



Asamblea General

Distr. limitada
11 de febrero de 2010
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
38° período de sesiones
Nueva York, 19 a 23 de abril 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

Notas explicativas sobre cuestiones de redacción

Nota de la secretaría

I. Introducción

1. El presente documento contiene notas explicativas referentes a la revisión de las recomendaciones que figuran en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.92 y Add.1, y plantea una serie de cuestiones que el Grupo de Trabajo podría examinar acerca de esas recomendaciones.

II. Cuestiones de ámbito nacional

A. Solicitud conjunta de apertura de un procedimiento: proyectos de recomendación 199 y 200

2. El proyecto de recomendación 199 dispone que únicamente el régimen de la insolvencia “puede” prever las solicitudes conjuntas de apertura de un procedimiento, mientras que en la recomendación 200 se emplean las palabras “el régimen de la insolvencia debería” al especificar la posibilidad de que las partes pueden solicitar conjuntamente tal apertura. A fin de armonizar el enunciado de los dos proyectos de recomendación, manteniendo al mismo tiempo el carácter permisivo del proyecto de recomendación 199, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de agregar al proyecto de recomendación 200 las palabras “Cuando el régimen de la insolvencia prevea solicitudes conjuntas de conformidad



con la recomendación 199”. Este es el enfoque que se ha adoptado en el caso similar de los proyectos de recomendación 220 y 221, relativos a la consolidación patrimonial.

3. Las palabras “cumplan el requisito de apertura enunciado en la recomendación 16 y” se han agregado al texto conforme a lo solicitado por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/686, párr. 88).

B. Coordinación procesal: proyecto de recomendación 205

4. En aras de la claridad se han sustituido las palabras, “en el momento de” por “al mismo tiempo que”.

C. Financiación posterior a la apertura: proyecto de recomendación 212

5. El proyecto de recomendación 212 se ha revisado de conformidad con las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones, combinando los antiguos párrafos a) y b) y aclarando, en el párrafo b), que el perjuicio del que se habla es el que sufran los acreedores de la empresa del grupo que hayan aportado la financiación posterior a la apertura (A/CN.9/686, párr. 77).

6. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar el otro posible enunciado sugerido en el párrafo b). En el texto actual, el representante de la insolvencia, al adoptar su decisión, debe determinar que el perjuicio es contrarrestado por los beneficios de la financiación posterior a la apertura. Dado que es muy poco probable que esos beneficios se materialicen en el momento de adoptar la decisión, sino que más bien se percibirán durante el procedimiento y al concluir éste con éxito, tal vez sea más apropiado que el proyecto de recomendación disponga que el perjuicio será contrarrestado por los beneficios.

D. Consolidación patrimonial: proyectos de recomendación 220 a 228

Proyecto de recomendación 220

7. De conformidad con las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones referentes al proyecto de recomendación 220 (A/CN.9/686, párrs. 99, 101 y 102):

a) En el encabezamiento se ha agregado la palabra “únicamente”; y

b) Se ha revisado el párrafo b) especificándose el requisito de que el tribunal debe llegar al convencimiento de que las empresas del grupo practican actividades fraudulentas y de que la consolidación es apropiada.

Proyecto de recomendación 221

8. Se han revisado las palabras iniciales del proyecto de recomendación 221 para vincularlas al proyecto de recomendación 220. Sería conveniente que, a final del proyecto de recomendación, donde se hace referencia a las condiciones aplicables a las exclusiones, se utilizaran términos más precisos para aludir a las circunstancias

en que cabría justificar o permitir las exclusiones. Según lo que se debatió en el Grupo de Trabajo (A/CN.9/686, párrs. 103 y 104), más que imponer requisitos para las exclusiones, habría que decir que, dado que no era posible determinar con claridad todas las situaciones en que sería apropiado excluir bienes y créditos, habría que dar cierta orientación sobre los tipos de circunstancias en que las exclusiones serían pertinentes. Sin embargo, el hecho que se emplee la palabra “normas” pone de manifiesto la necesidad de determinar requisitos concretos, por ejemplo, el de que, en última instancia, la exclusión debería beneficiar a los acreedores pertinentes, y otros requisitos. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar esta cuestión más a fondo y sugerir palabras suplementarias que dieran una mayor orientación a los usuarios de la Guía.

Proyecto de recomendación 222

9. Se ha suprimido la salvedad que se mencionaba al final del proyecto de recomendación 222 y se ha revisado la nota de pie de página conforme a lo solicitado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/686, párrs. 105 y 106). Se han revisado las palabras relativas al momento de presentar la solicitud, tal como se había propuesto para el proyecto de recomendación 205.

Proyecto de recomendación 223

10. Conforme a lo solicitado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/686, párr. 107), en el proyecto de recomendación 223 se ha revisado el orden de las personas habilitadas para presentar una solicitud.

Proyecto de recomendación 224

11. Con respecto al proyecto de recomendación 224, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si, en el caso de que los bienes se trataran “como si formaran parte de una única masa de la insolvencia” en el párrafo a), sería apropiado disponer de forma similar, en el párrafo c), que los créditos deberían tratarse como si fueran créditos frente a una única masa de la insolvencia.

Proyecto de recomendación 228: cálculo del período de sospecha

12. La finalidad del proyecto de recomendación 228 es enunciar una regla clara para el cálculo del período de sospecha en caso de consolidación patrimonial de varias empresas de un grupo. El enunciado actual se basa en el criterio de que una orden de consolidación patrimonial afectará al cálculo del período de sospecha. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la propuesta que figura a continuación.

13. En los casos regulados tanto por el párrafo 2) como por el párrafo 3) se prevén de hecho únicamente dos métodos de cálculo que se basan, conforme a la recomendación 89, en la fecha de solicitud de apertura o en la fecha de apertura del procedimiento; la fecha de una orden de consolidación patrimonial no afectará a ese cálculo.

14. La fecha pertinente será o bien una fecha distinta para cada empresa (la fecha de solicitud de cada empresa o la fecha de la apertura para cada empresa, que se regula actualmente en el párrafo 3) a)), o bien será una fecha común, que podrá ser la fecha de la primera de todas las solicitudes de apertura o la primera de las fechas de apertura (cuestión regulada en el párrafo 3) b)). Cuando todas las solicitudes se

hagan al mismo tiempo, habrá una única fecha, y cuando la apertura se produzca al mismo tiempo para todos los procedimientos, será también una única fecha, y ambas entrarán en el ámbito del párrafo 3 b).

15. Así pues, el texto enmendado del proyecto de recomendación 228 podría decir lo siguiente:

- 1) Cabría mantener el enunciado actual agregando al final las palabras “respecto de dos o más empresas del grupo”.
- 2) Suprimido.
- 3) El encabezamiento podría revisarse de modo que dijera: “La fecha a partir de la cual se ha de calcular retroactivamente el período de sospecha con arreglo a lo previsto en la recomendación 89 podrá ser”.
 - a) Cabría mantener el enunciado actual, suprimiéndose las palabras “con arreglo a lo previsto en la recomendación 89”.
 - b) Cabría revisar el enunciado actual sustituyéndolo por un texto del siguiente tenor: “Una misma fecha para todas las empresas del grupo a las que sea aplicable la consolidación patrimonial y que podría ser: i) la fecha de presentación de la primera solicitud de apertura de un procedimiento o la fecha de apertura de tal procedimiento de insolvencia contra esas empresas del grupo; o ii) la fecha en la que se presentaron todas las solicitudes de apertura o en que se abrieron todos los procedimientos.”

Proyecto de recomendación 231: notificación de la consolidación patrimonial

16. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de que se armonice el proyecto de recomendación 231 (consolidación patrimonial) con el proyecto de recomendación 210 (consolidación procesal), como se indica en las palabras suplementarias que figuran entre corchetes, requiriéndose que el contexto de la notificación sea el mismo en ambos casos.

E. Participantes: proyecto de recomendación 236

17. De conformidad con las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones respecto del proyecto de recomendación 236 (A/CN.686, párr.122):

- a) Se ha revisado el encabezamiento;
- b) Se han agregado palabras suplementarias para ajustar el párrafo a) al proyecto de recomendación 250;
- c) Se han suprimido del párrafo b) las referencias a la división de poderes entre los representantes de la insolvencia y a la posibilidad de que uno de ellos asuma una función rectora;
- d) Se ha agregado al párrafo c) una referencia a los créditos internos entre empresas de un grupo.

18. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las siguientes cuestiones suplementarias:

a) La revisión del encabezamiento para que diga que la cooperación “podrá llevarse a cabo, y no que “deberá” llevarse a cabo, a fin de seguir el enfoque adoptado en el proyecto de recomendación 250 y en el artículo 27 de la Ley Modelo. Se ha suprimido la remisión a los proyectos de recomendación 234 y 235 a fin de ajustar el encabezamiento con el texto de las recomendaciones de que se aborde la cooperación en el mayor grado posible en el contexto internacional, es decir, conforme a los proyectos de recomendación 241 y 250;

b) La reubicación de las referencias entre corchetes a la comunicación con los acreedores y a las reuniones con acreedores trasladándolas del párrafo d) al c), de modo que la comunicación sea parte de la administración y supervisión generales de los negocios del deudor y no se limite al contexto de reorganización del párrafo d); y

c) El nuevo enunciado entre corchetes propuesto respecto del párrafo d) para tener en cuenta el uso, en el proyecto de recomendación 237, de las palabras “planes de reorganización coordinados”.

III. Tratamiento internacional de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia

A. Acceso a los tribunales y reconocimiento de los procedimientos extranjeros

Cláusula de la finalidad

19. Se ha agregado una nueva cláusula de la finalidad para dar a la disposición un carácter más completo.

B. Formas de cooperación en que intervienen los tribunales: cláusula de finalidad y proyectos de recomendación 240, 241, 244 y 245

Cláusula de la finalidad

20. Se han agregado las palabras “en que intervengan los tribunales” a petición del Grupo de Trabajo (A/CN.9/686, párr. 22). Se ha agregado al párrafo b) la palabra “administrar” para ajustar este proyecto de recomendación al proyecto de recomendación 246 y a las subsiguientes recomendaciones.

21. En el párrafo c), y más abajo en la cláusula de la finalidad antes del proyecto de recomendación 246, se ha sustituido la palabra “protecciones” por “salvaguardias”, para mejorar la redacción.

Proyecto de recomendación 240

22. Conforme a lo solicitado por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/686, párrs. 24 y 25), se han agregado al proyecto de recomendación 240 las palabras “que actúe bajo la dirección del tribunal”, además de una nota de pie de página con una referencia a la definición de “representante extranjero” para confirmar que la cooperación mencionada en esas recomendaciones

sería también aplicable en caso de que hubiera un representante de la insolvencia provisional.

23. En el último período de sesiones del Grupo de Trabajo se propuso que si en la última cláusula se insertara la palabra “otras” antes “empresas de ese grupo”, la disposición tendría un significado más claro (A/CN.9/686, párr. 23). No obstante, si se agregaba esa palabra se podría limitar los procedimientos abiertos en otros Estados a los entablados contra otras empresas del grupo; sin esa palabra, la disposición prevé que los procedimientos abiertos en otros Estados pueden ser tanto procedimientos entablados contra otras empresas del grupo como procedimientos adicionales abiertos contra la misma empresa. Otra solución, similar a la sugerida más adelante respecto de los proyectos de recomendación 247 y 249, sería la de sustituir, antes de la palabra “grupo”, la palabra “ese” por “el mismo”.

Proyecto de recomendación 241

24. Las palabras que figuran entre corchetes y que empiezan con “incluso” en el párrafo a) han sido agregadas para armonizar el proyecto de recomendación con el proyecto de recomendación 250. El encabezamiento y los párrafos b), c) y d) se han revisado de conformidad con lo solicitado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/686, párrs. 27, 28 y 30).

Proyecto de recomendación 244

25. El proyecto de recomendación 244 se ha revisado conforme a lo solicitado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/686, párrs. 42 a 45). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si sería preferible hacer referencia a “esas recomendaciones”, en vez de mencionar en concreto los números de todas las recomendaciones anteriores, o si en el proyecto de recomendación habría que mencionar simplemente la “comunicación en que intervengan los tribunales” sin ninguna remisión.

26. Se sugirió que el proyecto de recomendación 244 se limitara a las comunicaciones entre los tribunales, pero dado que presumiblemente es también de interés para las comunicaciones entre los tribunales y las comunicaciones entre los tribunales y los representantes de la insolvencia, conforme a lo permitido en los proyectos de recomendación 240 y 242, se sugiere emplear las palabras “en que intervengan”. Otra posibilidad consistiría en disponer que: “El régimen de la insolvencia debería especificar que la comunicación entre los tribunales o entre tribunales y representantes de la insolvencia no debería implicar”.

Proyecto de recomendación 245

27. Conforme a lo solicitado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/686, párr. 46), se han suprimido las referencias a las audiencias “conjuntas” y a la independencia del tribunal. En aras de la claridad, se han sustituido las palabras “a disposición de otros tribunales” por “a disposición de un tribunal extranjero”.

C. Formas de cooperación en que intervienen representantes de la insolvencia

1. Cooperación por parte de los representantes de la insolvencia: proyectos de recomendación 246 a 250

Proyectos de recomendación 246 y 248

28. Los proyectos de recomendación 246 (anteriormente 241), relativa a la cooperación entre el representante de la insolvencia y tribunales extranjeros, y 248 (antes 244) relativa a la comunicación entre el representante de la insolvencia y tribunales extranjeros o representantes extranjeros se han trasladado de la sección relativa a los tribunales a la presente sección, referente al representante de la insolvencia.

Proyectos de recomendación 247 y 249

29. Se han revisado los proyectos de recomendación 247 y 249 para aclarar que los representantes de la insolvencia mencionados eran nombrados para administrar procedimientos de insolvencia abiertos en otros Estados contra empresas del mismo grupo (A/CN.9/686, párr. 50). De conformidad con lo solicitado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/686, párr. 51) se ha suprimido la última frase del proyecto de recomendación 249 referente al momento en el que podía tener lugar la comunicación.

30. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si, en los proyectos de recomendación 246 a 249, las palabras “esa empresa del grupo” eran suficientemente claras o si habría que decir “la misma empresa del grupo”.

Proyecto de recomendación 250

31. En el encabezamiento del proyecto de recomendación 250 se ha suprimido la remisión al proyecto de recomendación 248 a fin de armonizar esta recomendación con el proyecto de recomendación 241, en la que también se suprimió la remisión a petición del Grupo de Trabajo (A/CN.9/686, párr. 27). Se ha hecho la misma enmienda en el proyecto de recomendación 236, que también trata la cuestión de la cooperación en el mayor grado posible.

32. De conformidad con las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones respecto del proyecto de recomendación 250 (A/CN.9/686, párrs. 52 y 55):

a) En el encabezamiento se dispone ahora que la cooperación “podrá” llevarse a cabo de conformidad con los ejemplos a fin de ajustar su enunciado al texto del artículo 27 de la Ley Modelo y del proyecto de recomendación 241;

b) Se han suprimido, en el párrafo c), las referencias a la división del ejercicio de poderes entre representantes de la insolvencia y a la posibilidad de que uno de ellos ejerza una función rectora.

33. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la propuesta que figura a continuación. Al final del párrafo d) del proyecto de recomendación 250 se han agregado palabras entre corchetes con el fin de ajustar el texto al del proyecto de recomendación 236. En el párrafo d) se ha agregado también una referencia a la

comunicación con los acreedores y a las reuniones de acreedores por las mismas razones de coherencia con el proyecto de recomendación 236.

2. Nombramiento de un único o del mismo representante de la insolvencia: cláusula de la finalidad, proyecto de recomendación 251

34. De conformidad con lo solicitado por el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones (A/CN.9/686, párrs. 58 y 60):

a) Se ha ampliado la cláusula de la finalidad;

b) Se ha suprimido, en el proyecto de recomendación 251, la referencia a que el tribunal adopte una decisión “que redunde en beneficio del procedimiento de insolvencia”. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que esas palabras siguen figurando en el proyecto de recomendación 232, relativo a la misma cuestión en el ámbito nacional.

35. El Grupo de Trabajo tal vez desee observar las variantes que figuran entre corchetes en el proyecto de recomendación 251, con la alternativa entre el régimen de la insolvencia y la ley aplicable.

D. Utilización de acuerdos transfronterizos: proyecto de recomendación 253

36. Conforme a lo solicitado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/686, párr. 63), se han suprimido las palabras “en la medida en que lo permita o en la forma en que lo requiera la ley aplicable”.

E. Posibles recomendaciones adicionales

37. En su último período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en agregar al texto la recomendación 239, relativa al acceso a los tribunales y al reconocimiento de procedimientos extranjeros, con lo que se facilitaría la tarea del representante de la insolvencia de un procedimiento extranjero que requiriera la cooperación con procedimientos de ámbito nacional. Estas solicitudes se denominan a veces “solicitudes dirigidas al país” (inbound requests).

38. Además de dotar a los tribunales del Estado promulgante de medios para abordar las solicitudes de reconocimiento dirigidas al país, la Ley Modelo regula también las solicitudes “dirigidas al extranjero” (outbound requests), que permiten al tribunal solicitar asistencia o información a tribunales extranjeros (artículo 25.2). En la Ley Modelo también se abordan los poderes “externos” del representante de la insolvencia de procedimientos nacionales, que le permiten solicitar reconocimiento y asistencia para esos procedimientos en un tribunal extranjero (véanse los párrafos 26 y 27 de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno). El artículo 5 permite al representante de la insolvencia actuar en un Estado extranjero en representación de un procedimiento nacional, en la medida en que lo permita la ley extranjera aplicable. Si bien en los proyectos de recomendación se abordan las solicitudes dirigidas a un tribunal extranjero (proyecto de recomendación 242), no contienen una disposición equivalente al artículo 5. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la conveniencia de regular esta

cuestión y, en caso afirmativo, de estudiar la solución apropiada. Un enfoque podría consistir en agregar al texto un proyecto de recomendación del tenor del artículo 5, como el siguiente:

“El régimen de la insolvencia debería permitir a un representante de la insolvencia encargado de administrar un procedimiento de insolvencia contra una empresa perteneciente a un grupo actuar en un Estado extranjero en representación de dicho procedimiento, en la medida en que lo permita la ley extranjera aplicable.”

39. Otra posible solución consistiría en seguir el enunciado del artículo 25 y agregar al proyecto de recomendación 248 las palabras “o solicitar información o asistencia directamente a”, de modo que el texto dijera:

“248. 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 tribunales extranjeros, o les solicite directamente información o asistencia, respecto de ese procedimiento y de los procedimientos entablados en otros Estados contra ese mismo grupo de empresas.”