



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**

III. Grupos de empresas en situaciones de insolvencia: cuestiones internacionales

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
III. Grupos de empresas en situaciones de insolvencia: cuestiones internacionales. . .	1-54	2
A. Introducción	1-6	2
B. Promoción de la cooperación transfronteriza en los casos de insolvencia de grupos de empresas.	7-13	4
C. Formas de cooperación en que intervienen los tribunales	14-40	7
D. Formas de cooperación en que intervengan representantes de la insolvencia	41-47	19
E. Utilización de acuerdos de insolvencia transfronteriza	48-54	23



III. Grupos de empresas en situaciones de insolvencia: cuestiones internacionales

A. Introducción

1. En la introducción a la Guía de prácticas (de la CNUDMI) sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza (en adelante, “la Guía de prácticas”)¹ se indica que si bien desde el decenio de 1990 ha aumentado notablemente el número de casos de insolvencia transfronteriza, esta tendencia no se ha reflejado en el número de regímenes jurídicos adoptados, tanto nacionales como internacionales, con que hacer frente a tales casos. Muchas veces, la falta de tales regímenes ha hecho que se adoptaran enfoques inadecuados o no coordinados, que no sólo han obstaculizado la rehabilitación de empresas con dificultades financieras y la administración equitativa y eficaz de los casos de insolvencia transfronteriza, sino que además han impedido que se protegiera y se optimizara el valor de los bienes del deudor insolvente, y su aplicación es imprevisible. Además, las diferencias y, en algunos casos, los conflictos entre los regímenes nacionales han creado obstáculos innecesarios para el logro de los objetivos económicos y sociales básicos de los procedimientos de insolvencia. A menudo ha habido falta de transparencia al no existir reglas claras sobre el reconocimiento de los derechos y de la prelación de los acreedores existentes, el tratamiento de los acreedores extranjeros y la ley que será aplicable a las cuestiones transfronterizas. Si bien muchas de esas deficiencias ya son evidentes en los regímenes nacionales de la insolvencia, sus repercusiones pueden ser mucho mayores en los casos transfronterizos, particularmente cuando se proceda a la reorganización de una empresa insolvente.

2. Además de la insuficiencia de los regímenes existentes, la incertidumbre acerca de cómo se aplicarán en la práctica y los consiguientes costos y demoras en su aplicación ha incrementado la inseguridad, lo cual puede repercutir en las corrientes de capital y en la inversión transfronteriza. Hay factores que varían, como la aceptación de distintos tipos de procedimientos, la comprensión de conceptos clave y el trato dado a las partes interesadas en procedimientos de insolvencia. Por ejemplo, hay países en que tienen lugar más procedimientos de reorganización o rehabilitación que en otros. Hay grandes variaciones entre los países en lo que respecta a la participación de los acreedores garantizados en procedimientos de insolvencia y al trato dado a dichos acreedores. Varían también según los países los tipos reconocidos de procedimientos y sus efectos. En el contexto de los procedimientos de reorganización cabe citar, como ejemplo, los casos en que la ley de un Estado prevea que un deudor en posesión de sus bienes siga ejerciendo funciones de gestión, mientras que en otro Estado en el que se lleve a cabo simultáneamente un procedimiento de insolvencia contra el mismo deudor se destituirán los directivos o se liquidará la empresa del deudor. En muchos regímenes nacionales de la insolvencia se ha propugnado que, en sus propios procedimientos de insolvencia, se aplique el principio de la universalidad y se persiga el objetivo de un procedimiento unificado en virtud del cual las órdenes judiciales tengan validez respecto de los bienes ubicados en el extranjero. Al mismo tiempo, esos regímenes no reconocen la universalidad reclamada en procedimientos de insolvencia

¹ Adoptada por la Comisión el 1º de julio de 2009.

extranjeros. Además de las diferencias entre conceptos fundamentales y el trato dado a los participantes, algunos de los efectos de los procedimientos de insolvencia, como la aplicación de una paralización o suspensión de acciones contra el deudor o sus bienes, considerados elementos clave de muchos regímenes, no pueden trasladarse eficazmente de un país a otro.

3. En los modelos que se han creado a nivel internacional para resolver las cuestiones relativas a la insolvencia transfronteriza nunca se ha abordado satisfactoriamente el tema de los grupos de empresas. Cuando la Cámara de los Lores del Reino Unido examinó la posibilidad de que ese país suscribiera al Convenio europeo relativo a los procedimientos de insolvencia, la comisión competente observó que el instrumento no abordaba la cuestión de los grupos de empresas, que es el modelo de organización mercantil más corriente. Cuando el Convenio pasó a ser el Reglamento del Consejo de la Unión Europea (CE) Núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, de 29 de mayo de 2000, el tema seguía sin abordarse. Cuando se debatió el texto de lo que luego sería la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (en adelante, “la Ley Modelo”) se consideró que la cuestión de los grupos todavía estaba “lejos”.

4. Muchos casos ilustran uno de los problemas clave con respecto a los grupos de empresas en el contexto internacional. Cuando los negocios son llevados de forma integrada por empresas de un grupo en distintos Estados, como en grupos de comunicaciones como KPNQwest group² o Nortel Networks Corporation, en grupos de fabricantes como Federal Mogul Global Inc. o en empresas de servicios financieros como Lehman Brothers Holdings Inc., es probable que se produzca un fracaso general que traiga consigo la apertura de varios e incluso muy numerosos procedimientos de insolvencia independientes en varios Estados contra cada una de las empresas insolventes del grupo. A menos que esos procedimientos se coordinen, es improbable que todo el grupo pueda reorganizarse y tal vez tenga que desmembrarse. Por lo general en caso de insolvencia se rompen las relaciones internas entre las empresas del grupo que determinan la forma en que se estructura y funciona el grupo mientras es solvente. Suele generarse una clara tensión entre, por una parte, el criterio tradicional de entidad jurídica independiente para reglamentar las empresas y sus efectos jurídicos en situaciones de insolvencia y, por la otra, la facilitación de la apertura de un procedimiento de insolvencia contra un grupo de empresas o contra algunas de las empresas del grupo en un contexto transfronterizo de modo que coadyuva al objetivo de obtener el máximo valor posible de la masa en beneficio de todos los acreedores. La historia de la insolvencia transfronteriza desde el caso Maxwell en 1991³ pone de relieve los problemas con que se tropieza al diligenciar actuaciones paralelas y la necesidad de tomar conocimiento de las

² KPN Quest era un grupo de telecomunicaciones que era propietario y que explotaba redes de transmisión por cable de fibra óptica en Europa y los Estados Unidos. Las principales redes estaban dispuestas en forma de anillos: en el anillo que circundaba Europa, el tramo francés pertenecía a una filial francesa; el tramo alemán, a una filial alemana, y así sucesivamente. Al quebrar la empresa matriz holandesa, muchas de las filiales se vieron obligadas a solicitar la protección de los tribunales en el país en que se habían constituido. Nadie pudo coordinar las actuaciones y el grupo fue efectivamente desmembrado.

³ Maxwell Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Causa Núm. 91 B 15741 (15 de enero de 1992) y High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court, Causa Núm. 0014001 de 1991 (31 de diciembre de 1991) (Gran Bretaña).

soluciones creativas que se hayan encontrado. Algunas de esas soluciones se estudian en la Guía de prácticas, pero la elaboración de un régimen legislativo que aborde la insolvencia transfronteriza de grupos de empresas sigue siendo un problema al que todavía no se ha hecho frente.

5. Últimamente se ha hablado mucho de cuál podría ser la base de un régimen jurídico para abordar la insolvencia transfronteriza de grupos de empresas. Entre las sugerencias que se han hecho cabe destacar la de adaptar el concepto de “centro de los principales intereses” en la medida en que se aplica a cada deudor y a un grupo de empresas, de manera que todos los procedimientos contra las empresas del grupo puedan iniciarse y administrarse desde un único centro a través de un solo tribunal y con sujeción a una única ley aplicable. Otra sugerencia fue la de determinar un centro de coordinación del grupo, remitiéndose a la ubicación de la empresa que controle el grupo, o permitir que las empresas del grupo soliciten la apertura de un procedimiento de insolvencia en el Estado en que se hayan entablado procedimientos contra la empresa matriz insolvente del grupo⁴.

6. Estas propuestas plantean importantes y difíciles cuestiones. Algunas de ellas se refieren al carácter mismo de los grupos de empresas multinacionales y a la forma en que funcionan -cómo definir lo que constituye un grupo de empresas a efectos de la insolvencia y especificar los factores que pueden ser importantes para determinar dónde está situado el centro del grupo, suponiendo que cada grupo sólo tenga un centro- así como las cuestiones de jurisdicción sobre las empresas que integran el grupo, o si se dan las condiciones para abrir un procedimiento de insolvencia y la ley aplicable. Otras se refieren al problema que supone llegar a un amplio acuerdo internacional sobre estas cuestiones a fin de encontrar una solución que se aplique de forma coherente y amplia, y posiblemente vinculante, para que haya más certidumbre y previsibilidad en lo relativo a la insolvencia transfronteriza de los grupos de empresas.

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

1. Introducción

7. El primer paso para encontrar una solución al problema de la forma de facilitar el tratamiento global de los grupos de empresas en casos de insolvencia puede consistir en lograr que los principios de la cooperación transfronteriza se apliquen a la insolvencia de grupos de empresas. La cooperación entre tribunales y representantes de la insolvencia en los casos de insolvencia en que intervengan grupos de empresas multinacionales puede contribuir a facilitar la previsibilidad comercial y a aumentar la certidumbre para el comercio y los intercambios, así como a una administración justa y eficiente de los procedimientos que proteja los intereses de las partes, optimice el valor de los bienes de las empresas del grupo para preservar el empleo y reduzca al mínimo los costos. Aunque hay grupos de

⁴ Estas cuestiones se estudian de forma pormenorizada en los documentos de trabajo del Grupo de Trabajo V de la CNUDMI (Régimen de la Insolvencia) - véase A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1, párrafos 3 a 12; A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4, párrafos 3 a 15; A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2, párrafos 2 a 17; A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2, párrafos 6 a 12.

empresas en que tal vez los procedimientos de insolvencia separados sean una posibilidad factible si el grupo no está muy integrado y las empresas que lo componen son relativamente independientes las unas de las otras, en el caso de muchos grupos la cooperación puede ser la única forma de reducir el riesgo de procedimientos de insolvencia fragmentados que pueden destruir el valor del negocio en marcha y hacer que los deudores acoten los bienes, los traspasen o busquen el foro más conveniente.

8. Una limitación muy difundida de la cooperación entre tribunales y representantes de la insolvencia de diversos países en casos de insolvencia transfronteriza se debe a la falta de un marco legislativo y a la incertidumbre sobre las facultades del tribunal estatal para cooperar con tribunales y representantes de la insolvencia extranjeros. La Ley Modelo brinda este marco legislativo, ya que aborda las cuestiones del acceso a los tribunales extranjeros y el reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros y autoriza la cooperación y comunicación entre tribunales de distintos países, entre tribunales y representantes de la insolvencia y entre representantes de la insolvencia.

9. Sin embargo, como las disposiciones de la Ley Modelo se centran en los distintos deudores incluso con bienes en distintos Estados, tienen escasa aplicación a los grupos de empresas con múltiples deudores en varios Estados. Una diferencia fundamental en la insolvencia de grupos de empresas es que el tribunal de un Estado no se ocupa forzosamente del mismo deudor que el tribunal de otro Estado (aunque puede haber un deudor común en el caso de distintas empresas del grupo con bienes en distintos Estados, situación que sí entra en el ámbito de la Ley Modelo). El vínculo entre procedimientos paralelos no es un deudor común, sino que todos los deudores son empresas del mismo grupo. A menos que conforme a la legislación nacional se reconozca o pueda reconocerse la existencia (y posiblemente el alcance) de ese grupo, cada procedimiento parecerá no guardar relación con los otros y la cooperación no parecerá justificarse ya que podría interferir en la independencia de los tribunales estatales o considerarse innecesaria porque cada procedimiento es, en esencia, un procedimiento nacional. Si bien en algunos casos puede ser posible tratar a cada empresa del grupo completamente por separado, en el caso de muchos grupos de empresas es posible que el mejor resultado para cada una de las empresas pueda lograrse mediante una solución más amplia y posiblemente global que refleje la manera en que el grupo llevaba sus negocios antes de la insolvencia y que aborde o bien dependencias comerciales separadas o bien el grupo de empresas en su totalidad, en particular si el negocio está bien integrado.

10. Por estas razones, es conveniente que el régimen de la insolvencia reconozca la existencia de grupos de empresas y, en lo que respecta a la cooperación transfronteriza, la necesidad de que los tribunales cooperen con otros tribunales y con representantes de la insolvencia, no sólo en cuanto a los procedimientos de insolvencia contra el mismo deudor, sino también en lo que respecta a distintas empresas de un mismo grupo.

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

11. Las reglas y prácticas actuales de asistencia y cooperación transfronteriza en cuestiones de insolvencia son muy diversas, inclusive en lo relativo al acceso a los tribunales y al reconocimiento de los procedimientos extranjeros. Muchos Estados

exigen, para la asistencia y la cooperación, alguna forma de reconocimiento del procedimiento extranjero. Para lograr ese reconocimiento, los solicitantes de asistencia y cooperación, ya sea el representante de la insolvencia o los acreedores, suelen tener que presentar una solicitud al tribunal extranjero. Esa solicitud puede referirse a la asistencia para la suspensión del procedimiento, el interrogatorio de los testigos y otras cuestiones reguladas en los artículos 20 y 21 de la Ley Modelo. En la labor realizada durante la preparación de la Ley Modelo se puso de manifiesto la ausencia muy general de legislación interna sobre esas cuestiones y los distintos enfoques que se seguían en las leyes promulgadas. A fin de lograr un enfoque uniforme, la Ley Modelo ofrece el marco legislativo para el acceso a los tribunales y el reconocimiento de los procedimientos extranjeros, fijando condiciones apropiadas para asegurar un acceso rápido y directo (capítulo II, artículos 9 a 14), así como los criterios para determinar si un procedimiento extranjero cumple los requisitos para ser reconocido y los efectos del reconocimiento (capítulo III, artículos 15 a 24). Si bien la Ley Modelo tiene una aplicación limitada en el contexto de los grupos de empresas, es conveniente que el acceso a los tribunales y el reconocimiento de los procedimientos extranjeros que prevé para los deudores individuales se hagan también extensivos a los procedimientos de insolvencia que afecten a empresas de un mismo grupo.

12. Conviene señalar que la cooperación entre un tribunal estatal y un tribunal o representantes extranjeros, como prevé la Ley Modelo, no se supedita a una resolución formal de reconocimiento del procedimiento extranjero, con lo cual se promueve la cooperación desde la fase inicial del procedimiento⁵.

13. En los Estados en que no se requiere acceso ni reconocimiento para facilitar la cooperación, tal vez no haga falta adoptar nueva legislación. Sin embargo, la existencia de tales disposiciones puede no resultar suficiente, dado que los mecanismos disponibles pueden ser engorrosos y costosos y requerir mucho tiempo. Únicamente en los casos en que el acceso y el reconocimiento puedan lograrse en un plazo breve es probable que se logre una cooperación eficaz en la administración de procedimientos que afecten a grupos multinacionales.

Recomendación 239

Finalidad de las disposiciones legislativas

[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, cuando el acceso a los tribunales y el reconocimiento de esos procedimientos extranjeros sean requisitos para la cooperación entre tribunales, representantes de la insolvencia y acreedores, el derecho aplicable permita tal acceso y tal reconocimiento.]

Contenido de las disposiciones legislativas

Acceso a los tribunales y reconocimiento de procedimientos extranjeros

239. El régimen debería prever, en el contexto de los procedimientos de insolvencia que afecten a empresas pertenecientes a un grupo:

⁵ Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, párr. 177.

- a) El acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales; y
- b) El reconocimiento de los procedimientos extranjeros, si es necesario, en virtud de la ley aplicable.

C. Formas de cooperación en que intervienen los tribunales

14. La cooperación en casos de insolvencia transfronteriza puede adoptar distintas formas y puede incluir, como se sugiere en el artículo 27 de la Ley Modelo, la comunicación entre los tribunales, entre los tribunales y representantes de la insolvencia y entre representantes de la insolvencia, así como la utilización de acuerdos de insolvencia transfronteriza, la coordinación de las audiencias y la coordinación de la supervisión y administración de los negocios del deudor. En el caso de un único deudor, la cooperación se prevé en los artículos 25 y 26 de la Ley Modelo. El artículo 25 autoriza al tribunal a cooperar en el mayor grado posible con tribunales extranjeros, y en el artículo 26 se autoriza a un representante de la insolvencia, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, a cooperar en el mayor grado posible con los tribunales y representantes extranjeros. En la Unión Europea, la cuestión de la cooperación también se aborda en el Reglamento del Consejo de la Unión Europea (CE) sobre procedimientos de insolvencia. En el párrafo 20 del preámbulo se indica que en el contexto de los procedimientos principales y los procedimientos secundarios, los síndicos deben cooperar estrechamente, en particular intercambiando una cantidad de información suficiente. El síndico en los procedimientos principales debe estar facultado para intervenir en los procedimientos no principales y proponer un plan de reorganización o solicitar la suspensión de la liquidación de la masa en tales procedimientos. En el artículo 31 del Reglamento del Consejo se establece el deber de los síndicos en los procedimientos principales y de los síndicos en los procedimientos no principales de comunicar información, en particular toda la información que pueda ser pertinente para el otro procedimiento y que se refiera a los avances en lo relativo a la presentación y verificación de los créditos y las medidas destinadas a dar por terminados los procedimientos. Ni en la Ley Modelo ni en el Reglamento del Consejo de Europa se aborda la necesidad de cooperación con respecto a los grupos de empresas, caso en que es preciso que esas obligaciones se apliquen más ampliamente y en que la distinción entre los procedimientos principales y no principales no es pertinente, salvo en la medida en que se aplique a los procedimientos múltiples contra una empresa del grupo.

1. Comunicación por parte de los tribunales

a) Consideraciones generales

15. La Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo⁶, y la Guía de prácticas de la CNUDMI⁷ indican la conveniencia de permitir que los tribunales en procedimientos de insolvencia transfronteriza se comuniquen directamente para evitar que se haya de recurrir a ciertas vías tradicionales demasiado lentas, como sería la carta rogatoria, u otras vías diplomáticas o consulares, y a las

⁶ Id., párrs. 178 y 179.

⁷ Guía de prácticas de la CNUDMI, capítulo II, párrs. 4 a 10, y capítulo III, párrs. 146 a 181.

comunicaciones a través de tribunales superiores. Esta facultad es decisiva cuando los tribunales consideran que deben actuar con celeridad para evitar posibles conflictos o preservar el valor o cuando las cuestiones que se han de examinar son urgentes. Esta capacidad de comunicarse debería incluir la capacidad de entablar comunicaciones, solicitando información o asistencia de los tribunales y representantes de la insolvencia extranjeros, así como la capacidad de recibir y tramitar esas solicitudes del extranjero. Es conveniente que la comunicación no esté supeditada al reconocimiento de los procedimientos extranjeros, permitiéndose así que la comunicación tenga lugar antes de presentarse una solicitud de reconocimiento o con independencia de que se haya presentado o no.

16. Las distintas formas de enfocar la comunicación entre los tribunales y las partes sirven para ilustrar algunos de los problemas que pueden plantearse al tratar de promover la cooperación transfronteriza. Además de la cuestión de si la comunicación entre los tribunales está específicamente autorizada, ocurre muchas veces que los tribunales de distintos Estados vacilan a la hora de comunicarse directamente entre sí o son renuentes a tal comunicación. Estas vacilaciones o renuencias pueden obedecer a consideraciones éticas; a las tradiciones jurídicas; al idioma; o al desconocimiento de las leyes extranjeras y de su forma de aplicación. También pueden guardar relación con las consecuencias de la comunicación para la independencia judicial y la adopción imparcial de decisiones. Algunos Estados adoptan una actitud relativamente liberal en lo que se refiere a la comunicación entre jueces, mientras que, en otros, los jueces no pueden comunicarse directamente con las partes o con los representantes de la insolvencia ni con otros jueces, ya que tal comunicación podría plantear problemas constitucionales. En algunos Estados se considera que las comunicaciones con el juez por iniciativa de una parte son normales y necesarias, mientras que en otros tales comunicaciones no resultan aceptables. Dentro de cada Estado, los jueces y los profesionales del derecho pueden tener distintas opiniones sobre si es apropiado que los jueces mantengan contactos sin el conocimiento o la participación de los representantes legales de las partes. Por ejemplo, algunos jueces no ven reparos en mantener contactos privados entre sí, mientras que algunos profesionales del derecho discrepan vehementemente sobre esa práctica. Habitualmente, los tribunales se centran en los asuntos que juzgan y, como ya se ha dicho, pueden ser renuentes a la hora de prestar asistencia a procedimientos conexos sustanciados en otros Estados, particularmente cuando los procedimientos de los que sean responsables no parezcan implicar ningún elemento internacional, como un deudor extranjero, acreedores extranjeros u operaciones extranjeras.

17. Otra cuestión importante para facilitar la cooperación entre procedimientos de insolvencia que afectan a empresas de un grupo podría ser la capacidad o la buena disposición de los tribunales de adoptar una visión global de los negocios del deudor y ver lo que está sucediendo en los procedimientos de insolvencia sustanciados en otras jurisdicciones con respecto al mismo deudor o a otras empresas del mismo grupo. Esto puede ser particularmente importante cuando es probable que lo que ocurre en esos otros Estados tenga repercusiones a nivel nacional (por ejemplo, con respecto a los empleados locales y otras cuestiones de política social). Si bien el conocimiento de los procedimientos extranjeros o acerca de ellos no modificaría las facultades que tienen los tribunales conforme a la legislación interna, podría con todo influir en la forma en que el tribunal enfoca los procedimientos nacionales y en su buena disposición de coordinarlos con los

procedimientos extranjeros. No obstante, el problema reside en que el tribunal obtenga la información acerca de todas las operaciones de la empresa de un grupo y de los procedimientos de insolvencia concurrentes que sería necesaria para facilitar la coordinación, especialmente cuando permita obtener acceso a información y expedientes que formen parte de procedimientos de insolvencia sustanciados en otros Estados contra distintos deudores, aunque sean empresas de un mismo grupo. Así pues, el primer aspecto es lograr acceso a la información pertinente. El segundo aspecto es facilitarla al tribunal en un procedimiento nacional. Una forma de enfocar el asunto podría consistir en permitir que se facilitaran pruebas documentales apropiadas o que un profesional o representante de la insolvencia de las empresas conexas del grupo de extranjeros compareciera ante el tribunal nacional. Independientemente de las dificultades prácticas, es conveniente que un tribunal pueda tomar nota de los procedimientos extranjeros que pueden repercutir en los procedimientos nacionales que afecten al mismo grupo, en particular cuando se trate de llegar a una solución global para un grupo de empresas multinacionales.

18. Entablar comunicación en el caso de asuntos transfronterizos en que intervengan grupos de empresas puede facilitar los procedimientos transfronterizos de muchas maneras. Por ejemplo, puede ayudar a las partes a comprender mejor las consecuencias o la aplicación de la ley extranjera, en particular las diferencias o los solapamientos que, en otro caso, podrían dar lugar a litigios; propiciar soluciones negociadas aceptables para todas las partes; y suscitar reacciones más fiables de ellas, evitando así las manifestaciones parciales y las distorsiones de los hechos inherentes a los procedimientos en que las partes defienden sus intereses particulares en sus propios Estados. La comunicación también puede fomentar los intereses internacionales facilitando una mejor comprensión, lo que fomentará los negocios internacionales y preservará el valor que, de otro modo, se perdería a causa de la fragmentación de las acciones judiciales. De entrada, puede ser difícil determinar los beneficios potenciales de la comunicación, que tal vez no se hagan patentes hasta que se haya mantenido tal comunicación. Por ejemplo, la comunicación transfronteriza puede poner en evidencia algún hecho o procedimiento que conformará sustancialmente la solución óptima del caso y, a más largo plazo, puede impulsar la reforma legislativa.

19. La comunicación de información entre jueces u otras partes interesadas debería ser transparente, eficaz y fidedigna y en ella deberían seguirse los debidos procedimientos. De forma general, podría ser apropiado estudiar si la comunicación debería tratarse como una cuestión de rutina o si debería ser un último recurso; si un juez podría propugnar la adopción de determinados criterios de acción; y, respecto de las condiciones que podrían aplicarse a las comunicaciones, como las mencionadas a continuación, si deberían aplicarse en todos los casos o si podría haber excepciones. Si bien debería darse amplio margen de discreción a los tribunales al comunicarse con tribunales extranjeros, no debería exigirseles que entablaran comunicaciones que consideren inapropiadas en las circunstancias de un determinado caso. Otra cuestión es la del contenido de la comunicación, y en particular, a si la comunicación puede referirse sólo a cuestiones de procedimiento o también a cuestiones de fondo. Algunos jueces opinan que podrían hablar de cuestiones relacionadas con la gestión de un asunto, de cuestiones cronológicas, de la utilización de acuerdos transfronterizos y de qué tribunal podría resolver qué cuestión, pero no de cuestiones sustantivas que se refieran al fondo de un asunto.

b) Medios de comunicación

20. La información puede comunicarse de distintas maneras, como intercambiando documentos (por ejemplo, copias de órdenes oficiales, sentencias, opiniones, motivos de justificación de decisiones, transcripciones de actuaciones, declaraciones juradas por escrito y otras pruebas) o verbalmente. Los medios de comunicación pueden ser el correo postal, el fax o el correo electrónico, o las llamadas telefónicas simples o por videoconferencia, según los medios de que se disponga y que sean asequibles en los Estados que participen en la comunicación y según lo que sea apropiado o necesario en cada caso. También pueden facilitarse a las partes copias de comunicaciones escritas de acuerdo con las disposiciones aplicables sobre notificaciones. La comunicación puede efectuarse directamente entre jueces o entre funcionarios judiciales o a través de ellos (o a través de un intermediario nombrado por el tribunal) o entre representantes de la insolvencia, según lo que dispongan las reglas del país. El desarrollo de nuevas tecnologías de comunicación fomenta diversos aspectos de la cooperación y coordinación, con la posibilidad de reducir las demoras y, en su caso, de facilitar el contacto personal cara a cara. Estos métodos de comunicación directa se utilizan cada vez más, a medida que se multiplican los litigios a nivel mundial. Por ejemplo, en varios casos se han preferido las videoconferencias, más que las llamadas telefónicas, pues permiten controlar bien el proceso y facilitan una organización disciplinada de la comunicación gracias a que los participantes pueden verse y oírse, lo cual es un aspecto fundamental para los procedimientos judiciales en general. Sin embargo, como estas tecnologías no están disponibles en todos los tribunales, es conveniente centrarse en la forma de facilitar la comunicación adaptándose a las necesidades de cada caso concreto, y no en la utilización de una determinada tecnología.

c) Establecimiento de reglas o procedimientos para la comunicación de tribunal a tribunal

21. En cualquier caso concreto, será conveniente determinar, según resulte apropiado para las jurisdicciones pertinentes y de conformidad con la ley aplicable, los procedimientos que habrán de regir la comunicación de tribunal a tribunal para compaginar los intereses de las distintas partes interesadas y evitar que se perjudique materialmente a una de las partes. En los procedimientos podría tratarse de lo siguiente: las partes a las que habrá que notificar la comunicación propuesta (es decir, todas las partes interesadas y sus representantes legales); las personas a quienes se permitirá participar en la comunicación y toda limitación eventualmente aplicable; las cuestiones que deberán tomarse en consideración; si las partes abrigan las mismas intenciones o tienen la misma concepción de la comunicación; la organización y el momento de la comunicación; la grabación de ésta, toda salvaguardia que será aplicable para proteger los derechos sustantivos y procesales de las partes; el idioma en que se realizará la comunicación y, en su caso, la necesidad de traducir documentos escritos o de interpretar comunicaciones verbales (y quién sufragará los costos administrativos) y los métodos aceptables de comunicación; la tramitación de las objeciones a la comunicación propuesta; y las cuestiones de confidencialidad y transparencia.

22. Los tribunales pueden adoptar directrices, como las Pautas entre Tribunales⁸, para resolver algunas de estas cuestiones. Normalmente, estas directrices tienen por finalidad promover una comunicación transparente entre los tribunales, permitiendo así que tribunales de distintos Estados se comuniquen entre sí, sin modificar las reglas o los procedimientos internos aplicables o sin que ello menoscabe o afecte a los derechos sustantivos de ninguna parte en los procedimientos que se lleven a cabo ante los tribunales.

i) Fecha, lugar y forma de la comunicación

23. Por lo general, es conveniente que las comunicaciones se establezcan en el momento, el lugar y de la forma que determinen mutuamente los tribunales, los representantes de la insolvencia y otras partes interesadas, según proceda. Estas disposiciones no tienen por qué ser adoptadas directamente por los jueces, sino que pueden tomarse a través de los funcionarios judiciales competentes.

ii) Notificación de la comunicación propuesta

24. En los procedimientos de insolvencia en que intervengan grupos de empresas multinacionales, es preciso lograr un equilibrio entre facilitar la comunicación de manera práctica y conveniente y proteger la integridad de la comunicación asegurando que sea un proceso abierto y transparente. Las comunicaciones entre los tribunales pueden afectar a una diversidad de partes, y a menudo puede resultar difícil, o poco práctico, determinar la identidad de todas esas partes, incluidos, por ejemplo, los acreedores. Además, las jurisdicciones participantes pueden aplicar reglas diferentes en lo relativo a las notificaciones, lo que puede plantear cuestiones en cuanto al momento y a la identidad de los receptores (por ejemplo, es posible que no todas las partes interesadas tengan derecho a que se les notifiquen algunas cuestiones). Por consiguiente, será fundamental determinar las partes a quienes habrá que notificar la comunicación propuesta de conformidad con la ley aplicable, y el grado posible de coordinación entre los requisitos de las distintas legislaciones. La falta de normas claras sobre la forma de encarar esta cuestión puede provocar demoras y menoscabar el valor, especialmente cuando sea necesario entablar comunicación para resolver o evitar conflictos o para coordinar determinadas cuestiones, como la venta de bienes o la presentación y verificación de créditos.

25. Por lo general, contribuirá a resolver la cuestión de las notificaciones que los distintos tribunales cooperen para preparar una lista de las partes a las que sea preciso enviar una notificación, entre las que cabe mencionar las que tienen derecho a ser notificadas de cualquier acción del tribunal relacionada con los procedimientos de insolvencia, incluida la comunicación⁹. La coordinación de las notificaciones puede gestionarse mediante un sistema electrónico o un sitio de Internet, lo que podría facilitar: a) el seguimiento de los cambios de identidad de las personas con derecho a ser notificadas en muchos procedimientos de insolvencia, cambios resultantes, por ejemplo, de la cesión o el intercambio de créditos; b) la reducción

⁸ “Pautas entre Tribunales”: Pautas aplicables a las Comunicaciones entre Tribunales en Casos Transfronterizos, publicadas por el American Law Institute (16 de mayo de 2000) y adoptadas por el International Insolvency Institute (10 de junio de 2001), que pueden consultarse en el sitio de Internet <http://www.ali.org/doc/Guidelines.pdf>.

⁹ Véase la Pauta 12 de las Pautas aplicables a las Comunicaciones entre Tribunales.

del costo del envío de notificaciones; y c) las consideraciones de las diferencias entre las leyes aplicables al envío de notificaciones. No obstante, también habría que tener en cuenta cuestiones como el posible idioma, el acceso y la confidencialidad.

iii) *Derecho a participar*

26. Para asegurar la credibilidad de la comunicación y de las partes directamente participantes, así como la equidad y la transparencia, es conveniente que las comunicaciones se efectúen de tal manera que puedan participar en ellas las partes pertinentes, y no por iniciativa de éstas.

27. Sin embargo, como ya se ha dicho, es preciso compaginar esos requisitos con los aspectos prácticos de organizar y llevar a cabo la comunicación. Debido a esto, quizás haya que limitar la participación a “las partes interesadas”. Aunque en las jurisdicciones pertinentes puede haber normas diferentes que rijan la cuestión de lo que constituye una “parte interesada” en las circunstancias concretas del caso o en la comunicación pertinente, en general cabe suponer que los principales interesados serían el deudor (que esté en posesión de los bienes), o el representante de la insolvencia y el representante legal pertinente. Si bien el principio general debería ser que las partes interesadas tienen derecho a participar, puede ser conveniente que los tribunales tengan derecho a determinar, según proceda, quién debería participar en un caso concreto a fin de asegurar que el proceso sea manejable y eficiente.

iv) *Grabación de la comunicación como parte del expediente*

28. También para asegurar la transparencia de la comunicación entre tribunales, el régimen de la insolvencia podría permitir que toda comunicación se grabara y que se preparara una transcripción. Esta transcripción podría pasar a formar parte del expediente de los procedimientos y, en cuanto a tal, estaría generalmente a disposición por lo menos de quienes hubieran participado en la comunicación o de sus representantes legales o, de manera más general, de conformidad con las normas aplicables a la disponibilidad de los expedientes judiciales.

v) *Confidencialidad*

29. En general, las comunicaciones entre tribunales en que se realizan procedimientos de insolvencia simultáneamente en relación con empresas de un grupo multinacional deberían ser todo lo transparente que sea posible para asegurar la equidad a las partes participantes y evitar crear incentivos para que las partes se protejan de la posibilidad de un resultado desfavorable. Es conveniente que la información no se considere confidencial por la simple razón de que la comunicación es de carácter transfronterizo.

30. Sin embargo, gran parte de la información relativa al deudor y sus negocios que habrá de ser examinada y compartida en un procedimiento de insolvencia en que participen grupos de empresas multinacionales puede ser información comercialmente delicada, confidencial o resguardada por obligaciones frente a terceros (secretos comerciales, datos que sean fruto de la labor de investigación y desarrollo de una empresa o datos relativos a su clientela). Esa información puede ser especialmente delicada cuando se trate de un deudor que participe en procedimientos de reorganización, caso en que el hecho de que pueda seguir

funcionando en el mercado y la protección del valor pueden exigir la confidencialidad. Por eso, puede que haya que considerar cuidadosamente la utilización de esa información y puede que haya que limitar de manera apropiada la revelación de información para evitar que haya terceros que se aprovechen indebidamente de ella.

31. Las jurisdicciones que participan en procedimientos de insolvencia relacionados con empresas de grupos multinacionales pueden tener normas sustantivas diferentes respecto de la confidencialidad y la divulgación de información a las partes. Habría que tener en cuenta esas diferencias al examinar la comunicación transfronteriza, y cómo se realizará y se grabará, permitiendo que los tribunales lleguen a un acuerdo sobre las medidas de protección necesarias para cumplir con la ley aplicable.

32. La confidencialidad de la información también puede tener que abordarse en un acuerdo de insolvencia transfronteriza¹⁰, estableciendo requisitos para el acceso a esa información, incluso mediante acuerdos de confidencialidad.

vi) *Costo de la comunicación*

33. La cuestión de los costos de la comunicación puede ser una consideración, especialmente cuando muchas partes se vean afectadas y se utilice un medio de comunicación que entrañe, en algunos Estados, costos relativamente altos, como las videoconferencias. Además, la utilización de varios idiomas puede complicar la comunicación, y acarrear costos cuando haga falta traducir documentos e interpretar comunicaciones verbales. Será importante determinar cómo se sufragarán los costos por parte de los procedimientos de insolvencia pertinentes o cómo se distribuirán entre ellos. Si hay que proceder al reembolso de los costos a algunas partes, debe quedar claro de qué forma y en qué moneda se hará.

vii) *Efecto de la comunicación*

34. Cuando un tribunal se comunique con un tribunal extranjero en el marco de un procedimiento de insolvencia transfronteriza, el régimen de la insolvencia debería aclarar que el mero hecho de que haya habido comunicación no tendrá un efecto sustantivo en la autoridad o las facultades del tribunal, los asuntos sometidos a su examen, sus decisiones o los derechos y reivindicaciones de las partes que participen en la comunicación. Con esa salvedad, se asegurará a las partes que la comunicación entre las autoridades que participen en los procedimientos de insolvencia no comprometerá sus derechos ni afectará a la autoridad y a la independencia del tribunal ante el cual deban comparecer. Es probable que con esto se reduzcan las posibilidades de objeciones a la comunicación prevista y que los tribunales y sus representantes tengan más flexibilidad para cooperar los unos con los otros. Es posible también que con esta salvedad los tribunales y sus representantes no actúen sobrepasando los límites de su autoridad al entablar una comunicación con sus homólogos de otras jurisdicciones. Pese a esta salvedad debería ser posible que los tribunales llegaran explícitamente a un acuerdo sobre

¹⁰ Véase Guía de prácticas de la CNUDMI, sección III.B, párrs. 168 a 171; Guía Legislativa, segunda parte, capítulo III, párrs. 28, 52 y 115 y recomendación 111.

diversas cuestiones, inclusive la aprobación de un acuerdo de insolvencia transfronteriza.

2. Coordinación de los bienes y negocios del deudor

35. La sustanciación de procedimientos de insolvencia transfronteriza relativos a grupos de empresas requerirá a menudo la utilización, liquidación en efectivo o enajenación de los bienes de las distintas masas de la insolvencia. La coordinación de esa utilización, liquidación en efectivo y enajenación contribuirá a evitar controversias y a que lo primordial sea el beneficio de todas las partes interesadas, particularmente en una reorganización. Por ejemplo, una empresa de un grupo puede servir de proveedor exclusivo de otra empresa del grupo o tener control exclusivo de un recurso fundamental utilizado por otra empresa, de manera que los procedimientos de insolvencia respecto de una de esas empresas pueden tener profundas consecuencias para que todo el grupo pueda seguir funcionando. Puede que tanto los tribunales como los representantes de la insolvencia tengan que participar en la coordinación de los bienes y negocios del deudor. Algunos asuntos pueden requerir la aprobación específica de los tribunales, y otros pueden resolverse mediante acuerdo entre los representantes de la insolvencia.

36. Entre las cuestiones que deben tenerse en cuenta para facilitar la coordinación cabe destacar: la ubicación de los distintos bienes y la determinación de la jurisdicción a que están sometidos; la determinación de la ley que rija los bienes y de las partes encargadas de establecer el modo en que los bienes podrán utilizarse o enajenarse (por ejemplo, el representante de la insolvencia, los tribunales o, en algunos casos, el deudor), inclusive de las aprobaciones requeridas; la posibilidad de dividir la responsabilidad por esos bienes entre esas distintas partes en los diferentes Estados; la forma de obtener información sobre los negocios de distintos deudores en diferentes Estados para garantizar la coordinación y la cooperación; y el orden en que habrán de desarrollarse los procedimientos. La coordinación puede también ser importante a la hora de hacer indagaciones sobre los bienes del deudor, de plantearse posibles procedimientos de anulación y de limitar la capacidad del deudor para trasladar los bienes a lugares que no estén al alcance del tribunal o del representante de la insolvencia. También puede requerir que los tribunales determinen el foro óptimo para abordar una cierta cuestión, como la venta o enajenación de un determinado bien y se remitan a ese foro en la medida en que lo permita la ley¹¹.

3. Nombramiento de un representante del tribunal

37. Esta persona puede ser nombrada por un tribunal con la misión de facilitar la coordinación de los procedimientos de insolvencia relativos a empresas de un grupo que tengan lugar en distintos Estados. Las funciones de esta persona pueden variar, según lo que deciden los tribunales, pero no debe verse como un representante de la insolvencia adicional o que suple al representante existente. Sus funciones pueden consistir en actuar de intermediario entre los tribunales y los representantes de la insolvencia pertinentes, especialmente cuando haya problemas de idiomas; elaborar un acuerdo de insolvencia transfronteriza en consulta con las partes pertinentes;

¹¹ La atribución de responsabilidad por determinados actos entre los distintos tribunales se estudia en la Guía de prácticas de la CNUDMI, capítulo II, párrs. 18 a 20; capítulo III, párrs. 59 a 74.

promover entre las partes una solución de consenso de los problemas planteados; facilitar el intercambio de información entre los distintos procedimientos; y asegurar que se notifiquen a todas las partes interesadas (por ejemplo, a otras empresas del grupo, a acreedores y tribunales o a representantes de la insolvencia extranjeros) algunos de los asuntos sometidos a la consideración de los tribunales. El tribunal que nombre a esta persona por lo general indicará las condiciones en que se autoriza a esta persona a actuar y el alcance de sus facultades. Dicha persona puede ser nombrada con una misión especial, como la negociación de un acuerdo de insolvencia transfronteriza o, de forma más general para desempeñar las diversas funciones mencionadas. Asimismo, esa persona puede tener que informar periódicamente al tribunal o a los tribunales en que tengan lugar los procedimientos, así como a las partes.

4. Coordinación de audiencias

38. Estas audiencias, que cabe calificar de conjuntas, simultáneas o coordinadas¹² (“audiencias coordinadas”) pueden promover considerablemente la eficiencia de los procedimientos de insolvencia simultáneos en que participen empresas de un grupo multinacional al reunir a las partes interesadas pertinentes para que intercambien información y analicen y resuelvan las cuestiones pendientes o los posibles conflictos, evitando de este modo negociaciones prolongadas y las consiguientes demoras. Sin embargo, en lo relativo a estas audiencias, es preciso insistir en que cada tribunal debe adoptar su propia decisión independientemente y sin influencias del otro tribunal. Estas audiencias pueden resultar relativamente fáciles de organizar a nivel nacional para asegurar la coordinación de los procedimientos relativos a distintas empresas del grupo, pero desde un punto de vista logístico, pueden ser muy difíciles de organizar a nivel internacional, ya que puede tratarse de distintos idiomas, distintas zonas horarias, leyes, procedimientos y tradiciones judiciales. Por ejemplo, se puede llegar a un punto muerto si no se acuerdan o establecen con exactitud las facultades de las autoridades que participan en la audiencia.

39. Aunque estas audiencias pueden ser difíciles de organizar, se han utilizado entre algunos Estados que tienen un idioma común, tradiciones jurídicas y zonas horarias parecidas y han llevado a la satisfactoria solución de cuestiones difíciles en beneficio de todas las partes interesadas¹³. No obstante, es posible que esas audiencias se utilicen de forma más amplia en el futuro, con la ayuda de procedimientos y salvaguardias apropiados, para contribuir a una cuidadosa planificación y evitar complicaciones. Por ejemplo, en esas normas de procedimiento cabría considerar la utilización de conferencias previas a la audiencia, la realización de audiencias, inclusive el idioma que se utilizará y la necesidad de interpretación, los requisitos para enviar notificaciones; los métodos de comunicación que se utilizarán de manera que los tribunales puedan oírse

¹² Este tipo de audiencias se estudian en la Guía de prácticas de la CNUDMI, capítulo II, párrs. 18 a 20; capítulo III, párrs. 59 a 74.

¹³ Véanse, por ejemplo, las causas de *Quebecor World Inc.*, Montreal Superior Court, Commercial Division (Canadá), Núm. 500-11-032338-085, y United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Núm. 08-10152 (JMP) (2008), así como *Solv-Ex Canada Limited and Solv-Ex Corporation*, Alberta Court of Queen's Bench, Caso Núm. 9701-10022 (28 de enero de 1998), y United States Bankruptcy Court for the District of New Mexico, Caso Núm. 11-97-14362-MA (28 de enero de 1998).

simultáneamente; las condiciones aplicables al derecho a comparecer y ser oído; los documentos que podrán presentarse, los tribunales a los que los participantes podrán presentar documentos; las formas de presentación de documentos al tribunal y la posibilidad de que otros tribunales dispongan de dichos documentos; la cuestión de la confidencialidad; las condiciones que limiten la jurisdicción de cada tribunal a las partes que comparezcan ante él¹⁴; y la emisión de decisiones.

40. Algunas directrices y acuerdos relativos a este tipo de audiencias prevén que para planificar de la mejor manera una administración ordenada, los tribunales, las personas designadas por ellos o los representantes de la insolvencia deberán comunicarse con sus homólogos extranjeros antes de la audiencia para establecer las directrices relacionadas con todos los asuntos de procedimiento, administrativos y preliminares. Una vez concluida la audiencia, las autoridades pertinentes podrán volver a comunicarse para evaluar el contenido de la audiencia, hablar de los próximos pasos (inclusive otras audiencias), preparar o modificar directrices para las audiencias futuras, considerar si sería factible o si se justificaría emitir decisiones conjuntas y determinar cómo deberían resolverse algunos asuntos de procedimiento que se plantearan durante la audiencia¹⁵.

Recomendaciones 240 a 245

Finalidad de las disposiciones legislativas

La finalidad de las disposiciones legislativas sobre cooperación entre tribunales en el contexto de grupos de empresas transnacionales es la siguiente:

- 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
- c) Facilitar y promover la utilización de diversas formas de cooperación para coordinar los procedimientos de insolvencia relativos a diferentes empresas de un grupo en diferentes Estados y determinar las condiciones y salvaguardias que deberán aplicarse a esas formas de cooperación para proteger los derechos sustantivos y de procedimiento de las partes y la autoridad e independencia de los tribunales.

¹⁴ Véase la Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 10.

¹⁵ Véase también Guía de prácticas de la CNUDMI, nota 12 *supra*; y la Pauta 9 e) de las Pautas aplicables a las Comunicaciones entre Tribunales.

Contenido de las disposiciones legislativas¹⁶

Cooperación entre el tribunal y tribunales extranjeros o representantes de la insolvencia extranjeros

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 extranjeros¹⁷, 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.

Cooperación en el mayor grado posible entre los tribunales

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];

b) Coordinando la administración y supervisión de los negocios de las empresas del grupo sujetas a procedimientos de insolvencia;

c) Nombrando a una persona o a un órgano para que actúe bajo dirección del tribunal; y

d) Aprobando o ejecutando acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos de insolvencia de conformidad con la recomendación 254.

Comunicación directa entre el tribunal y los tribunales o representantes extranjeros¹⁸

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

¹⁶ Esas recomendaciones sobre cooperación tienen la finalidad de ser permisivas, y no prescriptas, y se ajustan a lo dispuesto en los correspondientes artículos de la Ley Modelo (artículos 25.1 y 26.1).

¹⁷ Definidos en el artículo 2 d) de la Ley Modelo como “la persona o el órgano incluso designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor o para actuar como representante del procedimiento extranjero”.

¹⁸ Véase la Ley Modelo de la CNUDMI, artículos 25.2 y 26.2.

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

Condiciones aplicables a la comunicación transfronteriza entre tribunales

243. El régimen de la insolvencia debería especificar que las comunicaciones entre los tribunales y entre tribunales y los representantes extranjeros [que se lleven a cabo conforme a las presentes recomendaciones] estarán sujetas a las siguientes condiciones:

- a) La fecha, el lugar y la forma de la comunicación deberán ser determinados entre los tribunales o entre los tribunales y los representantes extranjeros;
- b) Toda propuesta de comunicación deberá notificarse a las partes interesadas de conformidad con la ley aplicable;
- c) Un representante deberá tener derecho a participar personalmente en la comunicación. Una parte interesada podrá participar en una comunicación de conformidad con la ley aplicable y cuando los tribunales lo estimen apropiado;
- d) Según decidan los tribunales, la comunicación podrá ser objeto de una grabación o de una transcripción. Esa transcripción podrá considerarse la transcripción oficial de la comunicación y podrá registrarse como parte del expediente del procedimiento;
- e) Las comunicaciones solo deberán tratarse de forma confidencial en casos excepcionales, según estimen oportuno los tribunales y de conformidad con la ley aplicable; y
- f) En toda comunicación deberían respetarse las reglas de rango imperativo de los países entre los que se realice la comunicación, así como los derechos sustantivos y de procedimiento de las partes interesadas, en particular el carácter confidencial de la información.

244. El régimen de la insolvencia debería especificar que las comunicaciones en que intervengan los tribunales [conforme a las presentes recomendaciones] [conforme a las recomendaciones 240 a 245] no darán lugar a:

- a) Transacción o renuncia alguna, por parte del tribunal, de alguna facultad o responsabilidad suya ni de su autoridad;
- b) La resolución, en cuanto al fondo, de alguna cuestión de la que conozca el tribunal del lugar;
- c) Renuncia, por alguna de las partes, a alguno de sus derechos sustantivos o créditos; y
- d) Ni a merma alguna de la validez de una orden dictada por el tribunal.

Coordinación de audiencias

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, podrán imponerse algunas condiciones para salvaguardar los derechos sustantivos y de procedimiento 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 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 él¹⁹. Con independencia de la coordinación de las audiencias, cada tribunal seguirá siendo responsable de llegar 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

41. Como se indica más arriba (véase segunda parte, capítulo III, párrs. 35 y ss.), el representante de la insolvencia cumple una función decisiva en la ejecución efectiva y eficaz del régimen de la insolvencia, ya que se encarga de la administración diaria de la masa de la insolvencia del deudor. Siendo así, los representantes de la insolvencia cumplirán una función fundamental asegurándose de la buena coordinación de múltiples procedimientos contra empresas del grupo colaborando entre sí y con los tribunales pertinentes. Para desempeñar este cometido, el representante de la insolvencia, al igual que el tribunal, deberá tener facultades apropiadas para realizar las tareas necesarias, por ejemplo, intercambiando información, coordinando la administración y supervisión diarias de los negocios del deudor, negociando acuerdos de insolvencia transfronteriza, etc.

42. Como ya se ha señalado, esos arreglos de cooperación y coordinación no pueden mermar ni eliminar las obligaciones que tenga el representante de la insolvencia conforme a la ley que rija su nombramiento.

Recomendaciones 246 a 250

Finalidad de las disposiciones legislativas

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 contra distintas empresas de un mismo grupo en diferentes Estados;

b) Facilitar y promover la utilización de diversas formas de cooperación entre esos representantes de la insolvencia y establecer las condiciones y salvaguardias que deberán aplicarse a esas formas de cooperación a fin de proteger los derechos sustantivos y de procedimiento de las partes.

¹⁹ Véase también la Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 10.

Contenido de las disposiciones legislativas

Cooperación entre el representante de la insolvencia y los tribunales extranjeros

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 contra 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 contra empresas [de ese] [pertenecientes al mismo] grupo.

Cooperación entre representantes de la insolvencia

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 contra 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 extranjeros²⁰ nombrados para administrar procedimientos entablados en otros Estados contra empresas [de ese] [pertenecientes a ese mismo] grupo, a fin de facilitar la coordinación entre esos procedimientos.

Comunicación entre el representante de la insolvencia y los tribunales extranjeros

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 respecto de ese procedimiento y de los procedimientos entablados en otros Estados contra empresas [de ese] [pertenecientes a ese mismo] grupo.

Comunicación entre representantes de la insolvencia

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 contra empresas [de ese] [pertenecientes a ese mismo] grupo en relación con esos procedimientos.

Cooperación en el mayor grado posible entre representantes de la insolvencia

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:

- a) Intercambiar y revelar información sobre las empresas de un grupo sujetas a un procedimiento de insolvencia, a condición de que se adopten las medidas oportunas para proteger el carácter confidencial de la información;

²⁰ Véase la nota 17 *supra* relativa a la definición del representante extranjero, que prevé el nombramiento de un representante a título provisional.

b) Recurrir a acuerdos de insolvencia transfronteriza de conformidad con la recomendación 253²¹;

c) Distribuir las responsabilidades entre los representantes de la insolvencia, e incluso previendo que uno de ellos asuma una función rectora o de coordinación;

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

e) Coordinarse entre sí acerca de las propuestas y la negociación de planes coordinados de reorganización.

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

43. La coordinación se puede fomentar también a través del nombramiento del representante de la insolvencia, considerando la posibilidad de nombrar, por ejemplo, a un mismo o único representante de la insolvencia para múltiples procedimientos de insolvencia entablados contra empresas de un mismo grupo en diferentes Estados, siempre que esa persona (tanto física como jurídica) cumpla los requisitos legales de cada país (véanse los párrafos 139 a 145 del capítulo II respecto de los procedimientos internos). Este nombramiento, además de las ventajas que supondría para procedimientos nacionales múltiples, podría facilitar enormemente, en un contexto internacional, la cooperación entre los distintos procedimientos y la reorganización de un grupo en su conjunto.

44. Como ya se ha señalado en relación con el contexto nacional, a la hora de decidir si sería apropiado nombrar a un único o mismo representante de la insolvencia, habría que tomar en consideración la naturaleza del grupo, concretamente el grado de integración entre sus empresas y su estructura empresarial. Además, es importantísimo que la persona que se nombre para ejercer tal función tenga la experiencia y los conocimientos adecuados (véase la segunda parte, capítulo III, párr. 39) en cuestiones de insolvencia internacional y que se estudie minuciosamente esa experiencia y esos conocimientos antes de efectuar el nombramiento a fin de cerciorarse de que se ajustan a las características del grupo de empresas pertinente y de los negocios que realiza. Es conveniente que la decisión de nombrar un único o el mismo representante de la insolvencia para administrar a dos o más empresas de un grupo cuando ello redunde en beneficio de los procedimientos de insolvencia.

45. Tal persona debería estar sujeta a la ley aplicable en el Estado en que haya sido designada, en particular en lo que se refiere a calificaciones, licencias (si procede), facultades y deberes, y a la supervisión del tribunal. En consecuencia, el

²¹ Véase la Guía de prácticas de la CNUDMI en la que se recopilan las prácticas seguidas con respecto a la utilización y negociación de estos acuerdos, con un análisis de las cuestiones que se suelen abordar.

representante de la insolvencia estaría sujeto a las mismas condiciones locales que cualquier representante de la insolvencia nombrado en uno de esos Estados.

46. Cabría designar a una persona física que estuviera facultada para actuar en distintos Estados o a una persona jurídica que empleara o que tuviera entre su personal a personas cualificadas para actuar como representantes de la insolvencia en varios Estados. Si bien en general puede resultar difícil encontrar a personas debidamente cualificadas, es posible que haya regiones en que esa práctica sea más común o que la globalización del comercio y de los servicios vaya abriendo paso a esa posibilidad.

47. Cuando se opte por este enfoque, puede haber que adoptar disposiciones para evitar posibles conflictos de interés. Puede surgir un conflicto de interés cuando las empresas del grupo representadas por un único representante de la insolvencia tienen intereses diferentes en una cuestión concreta, por ejemplo la financiación posterior a la apertura de un procedimiento o la verificación y admisión de los créditos, especialmente créditos entre las empresas del grupo, o cuando las obligaciones del representante de la insolvencia conforme a distintos regímenes de insolvencia sean directamente contradictorias. Estos casos podrían resolverse de la misma manera que se ha indicado antes respecto del nombramiento de un único o mismo representante de la insolvencia en el ámbito interno (véanse el capítulo II, párrafo 144, y la recomendación 233).

Recomendaciones 251 y 252

Finalidad de las disposiciones legislativas

La finalidad de las disposiciones legislativas sobre el nombramiento del representante de la insolvencia en el contexto de grupos multinacionales de empresas, en aras de promover una administración eficiente y eficaz de los procedimientos de insolvencia contra empresas del mismo grupo en diferentes Estados, es:

- a) Autorizar, cuando el tribunal decida que ello redundará en beneficio de los procedimientos de insolvencia pertinentes, el nombramiento de un único o un mismo representante de la insolvencia para administrar múltiples procedimientos; y
- b) Abordar los conflictos que pudieran plantearse a raíz del nombramiento de un único o mismo representante de la insolvencia.

Contenido de las disposiciones legislativas

Nombramiento de un único o un mismo representante de la insolvencia

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 [el régimen de la insolvencia] [la ley aplicable], el representante de la insolvencia estará sujeto a la supervisión de cada uno de los tribunales que lo haya nombrado.

Conflictos de interés

252. El régimen de la insolvencia debería prever medidas para dirimir todo conflicto de interés que pudiera surgir en el supuesto de que se nombre a un único o a un mismo representante de la insolvencia en el marco de procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un grupo en distintos Estados. Entre esas medidas cabría prever la de que se nombrara uno o más representantes de la insolvencia adicionales.

E. Utilización de acuerdos de insolvencia transfronteriza²²

48. El conjunto de las partes interesadas en los procedimientos de insolvencia, ante la necesidad cotidiana de resolver casos de insolvencia y de intentar coordinar la administración de procedimientos de insolvencia transfronteriza mientras no se adopten de forma generalizada regímenes nacionales o internacionales que faciliten los procedimientos, han formulado acuerdos de insolvencia transfronteriza. Estos acuerdos se estudian de forma pormenorizada en la Guía de prácticas de la CNUDMI. Su finalidad es abordar las cuestiones que se plantean en los casos de insolvencia transfronteriza, facilitando su resolución mediante la cooperación entre los tribunales, el deudor y otras partes interesadas de distintos países, a fin de trabajar con eficiencia y de incrementar las liquidaciones en efectivo en beneficio de los acreedores de jurisdicciones potencialmente concurrentes. Su utilización puede contribuir en gran medida a reducir los costos de las acciones judiciales y permitir que las partes se concentren en los procedimientos en sí sin tener que resolver problemas de conflictos de leyes y otras controversias de esta índole. Asimismo, además de aclarar las expectativas de las partes, estos acuerdos pueden contribuir a preservar los bienes del deudor y a optimizar su valor. En la práctica seguida hasta la fecha esos acuerdos han sido normalmente aprobados por los tribunales, pero también podrían aprobarlos los acreedores o los comités de acreedores; esos acuerdos también podrían hacer las veces de arreglos contractuales entre los signatarios.

49. Por lo general, los acuerdos de insolvencia transfronteriza se celebran con objeto de facilitar la cooperación y la coordinación internacionales de múltiples procedimientos de insolvencia entablados en distintos Estados. Estos acuerdos tienen la finalidad de coadyuvar a la gestión de esos procedimientos y tratan de poner de manifiesto la armonización de cuestiones procesales, y no sustantivas, entre las jurisdicciones interesadas (si bien, en un número limitado de circunstancias, pueden abordarse cuestiones sustantivas). Los acuerdos transfronterizos varían en su forma (escrita o verbal) y en su alcance (genérico o concreto) y pueden ser concertados por distintas partes. Los simples acuerdos genéricos pueden poner de relieve la necesidad de estrechar la cooperación entre las partes, sin abordar cuestiones concretas, mientras que en los acuerdos más detallados y concretos se establece un marco de principios que deberían regir los procedimientos de insolvencia múltiples.

50. Pueden considerarse como contratos entre los firmantes o, en el caso de que hayan sido probados por el tribunal, pueden adquirir la categoría jurídica de una

²² Para un estudio detallado de los acuerdos de insolvencia transfronteriza, véase la Guía de prácticas de la CNUDMI.

orden judicial. Los acuerdos pueden abarcar uno o más asuntos y nada impide que las partes concierten varios acuerdos a medida que avancen los procedimientos para abordar las distintas cuestiones que se planteen. Por ejemplo, no es raro que al iniciarse un procedimiento de insolvencia se concierten acuerdos que se refieran a la comunicación general y a la cooperación, y que más adelante se celebren acuerdos específicos sobre la tramitación de los créditos. Así pues, la conclusión de un acuerdo de insolvencia transfronteriza no se limita a un determinado período, como podría ser el período anterior a la apertura de un procedimiento. Si bien no cabe duda de que es preferible que se celebre en una etapa inicial de los procedimientos para tener en cuenta las expectativas y aclarar las cuestiones, un acuerdo puede celebrarse en una etapa ulterior, cuando se planteen cuestiones concretas que indiquen la necesidad de cooperación. También cabe la posibilidad de modificar los acuerdos existentes, con sujeción a los requisitos del acuerdo en cuanto a las modificaciones.

51. Como ya se ha dicho, en los acuerdos de insolvencia transfronteriza pueden enunciarse simplemente principios generales sobre el modo en que deben llevarse a cabo la cooperación y la coordinación, o también pueden regularse cuestiones concretas, según requiera el caso en concreto, además de las cuestiones que deban resolverse. A continuación se indican algunas de las cuestiones que suelen abordarse:

- a) La asignación de responsabilidad por los diversos aspectos de la sustanciación y de la administración del procedimiento entre los distintos tribunales que intervienen en él y entre los representantes de la insolvencia, inclusive las limitaciones de la facultad para actuar sin la aprobación de los demás tribunales o de los demás representantes de la insolvencia;
- b) La previsión y la coordinación de medidas de exención otorgables;
- c) La coordinación de la recuperación de los bienes en beneficio de todos los acreedores, en el caso de que se reclamen bienes de una empresa del grupo objeto de un procedimiento de quiebra en un Estado diferente;
- d) La presentación de los créditos y el trato que se les da;
- e) La utilización y enajenación de los bienes;
- f) Los métodos de comunicación, inclusive el idioma, la frecuencia y los medios;
- g) La comunicación de avisos;
- h) La coordinación y armonización de planes de reorganización;
- i) Las cuestiones específicamente relacionadas con el acuerdo, inclusive la enmienda y la rescisión, la interpretación, la eficacia y la solución de controversias;
- j) La administración de procedimientos, en particular en lo que respecta a la paralización de procedimientos o al acuerdo concertado entre las partes de no entablar determinadas acciones legales;
- k) La elección de la ley aplicable respecto de cuestiones que se superpongan;
- l) La asignación de responsabilidades entre las partes en el acuerdo;

- m) Las costas y los honorarios y;
- n) Las salvaguardias.

52. Las salvaguardias incluidas suelen tratar de asegurar que en los acuerdos no se hagan excepciones a la independencia y autoridad del tribunal, el orden público y la ley aplicable, en particular en lo que respecta a las obligaciones contraídas por el representante de la insolvencia o por las partes, incluido el deudor.

53. Estos acuerdos son cada vez más frecuentes, sobre todo en algunos Estados, y se han utilizado con éxito en distintas situaciones, como la reorganización concurrente y los procedimientos de liquidación en distintos Estados; en procedimientos principales y no principales, según la definición de la Ley Modelo; y en procedimientos concurrentes de insolvencia y de no insolvencia en distintos Estados. Sin embargo, conviene observar que si bien el régimen de la insolvencia de algunos Estados autoriza a los tribunales a aprobar acuerdos transfronterizos respecto del mismo deudor (por ejemplo, con disposiciones análogas a las del artículo 27 de la Ley Modelo), esa autorización no tiene por qué aplicarse a la utilización de esos acuerdos en el contexto del grupo. Es posible que para facilitar la solución global de las dificultades financieras de un grupo (ya se trate de la reorganización de conjunto o de una combinación de distintos procedimientos) se necesite un acuerdo para coordinar múltiples procedimientos con respecto a distintos deudores en diferentes Estados, aunque pertenezcan al mismo grupo. Puede haber muchas leyes que no contengan las disposiciones necesarias para que un tribunal pueda aprobar o reconocer un acuerdo relativo no solo a los deudores sujetos a su jurisdicción, sino también a los deudores que no lo estén, incluso si son empresas del mismo grupo.

54. En consecuencia, es conveniente que para mejorar la cooperación transfronteriza, el régimen de la insolvencia autorice a las partes pertinentes (representantes de la insolvencia y otras partes interesadas) a celebrar acuerdos de insolvencia transfronteriza relativos a distintas empresas del grupo en diferentes Estados y permita a los tribunales aprobar o ejecutar esos acuerdos, teniendo en cuenta el contexto del grupo. Conviene señalar que diferentes Estados pueden tener distintos requisitos formales que deberán observarse para que estos acuerdos sean eficaces en las jurisdicciones pertinentes.

Recomendaciones 253 y 254

Finalidad de las disposiciones legislativas

La finalidad de las disposiciones legislativas relativas a los acuerdos de insolvencia transfronteriza es asegurar que el régimen de la insolvencia:

- a) Permita utilizar esos acuerdos para facilitar la cooperación en lo relativo a los procedimientos de insolvencia contra empresas del mismo grupo en diferentes Estados; y
- b) Autorice la aprobación de esos acuerdos por el tribunal, según proceda.

Contenido de las disposiciones legislativas

Autoridad para celebrar acuerdos de insolvencia transfronteriza

253. El régimen de la insolvencia debería permitir que el representante de la insolvencia y otras partes interesadas celebren un acuerdo de insolvencia transfronteriza en que intervengan dos o más empresas del mismo grupo en Estados diferentes, a fin de facilitar la coordinación de los procedimientos de insolvencia contra las empresas de ese grupo.

Aprobación o ejecución de acuerdos de insolvencia transfronteriza

254. El régimen de la insolvencia debería permitir que el tribunal apruebe o ejecute un acuerdo de insolvencia transfronteriza en el que intervengan dos o más empresas del mismo grupo en diferentes Estados, a fin de facilitar la coordinación de los procedimientos de insolvencia contra las empresas de ese grupo.
