj) del glosario” se refiere al glosario que actualmente figura antes de la primera parte de la Guía.

Recomendación 212 b) (véase A/CN.9/691, párr. 40)

“212. b) Determine que cualquier perjuicio que se ocasione a los acreedores será compensado por el beneficio reportado por el adelanto de esos fondos o por la garantía real u otra forma de afianzamiento otorgada.”

D. Recurso a la vía judicial**3. Consolidación patrimonial****Comentario, párrafos 106 y 107** (véase A/CN.9/691, párr. 46)

10. En estos párrafos, sustitúyase siempre “consolidación” por “consolidación patrimonial”.

Recomendación 221 (véase A/CN.9/691, párr. 46)

“221. En casos en los que el régimen de la insolvencia prevea, con arreglo a la recomendación 220, el recurso a una consolidación patrimonial, el régimen de la insolvencia debería:

- a) Facultar al tribunal para excluir ciertos bienes y créditos del alcance de una orden de consolidación; y
- b) Especificar las circunstancias en que tales exclusiones podrían ser apropiadas.”

Comentario, párrafo 136: Exclusiones de la aplicación de una orden de consolidación patrimonial (véase A/CN.9/691, párr. 49)

11. Primera frase: “Por ejemplo, si es fácil identificar al propietario de ciertos bienes que no haya participado en el plan fraudulento o si resulta posible aislar ciertos negocios de las empresas consolidadas del grupo del fraude cometido, si la inclusión de determinados bienes en una orden de consolidación patrimonial puede exacerbar las consecuencias de un fraude, o si se trata de bienes engorrosos, como los bienes que entrañan una responsabilidad ambiental o los que serían difíciles o caros de administrar (véase la segunda parte, capítulo II, párr. 88)”.

Recomendación 224 c) (véase A/CN.9/691, párr. 51)

“224. c) Los créditos contra las empresas del grupo afectadas por dicha orden sean tratados como si fueran créditos contra la única masa patrimonial.”

Recomendación 228 (véase A/CN.9/691, párr. 53)

“228. 1) El régimen de la insolvencia debería indicar la fecha a partir de la cual se habrá de calcular el período de sospecha respecto de las operaciones de impugnación del tipo que se menciona en la recomendación 87, cuando se decrete una consolidación patrimonial respecto de dos o más empresas pertenecientes a un grupo.

2) La fecha especificada a partir de la cual se calculará retroactivamente el período de sospecha de acuerdo con la recomendación 89 podrá ser:

a) Una fecha distinta para cada empresa del grupo incluida en la orden de consolidación patrimonial, pudiendo ser tanto la fecha de la solicitud de apertura como la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia respecto de cada una de esas empresas; o

b) Una misma fecha para todas las empresas del grupo incluidas en la consolidación patrimonial, que podrá ser, o bien i) la primera de las fechas de solicitud de apertura o de apertura de un procedimiento de insolvencia respecto de esas empresas del grupo; o bien ii) la fecha en que se presentaran todas las solicitudes de apertura o en que se abrieran todos los procedimientos.”

Recomendación 231 (véase A/CN.9/691, párr. 55)

“231. El régimen de la insolvencia debería establecer los requisitos para dar aviso de toda solicitud y de toda orden de consolidación patrimonial o de modificación de una consolidación patrimonial, indicándose además su alcance; las partes a las que se deberá dar aviso; el autor de dicho aviso; y su contenido.”

E. Participantes

Recomendación 236 (véase A/CN.9/691, párrs. 59 y 60)

“236. El régimen de la insolvencia debería especificar que la cooperación en la medida de lo posible entre representantes de la insolvencia se llevará a cabo por cualquier medio apropiado, en particular:

c) Coordinando la administración y supervisión del negocio de toda empresa del grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia, prestando particular atención al curso normal de cada negocio que haya de seguir en marcha, así como a la financiación tras la apertura de un procedimiento, la preservación de los bienes de la masa, al uso o la enajenación de dichos bienes, al ejercicio de toda acción de impugnación que proceda, a los contactos con los acreedores y las reuniones de acreedores, a la presentación y admisión de los créditos, incluidos los créditos internos, y a la repartición entre los acreedores del producto disponible a raíz de la realización de los bienes; y

d) Coordinando la propuesta y negociación de planes de reorganización.”

F. Reorganización de dos o más empresas de un grupo

Recomendación 238 (véase A/CN.9/691, párr. 62)

“238. El régimen de la insolvencia debería especificar que una empresa del grupo que no sea objeto de un procedimiento de insolvencia podrá participar voluntariamente en el plan de reorganización propuesto para dos o más empresas del mismo grupo que sí sean objeto de un procedimiento de insolvencia.”

III. Cuestiones internacionales

B. Promoción de la cooperación transfronteriza en los casos de insolvencia de grupos de empresas

2. Acceso a los tribunales y reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros

Cláusula de la finalidad (véase A/CN.9/691, párr. 67)

“La finalidad de las disposiciones sobre el acceso a tribunales extranjeros y el reconocimiento de procedimientos de insolvencia extranjeros respecto de dos o más empresas de un grupo es asegurar que el derecho aplicable permita tal acceso y tal reconocimiento.”

Recomendación 239 b) (véase A/CN.9/691, párr. 68)

“239. b) El reconocimiento de los procedimientos extranjeros, si es necesario, en virtud de la ley aplicable.”

C. Formas de cooperación en que intervengan los tribunales

3. Nombramiento de un representante del tribunal

Comentario, párrafos 14 a 34 (véase A/CN.9/691, párr. 69)

12. En todos estos párrafos habría que agregar, cuando procediera, notas de pie de página suplementarias que remitieran a párrafos concretos de la Guía de prácticas de la CNUDMI sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza.

Comentario, párrafo 37 (véase A/CN.9/691, párr. 71)

13. Cuarta frase: “El tribunal que nombre a esta persona podrá tomar en consideración las competencias que se le exigirán para llevar a cabo sus funciones, así como los problemas de conflictos de interés, e indicará las condiciones en que se autoriza a esta persona a actuar y el alcance de sus facultades.”

Cláusula de la finalidad (véase A/CN.9/691, párr. 73)

“a) Autorizar la cooperación entre los tribunales que se ocupen de procedimientos de insolvencia relativos a distintas empresas de un grupo en diferentes Estados;

b) Autorizar la cooperación entre los tribunales y los representantes de la insolvencia nombrados para administrar esos distintos procedimientos; y”

Recomendaciones 240 a 245 (véase A/CN.9/691, párrs. 74 a 80)

“240. El régimen de la insolvencia debería permitir que el tribunal que sea competente en un caso de insolvencia transfronteriza que afecte a una empresa de un grupo coopere en el mayor grado posible con los tribunales extranjeros o los representantes extranjeros, ya sea directamente o por conducto del representante de la insolvencia o de otra persona designada para actuar conforme a las instrucciones del tribunal, a fin de facilitar la coordinación de esos procedimientos con los procedimientos de insolvencia entablados en otros Estados contra la misma empresa del grupo.

241. En el régimen de la insolvencia debería especificarse que se mantendrá el mayor grado posible de cooperación entre los tribunales y entre los tribunales y los representantes extranjeros por cualquier medio apropiado, en particular:

a) Comunicando información por cualquier medio que el tribunal considere oportuno, inclusive proporcionando al tribunal extranjero o al representante de la insolvencia extranjero copias de los documentos emitidos por el tribunal o que se hayan registrado o vayan a registrarse en el tribunal en relación con las empresas del grupo sujetas a procedimientos de insolvencia o con la participación en comunicaciones con el tribunal extranjero o el representante de la insolvencia extranjero;

242. El régimen de la insolvencia debería permitir que el tribunal competente en un procedimiento de insolvencia entablado contra una empresa de un grupo se ponga en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros o recabe información o asistencia directa a los mismos en lo que

respecta a ese procedimiento y a los procedimientos entablados en otros Estados contra empresas de ese mismo grupo.

243. El régimen de la insolvencia debería especificar que las comunicaciones entre los tribunales y entre tribunales y los representantes extranjeros estarán sujetas a las siguientes condiciones:

244. El régimen de la insolvencia debería especificar que la comunicación directa entre el tribunal y los tribunales o representantes extranjeros no implicará:

c) Una renuncia, por alguna de las partes, a alguno de sus derechos sustantivos o procesales o a sus créditos; ni

245. El régimen de la insolvencia podrá permitir que el tribunal realice una audiencia en coordinación con un tribunal extranjero. Cuando se coordinen las audiencias, deberán imponerse algunas condiciones para salvaguardar los derechos sustantivos y procesales de las partes y la jurisdicción de cada tribunal. En esas condiciones cabría enunciar las reglas aplicables a la sustanciación de la audiencia; los requisitos para dar notificación; el método de comunicación que deba emplearse; las condiciones que deberán regir el derecho a comparecer y a ser oído; las formas de presentación de documentos al tribunal y la posibilidad de que un tribunal extranjero disponga de dichos documentos; y la limitación de la jurisdicción de cada tribunal a las partes que comparezcan ante él. Con independencia de la coordinación de las audiencias, cada tribunal seguirá siendo responsable de llegar independientemente a su propia decisión respecto de los asuntos que se hayan sometido a su consideración.”

D. Formas de cooperación en que intervengan representantes de la insolvencia

1. Cooperación por parte de representantes de la insolvencia

Cláusula de la finalidad (véase A/CN.9/691, párr. 82)

“La finalidad de las disposiciones legislativas en materia de cooperación entre representantes de la insolvencia en el contexto de grupos de empresas multinacionales es la siguiente:

a) Autorizar la cooperación entre representantes de la insolvencia encargados de administrar procedimientos de insolvencia respecto de distintas empresas de un mismo grupo en diferentes Estados; y”

Recomendaciones 246 y 247 (véase A/CN.9/691, párr. 83)

“246. El régimen de la insolvencia debería permitir que el representante de la insolvencia al que se haya encomendado la administración de un procedimiento de insolvencia respecto de una empresa de un grupo coopere en el mayor grado posible, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, con los tribunales extranjeros, a fin de facilitar la coordinación de ese procedimiento con los procedimientos de insolvencia entablados en otros Estados respecto de empresas pertenecientes al mismo grupo.

247. El régimen de la insolvencia debería permitir que el representante de la insolvencia al que se haya encomendado la administración de un procedimiento de insolvencia respecto de una empresa de un grupo coopere en el mayor grado posible, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, con los representantes extranjeros nombrados para administrar procedimientos entablados en otros Estados respecto de empresas pertenecientes a ese mismo grupo, a fin de facilitar la coordinación entre esos procedimientos.”

Recomendación 248 (véase A/CN.9/691, párr. 92)

“248. El régimen de la insolvencia debería permitir que el representante de la insolvencia encargado de administrar un procedimiento de insolvencia que afecte a una empresa de un grupo, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, se ponga en comunicación directa con los tribunales extranjeros, o les solicite directamente información o asistencia, respecto de ese procedimiento y de los procedimientos entablados en otros Estados respecto de empresas de ese mismo grupo.”

Recomendaciones 249 y 250 (véase A/CN.9/691, párrs. 83 y 84)

“249. El régimen de la insolvencia debería permitir que el representante de la insolvencia encargado de administrar un procedimiento de insolvencia contra una empresa de un grupo, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, se ponga en comunicación directa con los representantes extranjeros encargados de administrar los procedimientos entablados en otros Estados respecto de empresas de ese mismo grupo en relación con esos procedimientos.

250. En el régimen de la insolvencia debería especificarse que la cooperación en el mayor grado posible entre representantes de la insolvencia podrá ponerse en práctica por cualquier medio apropiado, procurando en particular:

d) Coordinarse entre sí en la administración y supervisión del negocio de toda empresa del grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia, concretamente las operaciones cotidianas cuando vaya a mantenerse el negocio en marcha; la financiación posterior a la apertura de un procedimiento; la preservación de los bienes; la utilización y enajenación de los bienes; la aplicación de los poderes de anulación; la comunicación y las reuniones con los acreedores; la presentación y admisión de créditos, inclusive de los créditos entre empresas del grupo y las distribuciones entre los acreedores; y”

2. Nombramiento de un único o mismo representante de la insolvencia

Comentario, párrafo 46 (véase A/CN.9/691, párr. 85)

14. Primera frase: Al final de esta frase agréguese una remisión a los párrafos 36 a 47 del capítulo III de la segunda parte, relativos al nombramiento del representante de la insolvencia, inclusive sus calificaciones, así como una referencia al párrafo v) del glosario.

Recomendación 251 (véase A/CN.9/691, párr. 87)

“251. El régimen de la insolvencia debería permitir que el tribunal, en casos apropiados, coordine con tribunales extranjeros el nombramiento de un mismo o único representante de la insolvencia para encomendarle la administración de los procedimientos de insolvencia que afecten, en distintos Estados, a empresas de un mismo grupo, siempre y cuando ese representante de la insolvencia tenga las competencias requeridas en cada uno de los Estados pertinentes para ejercer ese cargo. En la medida en que lo requiera la ley aplicable, el representante de la insolvencia estará sujeto a la supervisión de cada uno de los tribunales que lo haya nombrado.”
