



Asamblea General

Distr. limitada
31 de diciembre de 2007*
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
34º período de sesiones
Nueva York, 3 a 7 de marzo de 2008

Tratamiento de los grupos de empresas en un procedimiento de insolvencia

Nota de la Secretaría

I. Introducción

1. La presente nota se basa en los textos que figuran en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.74 y Add.1 y 2; A/CN.9/WG.V/WP.76 y Add.1 y 2; A/CN.9/WG.V/WP.78 y Add.1; la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia (en adelante, “la Guía Legislativa”); la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (en adelante, “la Ley Modelo”); y los informes del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor que realizó en sus períodos de sesiones 31º, 32º y 33º (A/CN.9/618, A/CN.9/622 y A/CN.9/643, respectivamente). La presente nota incluye una revisión de las recomendaciones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 33º período de sesiones (Viena, 5 a 9 de noviembre de 2007), junto con notas en las que se explican las revisiones y se plantean cuestiones suplementarias que podría examinar el Grupo de Trabajo.

2. Las recomendaciones llevan dos números: su nuevo número lleva el signo final de un paréntesis, mientras que su número anterior, en A/CN.9/WG.V/WP.78 y Add.1, figura entre corchetes.

3. Tal como se explica en las notas sobre las recomendaciones, se han introducido cláusulas de finalidad respecto de los temas que no se habían tratado anteriormente en la Guía Legislativa (por ejemplo, la solicitud conjunta, la coordinación procesal y la consolidación patrimonial). Las cláusulas de finalidad de la Guía Legislativa conservan su validez respecto de las recomendaciones sobre

* La presentación tardía de este documento obedece a que ha habido que finalizar las consultas pertinentes.



temas ya tratados (por ejemplo, los procedimientos de impugnación o anulación) y no se han repetido en la presente nota.

4. Se propone revisar y refundir en un solo texto los comentarios (que figuran como “observaciones generales” en A/CN.9/WG.V/WP.78 y sus adiciones y como textos introductorios en A/CN.9/WG.V/WP.76 y sus adiciones, así como en A/CN.9/WG.V/WP.74 y sus adiciones), a fin de que sea examinado por el Grupo de Trabajo, durante su 35º período de sesiones, en 2008. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar en consideración esta propuesta.

II. Glosario

A. Términos empleados y su explicación

a) “Grupo de empresas”: el que está formado por dos o más empresas, estén o no constituidas en sociedad mercantil, que se encuentren vinculadas entre sí a través de su capital o de alguna forma de control.

b) “Empresa”: toda entidad, cualquiera que sea su forma jurídica, que ejerza una actividad económica, incluidas aquellas que sean propiedad de una sola persona o de una familia, o que revistan la forma de sociedad colectiva o de mera asociación¹.

c) “Capital”: el patrimonio resultante de las aportaciones financieras a una empresa, ya sea en forma de activos financieros o de participaciones en su capital social².

d) “Control”: el poder que suele asociarse al mantenimiento de una posición estratégica en el seno de un grupo de empresas y que permite a quien lo ejerce dominar directa o indirectamente los órganos con capacidad decisoria; para ello no bastará con disponer de cierta medida de control o de influencia. El control que efectivamente se ejerza puede también nacer de un acuerdo contractual en el que se haya previsto un grado de dominio suficiente.

e) “Coordinación procesal”: consiste en la administración coordinada de dos o más procedimientos de insolvencia [separados] [individuales] abiertos contra diversos miembros de un grupo de empresas. Cada miembro sigue siendo una entidad separada y distinta, con su propio activo y pasivo, preservándose así la integridad de cada una de las empresas pertenecientes al grupo³.

¹ De acuerdo con el enfoque adoptado en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, la definición se centra en la realización de alguna actividad económica por parte de entidades que sean conceptuales como una “empresa”. La descripción dada no pretende abarcar ni a los consumidores ni a otras entidades que no sean susceptibles de regirse por el régimen de la insolvencia de un país, conforme a lo previsto en las recomendaciones 8 y 9 de la Guía Legislativa.

² Las participaciones en el capital social pueden estar en manos de consorcios financieros o de otras empresas asociadas.

³ [Fuente: A/CN.9/WG.V/WP.78, párr. 2 f), pág. 3]. El objetivo de la coordinación procesal es promover la eficiencia y economía del procedimiento así como la obtención de información completa sobre las operaciones comerciales de los miembros del grupo sujetos a procedimientos de insolvencia; facilitar la valoración de los bienes y la identificación de los acreedores y de

f) Consolidación patrimonial: [consiste en mancomunar los activos y pasivos de dos o más miembros de un grupo de empresas a fin de crear una única masa de la insolvencia en beneficio de los acreedores de las empresas cuyos patrimonios se hayan consolidado.]⁴

g) “Empresa matriz”: toda empresa que controle directa o indirectamente la administración y las operaciones de otra empresa, influyendo en su junta directiva o eligiendo incluso a sus miembros. Este término puede designar a una empresa que no produzca bienes ni preste servicios, pero que se haya formado con el fin de poseer acciones de otras empresas (o que sea lisa y llanamente propietaria de dichas empresas). [fuente: A/CN.9/WG.V/WP.74, párr. 1 c)]

h) “Empresa filial”: toda empresa que sea propiedad de otra del mismo grupo o que esté controlada por ella. Por lo general las empresas filiales se constituyen con arreglo al derecho interno del Estado en cuyo territorio estén establecidas. [fuente: A/CN.9/WG.V/WP.74, párr. 1 d)]

B. Notas sobre los términos definidos

Grupo de empresas

1. En su 33º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que se explicara el término “grupo de empresas”, sin referencia alguna al contexto jurídico interno o a la actividad comercial o industrial ejercida. Los aspectos internacionales de un grupo de empresas, como pudiera ser el de que le sea aplicable el derecho interno de diversos países o el de que su actividad comercial se desarrolle en diversos Estados, deberán tal vez ser explicados más en detalle en alguna etapa ulterior⁵.

Empresa

2. En su 33º período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que la explicación de lo que constituye una empresa debería abarcar a entidades en forma de consorcio o de fondo financiero, que puedan formar parte de un grupo de empresas con arreglo

otras partes con intereses jurídicamente reconocidos; y, por último, evitar la duplicación de esfuerzos. La coordinación procesal puede incluir los siguientes elementos o parte de ellos: la cooperación entre dos o más tribunales, o de efectuarse en el marco de un solo Estado, la sustanciación del procedimiento que afecte a diversas empresas integradas en el grupo ante el mismo tribunal; el nombramiento de un único representante para administrar las diversas masas de la insolvencia o la coordinación entre representantes de la insolvencia cuando se haya nombrado a dos o más representantes; la celebración de audiencias o reuniones combinadas, así como reuniones conjuntas de acreedores; la fijación de plazos comunes; la preparación de una lista común para la presentación coordinada de las notificaciones; presentación y examen conjunto de los créditos, la venta coordinada de los bienes; y un único comité de acreedores o la coordinación entre comités de acreedores.

⁴ En general, a raíz de una consolidación patrimonial se extinguirán las deudas internas del grupo y toda controversia relativa a la propiedad de los bienes entre las empresas cuyos patrimonios se hayan consolidado, así como toda garantía invocable frente a otra entidad consolidada.

Normalmente suele nombrarse un único representante de la insolvencia, aunque ello puede depender de la etapa del procedimiento en que se dé la orden de consolidación.

⁵ Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 33º período de sesiones, A/CN.9/643, párr. 123.

al derecho interno de algunos países. El contenido de la explicación fue aprobado por el Grupo de Trabajo con la adición de una nota a pie de página, por la que se excluía de la definición a los consumidores y se limitaba su alcance a aquellas entidades a las que, con arreglo a las recomendaciones 8 y 9 de la Guía Legislativa⁶, les fuera aplicable el régimen de la insolvencia. Dicha limitación figuraba anteriormente en la explicación del término “*miembro de un grupo de empresas*”⁷, que se ha suprimido por estimarse que resultaba innecesario.

Capital

3. En su 33º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que se añadieran las nociones de “participación en manos de empresas asociadas” y “participación en manos de un consorcio financiero” a la lista de lo que puede formar parte del capital en una empresa comercial. A fin de definir mejor esos conceptos, se ha revisado su explicación a fin de referirla a la noción de participación en el capital social de una empresa, que será así aplicable no sólo a las participaciones en manos de empresas asociadas sino también a las que obren en manos de consorcios. Esta extensión del concepto de capital social puede verse aclarada en la nota de pie de página. Se ha sustituido el término “inversión”, que causa confusión en algunos idiomas, por el término más genérico de “aportación”. Las participaciones en el capital social incluirían, por ello, no sólo a las acciones, sino también a las participaciones en manos de empresas asociadas y a las participaciones en manos de consorcios financieros o fondos de inversión, mientras que el activo de la empresa estaría formado por los fondos líquidos o en metálico y los créditos por cobrar de la empresa.

4. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procede estudiar más a fondo la distinción que se sugirió hacer, en su 33º período de sesiones, entre las empresas legalmente constituidas en forma de sociedad mercantil y las empresas sin constitución social legalmente reconocida⁸.

Control

5. En su 33º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que se examinaran más en detalle diversas cuestiones concernientes al “control”, citándose al respecto las de saber si debería limitarse dicha noción al control que hubiera sido contractualmente concertado; si procedía incluir a los acuerdos de distribución y de franquicia; si procedía excluir de la misma al control implícito; y si se tenía previsto hacer dicha noción extensiva a ciertos tipos de operaciones garantizadas que colocaran eventualmente al acreedor garantizado en una posición de control⁹. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si debe mantenerse en la explicación la frase “no bastará con disponer de cierta medida de control o de influencia”.

⁶ *Ibíd.*, párr. 124.

⁷ Véase A/CN.9/WG.V/WP.78, párrs. 2 e) y 8.

⁸ A/CN.9/643, párr. 125.

⁹ *Ibíd.*, párrs. 13 y 126.

Miembro de un grupo de empresas

6. Se ha suprimido la descripción anterior de este término y el término empresa conlleva ahora una referencia implícita a las entidades que estén sujetas al régimen de la insolvencia.

Coordinación procesal

7. Se revisó esta explicación de conformidad con lo que se dijo en el Grupo de Trabajo, durante su 33º período de sesiones¹⁰. En la nota de pie de página se aclara que la coordinación procesal se refiere tanto a la coordinación entre los tribunales como a la coordinación entre los representantes de la insolvencia.

Consolidación patrimonial

8. La explicación que se da de la “consolidación patrimonial” está basada en la explicación que se dio en el glosario, en A/CN.9/WG.V/WP.74, párrafo 1 j) ii), respetándose la estructura de la explicación de coordinación procesal e insertándose una nota a pie de página en la que se indican las consecuencias de dicho mandamiento judicial.

Empresa matriz y empresa filial

9. Se han tomado estos términos adicionales del documento A/CN.9/WG.V/WP.74, revisándose la explicación para alinearla con las de otros términos del glosario.

III. La declaración de insolvencia: cuestiones internas

A. Solicitud de apertura y comienzo de las actuaciones: solicitudes conjuntas

1. Finalidad de las disposiciones legales

[Las disposiciones relativas a la solicitud conjunta de la apertura de un procedimiento de insolvencia tienen por objeto:

- a) facilitar un examen coordinado de las solicitudes de apertura de un procedimiento de insolvencia dirigidas contra dos o más miembros de un grupo de empresas; y
- b) mejorar la eficiencia y la economía de la apertura de un procedimiento de insolvencia.]

2. Contenido de las disposiciones legales

Solicitud conjunta de la apertura de un procedimiento de insolvencia

1) El régimen de la insolvencia podrá disponer que cabrá presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia respecto de un único deudor conforme a lo previsto en la Guía Legislativa o que cabrá presentar una solicitud

¹⁰ *Ibid.*, párr. 128.

conjunta de apertura de un procedimiento respecto de dos o más miembros de un grupo de empresas. Dicha solicitud conjunta podrá ser presentada por:

a) dos o más miembros de un grupo de empresas, con tal de que cada uno de ellos reúna las condiciones prescritas para la apertura en la recomendación 15 de la Guía Legislativa; o

b) un acreedor de dos o más miembros de un grupo de empresas, con tal de que dichos miembros reúnan las condiciones prescritas para la apertura en la recomendación 16 de la Guía Legislativa.

3. Notas explicativas de las recomendaciones

10. Para mejor explicar la finalidad de los proyectos de recomendación sobre la solicitud conjunta de apertura de un procedimiento, aspecto de la apertura del que no se habla en la Guía Legislativa, se ha seguido el enfoque adoptado en la propia Guía, introduciéndose una cláusula de finalidad. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar cuáles deben ser las finalidades indicadas en dicha cláusula.

11. El proyecto de recomendación 1) prevé que cabrá presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia respecto de dos o más miembros de un grupo de empresas ya sea a título individual respecto de cada miembro (conforme a lo previsto en las recomendaciones de la Guía Legislativa) o por medio de una solicitud conjunta dirigida contra cierto número de miembros. De presentarse solicitudes por separado, conforme a lo previsto en la Guía Legislativa, dichas solicitudes podrán ser presentadas simultáneamente y con una finalidad compartida, es decir, la de que se examinen coordinadamente las solicitudes de apertura de un procedimiento respecto de un cierto número de miembros de un grupo de empresas. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procedería insertar alguna cláusula al respecto en el texto de la recomendación, o si bastaría con insertar una explicación en el comentario.

12. La recomendación revisada adopta un enfoque permisivo o no imperativo respecto del contenido del régimen de la insolvencia (el régimen de la insolvencia “podrá” especificar) y la Guía Legislativa adopta criterios muy latos respecto de los tipos de procedimiento que pudieran ser objeto de una solicitud de apertura conjunta, al hablar de la apertura de un procedimiento de “insolvencia”, y no meramente de la apertura de un procedimiento de “reorganización”.

13. En el apartado a) se aclara que cada miembro del grupo que sea objeto de una solicitud conjunta deberá reunir las condiciones requeridas para la apertura de un procedimiento. Cabe citar entre ellas la de la insolvencia inminente del deudor, conforme a la recomendación 15 a), si es el propio deudor quien presenta la solicitud. El Grupo de Trabajo tomó nota, en su 33º período de sesiones, de que tal vez procediera examinar otros factores concernientes a la inminencia de la insolvencia de una entidad que forme parte de un grupo de empresas, pero que cabría examinarlos en el comentario¹¹.

14. El apartado b) permite que un acreedor presente una solicitud conjunta de apertura, pero limita el alcance de la solicitud a aquellos miembros frente a los

¹¹ *Ibid.*, párr. 34.

cuales el acreedor pueda invocar algún crédito. Los restantes miembros del grupo no podrán ser objeto de la solicitud conjunta presentada por dicho acreedor.

15. En el 33º período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que se exigiera que, se mencionaran en toda solicitud conjunta, otros hechos concernientes a la existencia del grupo de empresas y a la posición ocupada en dicho grupo por cada uno de sus miembros que fuera objeto de la solicitud, particularmente si alguno de ellos era la empresa matriz o controladora¹². El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si debe incluirse una recomendación en dicho sentido.

16. Se ha suprimido, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo en su 33º período de sesiones, la recomendación 2) concerniente al aviso que habrá de darse acerca de la presentación de una solicitud conjunta¹³. Por ello, dicho aviso habría de ser dado de conformidad con lo previsto en las recomendaciones del capítulo I de la segunda parte de la Guía Legislativa.

B. Coordinación procesal

1. Finalidad de las disposiciones legales

[Las disposiciones sobre coordinación procesal tienen por objeto:

- a) facilitar la coordinación de los procedimientos en provecho de los acreedores y de los deudores, sin dejar de respetar la personalidad jurídica propia de cada miembro del grupo; y
- b) promover la eficiencia procesal y financiera de las actuaciones y evitar toda duplicación innecesaria.]

2. Contenido de las disposiciones legales

Momento en que cabrá presentar una solicitud de coordinación procesal

2) [4] El régimen de la insolvencia debería especificar que podrá presentarse una solicitud de coordinación procesal al presentarse una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia con arreglo a lo previsto en las recomendaciones 15 ó 16 de la Guía Legislativa o en algún momento ulterior.

Coordinación procesal de dos o más procedimientos de insolvencia

3) El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá decidir, en respuesta a una solicitud que le sea presentada con arreglo a la recomendación 2), que la sustanciación de los procedimientos de insolvencia respecto de dos o más miembros de un grupo de empresas deberá ser coordinada para fines procesales¹⁴.

¹² *Ibíd.*, párr. 18.

¹³ *Ibíd.*, párrs. 23 y 24.

¹⁴ Cuando los procedimientos que se hayan de coordinar estén celebrándose ante distintos tribunales, el derecho interno será el que determine el tribunal que deberá conocer de la solicitud. Compete igualmente al derecho interno determinar cuál será la potestad de dicho tribunal para decretar la coordinación de dos o más procedimientos de insolvencia.

Partes que podrán solicitar la coordinación procesal

4) [5] El régimen de la insolvencia debería especificar que la solicitud de coordinación procesal podrá ser presentada por:

a) un miembro de un grupo de empresas que haya solicitado la apertura, o que sea objeto, de un procedimiento de insolvencia;

[b) el representante de la insolvencia de un miembro de un grupo de empresas que sea objeto de un procedimiento de insolvencia;] o

c) un acreedor de un miembro de un grupo de empresas [respecto del cual dicho acreedor haya solicitado la apertura de un procedimiento de insolvencia o que sea ya objeto de un procedimiento de insolvencia.]

Audiencias simultáneas

5) [6] El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá celebrar audiencias simultáneas para conocer de una solicitud de coordinación procesal.

Notificación del mandamiento de coordinación

6) [7] El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando un tribunal dicte un mandamiento de coordinación procesal, deberá notificarse dicho mandamiento a todos los acreedores de los miembros del grupo de empresas que vayan a ser objeto de la coordinación procesal.

Contenido de la notificación de coordinación procesal

7) [8] El régimen de la insolvencia debería disponer que la notificación de un mandamiento de coordinación procesal deberá incluir, además de la información especificada en la recomendación 25 de la Guía Legislativa, toda información sobre la sustanciación de la coordinación procesal que pueda ser de importancia para los acreedores.

Modificación o revocación del mandamiento de coordinación

[8] El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá modificar o revocar el mandamiento de coordinación que haya dictado, con tal de que todo acto o decisión adoptada a raíz de dicho mandamiento no se vea afectada por el mandamiento ulterior de modificación o revocación.]

3. Notas explicativas de las recomendaciones

17. Para mejor explicar la finalidad de los proyectos de recomendación sobre coordinación procesal, tema que no fue tratado en la Guía Legislativa, se ha definido el enfoque adoptado en la Guía y se ha introducido una cláusula de finalidad. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar los objetivos que hayan de fijarse en dicha cláusula.

Momento en que habrá de presentarse la solicitud de coordinación

18. En su 33° período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 2) (recomendación 4) en A/CN.9/WG.V/WP.78)¹⁵. Se ha revisado el texto de la recomendación para poner en claro que la solicitud de coordinación podrá ser presentada simultáneamente a la apertura de los procedimientos, o en algún momento ulterior a dicha apertura.

Coordinación procesal de dos o más procedimientos de insolvencia

19. La recomendación 3) prevé que el tribunal goce de discrecionalidad para dictar un mandamiento de coordinación procesal en respuesta a una solicitud de las partes presentada conforme a lo previsto en el proyecto de recomendación 4).

20. Cuando se estén sustanciando los procedimientos de insolvencia abiertos contra dos o más miembros de un mismo grupo ante distintos tribunales (sitos en un mismo país) las cuestiones de competencia jurisdiccional concernientes al procedimiento de insolvencia y a la solicitud de coordinación deberán ser resueltas con arreglo al derecho interno. El derecho interno deberá ser también el que determine la potestad de la que gocen los tribunales para decretar la coordinación de dos o más procedimientos de insolvencia. Ambas cuestiones están mencionadas en una nota a pie de página de la recomendación 3).

21. A fin de facilitar la coordinación judicial, cabría indicar en el comentario los criterios que procederá aplicar para determinar cuál es el tribunal a quien incumba coordinar los procedimientos. Cabe citar al respecto: la prioridad con la que se hayan presentado las solicitudes de apertura de los procedimientos de insolvencia; la magnitud del endeudamiento o el valor de los bienes del miembro insolvente del grupo, sito en su jurisdicción; o la ubicación del centro de control del grupo de empresas afectado. Cierta Estado ha previsto, por ejemplo, que la coordinación corra a cargo del foro competente para sustanciar el procedimiento de insolvencia de la parte que disponga de un activo patrimonial más importante, conforme sea deducible de los estados financieros más recientes de que se disponga.

Partes habilitadas para pedir la coordinación procesal

22. De conformidad con lo dicho en las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 33° período de sesiones¹⁶, el proyecto de recomendación 4) (recomendación 5) en A/CN.9/WG.V/WP.78) señala cuáles son las partes que podrán solicitar la coordinación procesal, entre las que cabe citar todo miembro de un grupo que haya solicitado la apertura de un procedimiento o que sea ya objeto de un procedimiento; el representante de la insolvencia de algún miembro de un grupo; todo acreedor de un miembro que sea objeto de un procedimiento de insolvencia o de un miembro respecto del cual dicho acreedor haya solicitado la apertura de un procedimiento. Cabe presumir que intervenga en la solicitud de coordinación el miembro del grupo que vaya a presentarla o en nombre del cual la vaya a solicitar su representante de la insolvencia o uno de sus acreedores.

¹⁵ A/CN.9/643, párr. 26.

¹⁶ *Ibid.*, párrs. 27 y 28.

Audiencias simultáneas

23. La finalidad del proyecto de recomendación 5) (recomendación 6) en A/CN.9/WG.V/WP.78) es la de simplificar el examen de una solicitud de coordinación procesal referida a procedimientos que se estén sustanciando ante diversos tribunales, autorizando la celebración para dicho fin de audiencias simultáneas. El derecho interno será el que determine cuál será el tribunal competente para sustanciar o coordinar dichas audiencias simultáneas.

Notificación de la coordinación procesal

24. El proyecto de recomendación 6) (recomendación 7) en A/CN.9/WG.V/WP.78) ha sido revisada de conformidad con lo decidido por el Grupo de Trabajo en su 33º período de sesiones¹⁷. Cabrá referirse en el comentario al examen que se hace de este punto en la Guía Legislativa¹⁸, indicándose que el requisito de notificación quedaría tal vez satisfecho mediante una notificación colectiva efectuada en alguna gaceta o boletín oficial o por algún otro medio legalmente estatuido, o efectuada en alguna publicación comercial o periódico de gran difusión, siempre que el derecho interno lo autorice.

25. La versión actual de la recomendación 6) se refiere únicamente a la procedencia de que se exija que el mandamiento de coordinación procesal sea notificado. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si procede exigir que la propia solicitud de coordinación sea también notificada. En supuestos en los que se solicite la coordinación al presentarse la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, el deber de notificarla pudiera suscitar cuestiones relacionadas con las recomendaciones de la Guía Legislativa concernientes a la notificación de toda solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia. Dichas recomendaciones prevén que si bien toda solicitud de apertura presentada por un acreedor deberá ser notificada al deudor (recomendación 19) no será preciso que la solicitud de apertura presentada por un deudor sea notificada a los acreedores. De preverse ahora que la solicitud de coordinación procesal deberá ser notificada a los acreedores, cabría considerar que dicho enfoque resultaría tal vez incoherente con el adoptado por la Guía Legislativa respecto de la notificación que habrá de darse de la solicitud de apertura de un procedimiento.

26. No obstante, respecto de los supuestos en los que la solicitud de coordinación sea presentada una vez iniciados los procedimientos de insolvencia, cabe que el Grupo de Trabajo estime oportuno disponer que deberán ser notificados todos los acreedores de los miembros del grupo que puedan verse afectados por la solicitud de coordinación de los procedimientos.

Contenido del aviso de coordinación procesal

27. Como parte de la información adicional de interés para los acreedores de la que se habla en la recomendación 7) (recomendación 8) en A/CN.9/WG.V/WP.78) cabe citar la información relativa a la coordinación de las audiencias, así como de la presentación y examen de los créditos, de los arreglos financieros y de otras cuestiones de interés. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procedería

¹⁷ *Ibid.*, párrs. 30 y 31.

¹⁸ Véase segunda parte, cap. I, párrs. 69 y 70.

mencionar en la recomendación 7), al igual que se hace en la recomendación 25 de la Guía Legislativa, otros ejemplos más concretos de la información que habrá de darse.

Modificación o revocación de un mandamiento de coordinación procesal

28. En su 33º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que se insertara una recomendación sobre la modificación o revocación de un mandamiento de coordinación procesal¹⁹, que se somete al examen del Grupo en el proyecto de recomendación 8). No se ha previsto que las actuaciones previas a la revocación del mandamiento puedan ser anuladas dado que no sólo puede resultar imposible reponer a los miembros individuales del grupo en la posición en la que se encontraban al dictarse el mandamiento de coordinación, sino también por no ser deseable deshacer ciertas actuaciones coordinadas en detrimento eventual de los acreedores o de otras partes interesadas. Cuando un mandamiento haya de ser modificado o revocado, no procede que las medidas que se adoptaron en el marco de la coordinación sean revocadas o modificadas retroactivamente por el mandamiento de modificación o revocación que se dicte. Cabría que se examinaran en el comentario las razones que puedan justificar una modificación o revocación de un mandamiento de coordinación, por ejemplo, el hecho de que las circunstancias hayan cambiado con posterioridad al momento en que se dictó dicho mandamiento.

C. Financiación posterior a la apertura de un procedimiento

1. Contenido de las disposiciones legales

Obtención y autorización de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento

9) El régimen de la insolvencia debería dar facilidades e incentivos para la obtención de créditos financieros posteriores a la apertura de un procedimiento en el marco del procedimiento que se esté siguiendo contra miembros de un grupo de empresas, por las razones y motivos que se dan en la recomendación 63 de la Guía Legislativa.

10) El régimen de la insolvencia debería especificar que, conforme a lo previsto en las recomendaciones 64 a 68 de la Guía Legislativa, un miembro de un grupo de empresas, que sea objeto de un procedimiento de insolvencia, podrá negociar la obtención de créditos financieros para su empresa con posterioridad a la apertura de dicho procedimiento.

Prelación de los créditos otorgados con posterioridad a la apertura de un procedimiento

11) El régimen de la insolvencia debería especificar que la prelación prevista en la recomendación 64 de la Guía Legislativa para los créditos otorgados con posterioridad a la apertura de un procedimiento debería ser igualmente aplicable a los créditos otorgados a un miembro de un grupo de empresas que sea, a su vez, objeto de un procedimiento de insolvencia abierto contra su propia empresa.

¹⁹ A/CN.9/643, párr. 33.

Garantías reales en respaldo de la financiación posterior a la apertura

12) El régimen de la insolvencia debería especificar que las garantías reales a las que se refiere la recomendación 65 de la Guía Legislativa podrán ser también constituidas, por un miembro de un grupo de empresas que sea a su vez objeto de un procedimiento de insolvencia, en respaldo del reembolso de un crédito otorgado a otro miembro del mismo grupo con posterioridad a la apertura del procedimiento²⁰.

Fianza u otro aval otorgable del reembolso de la financiación posterior a la apertura

13) El régimen de la insolvencia debería especificar que un miembro de un grupo de empresas que sea objeto de un procedimiento de insolvencia podrá salir fiador o avalar de algún otro modo el reembolso de la financiación obtenida, con posterioridad a la apertura del procedimiento, por otro miembro del mismo grupo que sea también objeto de un procedimiento de insolvencia, con tal de que:

a) el representante de la insolvencia del garante [esté convencido de] [determine] que [los acreedores del garante no se verán] [no es probable que los acreedores del garante se vean] adversamente afectados por la fianza u otra forma de aval otorgada del reembolso de la financiación y da, por ello, su consentimiento a que se otorgue dicha fianza o aval de su reembolso; o

b) el tribunal a cuya jurisdicción esté sujeto el garante [esté convencido de] [determine] que [los acreedores del garante no se verán] [no es probable que los acreedores del garante se vean] adversamente afectados por la fianza u otra forma de aval otorgada en respaldo del reembolso.

2. Notas explicativas de las recomendaciones

29. En su 33º período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que los proyectos de recomendación 9) a 11) repetían algunos de los elementos esenciales de las recomendaciones de la Guía Legislativa y examinaron, desde una perspectiva formal, la manera de integrar la labor actual en el marco de la Guía Legislativa²¹. Se ha retenido el texto de dichas recomendaciones en espera de que se examinen algunos aspectos técnicos de su redacción. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de los proyectos de recomendación 9) a 11), tras haber convenido en que se siguiera en términos generales el enfoque de la Guía Legislativa en materia de acceso a la financiación posterior a la apertura de un procedimiento.

30. Dado que las recomendaciones 9) y 10) son de índole general, ya que remiten básicamente a lo recomendado en la Guía Legislativa respecto de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, cabe que el Grupo de Trabajo desee considerar si cabría fusionarlas en una única recomendación que tratara, en términos generales, de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento otorgable en el seno de un grupo de empresas de conformidad con lo previsto en las recomendaciones 63 a 68 de la Guía Legislativa.

²⁰ Las recomendaciones 66 y 67 de la Guía Legislativa enuncian las salvaguardias que deberán observarse al constituir una garantía real en respaldo de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento. Esas mismas salvaguardias deberían ser igualmente aplicables a la concesión de una garantía real entre miembros de un grupo de empresas.

²¹ A/CN.9/643, párr. 37.

Prelación de los préstamos otorgados con posterioridad a la apertura de un procedimiento

31. Se ha alineado el texto del proyecto de recomendación 11), basado en el de la recomendación 64 de la Guía Legislativa, con el de las otras recomendaciones del nuevo proyecto.

Garantías reales en respaldo de créditos otorgados tras la apertura de un procedimiento

32. El proyecto de recomendación 12), basado en la recomendación 65 de la Guía Legislativa, faculta a un miembro del grupo que sea ya objeto de un procedimiento de insolvencia a constituir una garantía real del reembolso de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento otorgada a otro miembro del grupo que sea también objeto del procedimiento. Se observó en el 33º período de sesiones del Grupo de Trabajo que, aun cuando la financiación otorgada por una entidad solvente puede perjudicar a sus propios acreedores, no era esta una cuestión regulable por el régimen de la insolvencia sino más bien por el derecho de sociedades, que tal vez exija que dicha financiación sea refrendada por los accionistas o los directivos de la empresa solvente. No obstante, se observó también que, aun cuando esta cuestión estuviera regulada por el derecho de sociedades, tal vez fuera conveniente una regla que permitiera que una empresa solvente de un grupo facilitara fondos con posterioridad a la apertura de un procedimiento a otra entidad del grupo, en Estados en los que dicho préstamo fuera normalmente considerado como una operación *ultra vires*, o no autorizable²².

33. El Grupo de Trabajo examinó las salvaguardias que cabría exigir para la concesión de una garantía real con arreglo a la recomendación 12) que pudieran ser reflejo de las previstas en la recomendación 13). En las recomendaciones 66 y 67 de la Guía Legislativa se han previsto, no obstante, las salvaguardias exigibles para la concesión de una garantía real. En ellas se ha previsto que se habrá de obtener el consentimiento de todo acreedor garantizado anterior y, caso de no obtenerse, el consentimiento del tribunal competente. Por consiguiente, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si las salvaguardias enunciadas en las recomendaciones 66 y 67 respecto de las garantías otorgables resultarán suficientes en el contexto de un grupo de empresas, o si deben preverse salvaguardias adicionales, como las enunciadas en el apartado a) del proyecto de recomendación 13). Si procede imponer condiciones adicionales, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la procedencia de insertar en el comentario alguna explicación de la necesidad de exigir tales condiciones adicionales.

Fianza u otro aval otorgable del reembolso de la financiación posterior a la apertura

34. El proyecto de recomendación 13) aborda un supuesto no directamente previsto en la Guía Legislativa, es decir, el supuesto de que un miembro del grupo objeto de un procedimiento de insolvencia avale o salga fiador del reembolso de la financiación posterior a la apertura del procedimiento concedida a otro miembro del mismo grupo que sea también objeto de dicho procedimiento. Dado que las recomendaciones 66 y 67 de la Guía Legislativa no prevén directamente este

²² *Ibid.*, párr. 39.

supuesto, se han insertado en la recomendación 13) sus apartados a) y b). Se ha revisado el texto de estos apartados a la luz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 33º período de sesiones²³ acerca de los criterios que habrán de tomar en consideración tanto el representante de la insolvencia como el tribunal. El Grupo de Trabajo tal vez estime preferible la variante ofrecida entre corchetes. Se observó en el 33º período de sesiones que, en supuesto de que se nombrara un único representante de la insolvencia para diversos miembros del mismo grupo, cabía prever que dicho representante hubiera de hacer frente a un conflicto de lealtades al tener que pronunciarse acerca del cumplimiento de los requisitos de salvaguardia previstos en el apartado a)²⁴. Dicho conflicto debería ser abordado más adelante en el marco del proyecto de recomendación 25).

35. Los requisitos de los apartados a) y b) tienen actualmente el carácter de alternativos. Aun cuando el Grupo de Trabajo aprobó este enfoque, se observó que cabría señalar en el comentario la posibilidad de que un Estado exigiera que se cumplieran ambos requisitos²⁵.

36. En el 33º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se hizo la sugerencia de exigir una salvaguardia adicional basada en la solidez de los motivos que justifiquen la financiación que se vaya a afianzar²⁶. Tanto en la cláusula de finalidad de las recomendaciones acerca de la financiación otorgable con posterioridad a la apertura como en la recomendación 63 de la Guía Legislativa se dan las razones que pueden justificar la financiación negociada con posterioridad a la apertura de un procedimiento, al señalarse que podrá ser obtenida por el representante de la insolvencia en casos en los que sea necesaria para el funcionamiento ininterrumpido o la supervivencia del negocio del deudor o para preservar el valor de la masa de la insolvencia. Dado que dicha cláusula de finalidad y la recomendación 63 serían aplicables en el contexto de un grupo de empresas conforme a lo previsto en los proyectos de recomendación 9) o 10)²⁷, tal vez no sea preciso mencionar dicho criterio en el proyecto de recomendación 13), a reserva de lo que decida el Grupo de Trabajo respecto de la incorporación del texto actual a la Guía Legislativa.

37. No se ha seguido la propuesta de que se fusionaran las recomendaciones 12) y 13)²⁸ por razón de que el proyecto de recomendación 12) está basado directamente en la recomendación 65 de la Guía Legislativa, mientras que el proyecto de recomendación 13) prevé una vía para afianzar, en el contexto de un grupo de empresas, la financiación otorgada con posterioridad a la apertura de un procedimiento, que no está prevista en la Guía Legislativa.

²³ *Ibid.*, párrs. 44 a 48.

²⁴ *Ibid.*, párr. 44.

²⁵ *Ibid.*, párr. 46.

²⁶ *Ibid.*, párr. 47.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*, párr. 48.