



Asamblea General

Distr. limitada
20 de diciembre de 2002*
Español
Original: inglés

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

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Nota de la Secretaría

Índice

[El glosario de la Guía figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1; los capítulos I y II de la primera parte figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.2; los siguientes capítulos, todos de la segunda parte, se recogen en los documentos que se indican a continuación: el capítulo II.A y B figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 y Add.4; el capítulo III.A a F, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 a Add.9; el capítulo IV.A a D, en las adiciones 10 y 11; el capítulo V, en la adición 12; el capítulo VI.A a C, en las adiciones 13 y 14; y el capítulo VII.A y B, en la adición 15]

	Párrafos	Página
Segunda parte (continuación)		
IV. Participantes e instituciones	1-14	2
A. El deudor		2
6. Derechos de revisión y apelación		2
C. Acreedores	1-14	2
3. Derechos de revisión y apelación	1-14	2
VI. Administración del procedimiento	15-24	5
D. Régimen aplicable a los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia	15-24	5
1. Introducción	15-17	5
2. Responsabilidad del grupo por las deudas externas	18-23	7
3. Deudas internas	24	8

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



Segunda parte (continuación)

IV. Participantes e instituciones

A. El deudor

6. Derechos de revisión y apelación

[Esta sección se insertaría después del párrafo 230 del documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11]

Nota para el Grupo de Trabajo: teniendo presente el contenido de la sección que sigue sobre los acreedores, cabe preguntarse si el deudor tiene derecho a solicitar la revisión de decisiones que hayan adoptado el representante de la insolvencia o los acreedores. ¿Puede el deudor pedir la destitución o sustitución del representante de la insolvencia? ¿Puede el deudor recurrir contra las decisiones dictadas por el tribunal respecto de distintos aspectos del procedimiento de insolvencia? De ser así, ¿deberían tratarse esas cuestiones en la Guía?

En un determinado régimen de la insolvencia, por ejemplo, se considera que el deudor tiene un interés residual en la masa de la insolvencia y que, como parte perjudicada, le asiste el derecho a solicitar que el tribunal revise las acciones o decisiones del representante de la insolvencia (se requiere autorización del tribunal para entablar acciones contra el fideicomisario por enjuiciamiento malicioso o difamación); también tiene derecho a pedir la destitución del representante de la insolvencia.

C. Acreedores

3. Derechos de revisión y apelación

[Pueden insertarse los párrafos siguientes después del párrafo 295 del documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11]

a) Introducción

1. Los principales derechos económicos sobre la masa de la insolvencia corresponden, colectivamente, a los acreedores. Esos intereses en general están salvaguardados por el representante de la insolvencia, que administra la masa para preservar y proteger ante todo en provecho de los acreedores, los bienes que la componen y su valor.

2. Para asegurarse de que los acreedores confíen en la forma en que se salvaguardan sus derechos, conviene que todo régimen de la insolvencia disponga la participación activa de los acreedores en el procedimiento de insolvencia. Como se desprende de los debates que se recogen en el capítulo IV, el grado de esa participación y el papel que se asigne respectivamente a los acreedores, al representante de la insolvencia y a los tribunales en el proceso decisorio varían considerablemente de un régimen a otro. No obstante, en la mayoría de ellos se faculta en cierta medida a los acreedores, en calidad de beneficiarios principales de la masa de la insolvencia, para examinar tanto el procedimiento de administración

de la masa de la insolvencia como la actuación del representante de la insolvencia y el cumplimiento de sus funciones. Cuando corresponde a los tribunales dictar decisiones relacionadas con la administración de la masa, por lo general es posible recurrir contra esas decisiones ante un tribunal superior, aunque en algunos regímenes ciertos tipos de decisiones no son apelables (por ejemplo, las decisiones por las que se designa al juez supervisor del procedimiento o se abre el procedimiento de insolvencia).

3. Cabe observar, sin embargo, que, al examinar las facultades que se otorgarán a los acreedores para impugnar los actos o decisiones del representante de la insolvencia, es casi imposible evitar que surjan desacuerdos, en particular por el hecho de que el representante de la insolvencia ha de obrar al servicio de los intereses de todos los acreedores y adoptará decisiones que un determinado acreedor podrá no apoyar o aprobar. Sin embargo, en circunstancias normales, ese tipo de insatisfacción no será motivo para que el tribunal acceda a sustituir al representante de la insolvencia o autorice al acreedor a entablar una acción contra aquél.

b) Revisión de los actos y omisiones del representante de la insolvencia

4. Cuando en el régimen de la insolvencia se faculta al acreedor para impugnar los actos o decisiones del representante de la insolvencia y cuando éste no está de acuerdo o rechaza la impugnación, las vías de recurso del acreedor y los requisitos procesales y probatorios que se apliquen dependerán generalmente en gran medida del papel que en un determinado régimen de la insolvencia se asigne a los acreedores en el procedimiento de insolvencia.

5. Cuando el régimen prevé que la junta general de acreedores o el comité de acreedores supervisen o aprueben las acciones o decisiones del representante de la insolvencia, los acreedores pueden gozar de un alto grado de protección. Sin embargo, cuando el ejercicio de esa función de supervisión o aprobación añade etapas al procedimiento de administración de la masa de la insolvencia, puede suceder que el procedimiento resulte más oneroso y se socave su eficacia. Por esas razones será necesario que en un régimen de la insolvencia se regule, por un lado, el grado en que se requerirá la supervisión o aprobación de los acreedores (lo que entraña definir los actos y las decisiones sujetos a aprobación y el procedimiento para obtener esa aprobación y, por otro, la independencia de que gozará el representante de la insolvencia y la necesidad de que el procedimiento de insolvencia se sustancie con rapidez y economía de medios. El peso relativo de esos dos factores a veces concurrentes varía de un régimen a otro. Otros factores pertinentes que tal vez deban tenerse en cuenta en todo régimen de la insolvencia son el grado de supervisión del procedimiento de insolvencia y del representante de la insolvencia por parte del tribunal y la forma de equilibrar esa función con la participación de los acreedores.

c) Motivos de revisión

6. En todo régimen de la insolvencia deben enunciarse expresamente los motivos por los que un acreedor podrá impugnar las decisiones del representante de la insolvencia o la forma en que se administra el procedimiento de insolvencia, así como las decisiones susceptibles de impugnación. Los motivos previstos en los regímenes vigentes para que un acreedor entable una acción pueden dividirse en dos categorías principales.

7. En la primera categoría figuran aquellos regímenes en que se otorgan ciertos derechos a los acreedores cuando se demuestra que el representante de la insolvencia ha cometido algún acto ilícito. Ese acto puede consistir en un delito, como la malversación de fondos o de bienes o la obtención de la aprobación de los acreedores por medios indebidos; en errores de procedimiento, como no haber solicitado la aprobación requerida de los acreedores o de un comité de acreedores o no haber realizado algún otro acto exigido por la ley; o en negligencia en el cumplimiento de su cometido. En algunos regímenes se limita a algunas de esas circunstancias, si no a todas, el derecho de los acreedores a impugnar la actuación del representante de la insolvencia.

8. En la segunda categoría figuran los regímenes que prevén los motivos enumerados en el caso de la comisión de actos ilícitos y que, además, disponen que los acreedores podrán impugnar, generalmente ante los tribunales, toda decisión, acto u omisión del representante de la insolvencia que un determinado acreedor o los acreedores colectivamente cuestionen o desaprueben. Para que una acción prospere, deberá basarse por lo general en motivos análogos a los que se enumeraron en el párrafo anterior, aunque podrá fundarse también en una prueba de que la decisión, acto u omisión del representante de la insolvencia menoscaba los intereses de los acreedores. Para impedir el entorpecimiento injustificado del procedimiento de administración de la masa de la insolvencia, el régimen de la insolvencia podrá imponer limitaciones adecuadas consistentes, por ejemplo, en ajustar los requisitos probatorios para que el tribunal dé curso a la apelación de los acreedores o en declarar inapelables ciertos aspectos del procedimiento de administración de la masa de la insolvencia, excluyendo, por ejemplo, las acciones a que pueda dar lugar la apertura de un procedimiento de insolvencia.

d) Procedimientos de revisión

9. La forma de regular la impugnación por los acreedores del procedimiento de administración de una masa de la insolvencia dependerá en gran parte de las normas que rijan la actuación del representante de la insolvencia y de la eventual participación activa de los acreedores en el procedimiento de administración. Por ejemplo, en aquellos regímenes en que se disponga que el representante de la insolvencia debe obtener la aprobación de los acreedores, o de sus representantes, antes de realizar determinados actos, el hecho de que los acreedores participen directamente en el proceso decisorio hará generalmente innecesario que esos actos estén sujetos a un procedimiento de revisión, salvo cuando el representante de la insolvencia haya inducido a error a los acreedores.

10. Cuando no se disponga que los actos del representante de la insolvencia deben ser aprobados previamente por los acreedores, tal vez sea necesario instituir un procedimiento de revisión.

11. Ese procedimiento de revisión puede revestir distintas formas. En algunos regímenes se autoriza a los acreedores a solicitar colectivamente una revisión en caso de controversia entre el representante de la insolvencia y un acreedor en particular. En esos regímenes, la idea central es que los acreedores puedan exigir al representante de la insolvencia la convocatoria de una junta de acreedores o del comité de acreedores para tratar de resolver la controversia.

12. Sin embargo, la mayor parte de los regímenes de la insolvencia prevén que los acreedores presenten su impugnación ante los tribunales. En algunos regímenes se permite que un determinado acreedor entable una acción, en tanto que en otros se establece que el acreedor o los acreedores disconformes han de representar un cierto número de acreedores o un porcentaje del valor de la deuda para tener derecho a entablar una acción, o se dispone, incluso, que la acción sea interpuesta por el comité de acreedores o por la junta general de acreedores. La aplicación de uno u otro requisito suele depender de los motivos que dan lugar a la impugnación.

13. La mayor parte de los regímenes de la insolvencia otorgan a los tribunales varias facultades cuando revisan una decisión administrativa que afecta a la masa de la insolvencia y cuando dan efecto a los derechos básicos de los acreedores. Por de pronto, un tribunal puede ordenar al representante de la insolvencia que actúe o se abstenga de actuar de determinada manera, conforme a la impugnación del acreedor. El tribunal también puede estar facultado para confirmar, revocar o modificar las decisiones del representante de la insolvencia o para destituir a éste, ya sea a instancia directa del acreedor disconforme o por iniciativa propia (véase la segunda parte, capítulo IV.B.9). Muchos regímenes disponen que el representante de la insolvencia es personalmente responsable de los daños y perjuicios que haya causado intencionalmente o por negligencia a los acreedores en el desempeño de sus funciones (véase la segunda parte, capítulo IV.B.7). Algunos regímenes disponen también que en tales circunstancias el tribunal pueda imponer una sanción pecuniaria al representante de la insolvencia.

e) Reorganización

14. En un procedimiento de reorganización, los acreedores pueden interponer también otros recursos relacionados concretamente con la aprobación del plan de reorganización y su ejecución, además de entablar las acciones enumeradas en los párrafos anteriores. Esos otros recursos se examinan en el capítulo V.A.8, 10, 13 y 14 de la segunda parte.

VI. Administración del procedimiento

D. Régimen aplicable a los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia

[Pueden insertarse los siguientes párrafos después de las recomendaciones que se formulan a continuación del párrafo 441 del documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14]

1. Introducción

15. Es frecuente que sociedades mercantiles constituyan grupos de empresas y que operen conjuntamente sin perder su personalidad jurídica propia. En caso de insolvencia de una de las empresas integrantes de un grupo, al ser una persona jurídica independiente, pueden plantearse problemas, por lo general complejos, a la hora de determinar el régimen que deba aplicársele. En determinadas situaciones, por ejemplo, cuando una empresa conexas ha dirigido o controlado la actividad comercial de una empresa, las empresas del grupo pueden verse perjudicadas al ser tratadas como personas jurídicas independientes. Puede suceder, por ejemplo, que

no sea posible utilizar los fondos de una empresa para saldar las deudas u obligaciones de una empresa deudora perteneciente al grupo (salvo cuando ésta sea accionista o acreedora de la otra empresa), pese a la estrecha vinculación que existe entre las empresas y al hecho de que tal vez la otra empresa haya participado en la administración de la empresa deudora o haya ejercido su dirección y haya contribuido a que contrajera deudas y obligaciones. Además, cuando la empresa deudora pertenece a un grupo de esa índole, puede ser difícil desentrañar las circunstancias particulares de un caso determinado para deslindar con cuál empresa del grupo trataban ciertos acreedores o las operaciones financieras que se llevaban a cabo en el seno del grupo.

16. Dos cuestiones que requieren especial atención en un procedimiento de insolvencia que afecte a una empresa perteneciente a un grupo mercantil son:

a) la posibilidad de que alguna de las otras empresas del grupo deba hacerse cargo de las deudas externas de la empresa insolvente (considerando que todas las deudas son de la empresa insolvente, salvo las que adeuda a las empresas integrantes del grupo, es decir, las “deudas internas”); y

b) el régimen aplicable a las deudas internas (los créditos que tengan las empresas del grupo frente a la empresa deudora).

17. Los regímenes de la insolvencia resuelven esas dos cuestiones de distintas maneras. En algunos se aplica un criterio prescriptivo, por el que se circunscriben rigurosamente las circunstancias en que podrá otorgarse a las empresas del grupo un trato que no sea el de persona jurídica independiente, es decir, las circunstancias en que una de las empresas podrá ser responsable de las deudas de una empresa deudora también integrante del grupo. En otros regímenes se sigue un criterio menos restrictivo y se da amplia discreción a los tribunales para que evalúen las circunstancias de un caso particular en función de ciertas directrices. La gama de posibles resultados a que da lugar este tipo de regímenes es más amplia que en los regímenes que prevén un criterio prescriptivo. No obstante, en cualquiera de los dos tipos, el trato que se reserva a las cuestiones de responsabilidad dentro del grupo suele fundarse en la relación que existe entre la empresa insolvente y las demás empresas pertenecientes al grupo, en función de quién controle el capital y la administración de aquélla. Una posible ventaja de incluir esas cuestiones en un régimen de la insolvencia radica en que es una forma de incentivar a los grupos mercantiles para que supervisen constantemente las actividades de las empresas que los integran y adopten medidas en cuanto una de ellas experimente dificultades financieras graves. Sin embargo, el hecho de no tratar a las empresas como personas jurídicas independientes puede minar la capacidad de empresas, inversionistas y acreedores para circunscribir los riesgos y adoptar decisiones al respecto (lo que puede revestir particular importancia cuando el grupo cuenta en su seno con una empresa que requiera que se preste atención a la gestión de riesgos, como en el caso de una entidad financiera); puede introducir un considerable grado de incertidumbre que incida en el costo del crédito, en particular cuando un tribunal decida la responsabilidad del grupo frente a la deuda después de que haya sobrevenido la insolvencia; y puede suponer complejas operaciones contables en cuanto a la forma de distribuir las obligaciones entre las empresas del grupo.

2. Responsabilidad del grupo por las deudas externas

18. En los regímenes de la insolvencia se tienen en cuenta diversas circunstancias o distintos factores para determinar si una empresa conexa o una empresa integrante de un grupo debe hacerse cargo de las deudas externas contraídas por otra de las empresas del grupo.

19. En muchos regímenes se dispone que la empresa conexa se haga cargo de las deudas cuando haya otorgado una garantía respecto de sus filiales. De forma análoga, en muchos regímenes se establece la responsabilidad de indemnizar toda pérdida o perjuicio dimanantes de operaciones fraudulentas que se hayan llevado a cabo entre las empresas del grupo. En otras ramas del derecho pueden preverse también soluciones al respecto. En algunas circunstancias, por ejemplo, la ley puede considerar que la empresa insolvente es un agente de la empresa conexa, lo que permitiría a los terceros hacer valer sus derechos directamente frente a la empresa conexa como principal responsable.

20. Cuando el régimen de la insolvencia otorga a los tribunales amplios poderes discrecionales para determinar, conforme a determinadas directrices, la responsabilidad que tienen una o más empresas del grupo por las deudas de otras empresas del grupo, en esas directrices pueden hacerse las consideraciones siguientes: el grado de vinculación entre la administración, los negocios y las finanzas de las empresas; el comportamiento de la empresa conexa frente a los acreedores de la empresa insolvente; la convicción de los acreedores de que operaban con una entidad económica única y no con dos o más empresas del grupo; y el grado en que la situación de insolvencia pueda imputarse a los actos de la empresa del grupo. Teniendo presentes esas consideraciones, un tribunal podrá dictaminar hasta qué punto un grupo ha actuado como entidad económica única y, en algunos regímenes, podrá ordenar que se consoliden o mancomunen el activo y el pasivo de las empresas¹, en particular cuando esa orden pueda coadyuvar a la reorganización del grupo o cuando una de las empresas pueda contribuir financieramente a la masa de la insolvencia, siempre y cuando esas aportaciones no socaven la solvencia de la empresa contribuyente. El pago de las aportaciones se haría por lo general al representante de la insolvencia que administra el procedimiento en beneficio de la masa de la insolvencia en su conjunto.

21. Otra consideración importante que se tiene presente en los regímenes de la insolvencia para instituir ese tipo de medidas es la repercusión que éstas tendrán en los acreedores. A fin de que los acreedores en su conjunto reciban un trato equitativo, deben conciliarse los intereses de dos (o más) grupos de acreedores que hayan tratado con dos (o más) entidades mercantiles independientes. Esos intereses colectivos entrarán en conflicto entre sí si la suma de los activos del conjunto de empresas no alcanza para saldar los créditos. En tal supuesto, es posible que los bienes que corresponderían a los acreedores de una empresa del grupo que posea una base considerable de activos sufran una merma a causa de los créditos que reclamen los acreedores de otra empresa del grupo cuya base de activos sea limitada.

¹ Toda decisión judicial de que un grupo ha funcionado como entidad económica única dará lugar a la aplicación de otras disposiciones del régimen de la insolvencia, por ejemplo, la relativa a la obligación de los directores de impedir que se hagan operaciones comerciales en situación de insolvencia. En algunos regímenes se permite también que en determinadas circunstancias las empresas mancomunen voluntariamente sus activos y pasivos.

Una forma de resolver esta cuestión es determinar si las economías que se lograrían en beneficio de los acreedores colectivamente compensarían o no el eventual perjuicio que podría sufrir cada acreedor. Cuando ambas empresas son insolventes, en algunos regímenes se sopesa si, al no dictarse una orden de consolidación, dando lugar por ende a procedimientos de insolvencia independientes, el procedimiento requeriría más tiempo y dinero y si se agotarían los bienes que de otra forma estarían a disposición de los acreedores, y si ello permitiría que los accionistas de algunas de las empresas del grupo percibieran beneficios a costa de los acreedores de otras empresas del grupo².

22. El principio común a todos los regímenes con disposiciones de este tipo es que, para dictar una orden de consolidación, el tribunal debe estar convencido de que, en caso contrario, los acreedores sufrirían un perjuicio mayor que el que sufrirían las empresas insolventes y los acreedores disconformes, de imponerse tal orden. En algunos ordenamientos se dispone por razones de equidad una consolidación parcial, eximiendo los créditos de ciertos acreedores, que se saldan con determinados activos (a los que no se aplica la orden de consolidación) de una de las empresas insolventes. Las dificultades que surgen en un proceso de compensación de este tipo han hecho que raramente se dicten esas órdenes en los países en cuyos ordenamientos están previstas.

23. Cabe señalar que en los regímenes de la insolvencia que prevén la consolidación los derechos de los acreedores garantizados no se ven afectados, salvo tal vez los de los titulares de garantías reales internas (cuando el acreedor garantizado es una empresa del grupo).

3. Deudas internas

24. Las deudas internas entre las empresas de un grupo pueden regularse de diversos modos. Como se señaló anteriormente (véase el capítulo III.E de la segunda parte), las operaciones efectuadas entre empresas de un grupo pueden estar sujetas a acciones de anulación. En algunos regímenes de la insolvencia que prevén la consolidación, las obligaciones internas cesan cuando se dicta una orden de consolidación. Otro criterio consiste en clasificar las operaciones entre empresas del grupo en una categoría distinta a la de las operaciones que se llevan a cabo entre partes sin vinculación (por ejemplo, puede considerarse que una deuda es una aportación de capital, y no un préstamo dentro del grupo), lo que supondrá que las obligaciones entre empresas del grupo tendrán una prelación inferior respecto de las mismas obligaciones entre partes no vinculadas.

² Algunos regímenes prevén que, antes de proceder a una distribución, se identifiquen por separado a los acreedores de cada empresa pertinente del grupo, además de determinar sus activos y pasivos.