Naciones Unidas A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.6

Asamblea General

Distr. limitada
19 de abril de 2010
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
38º período de sesiones
Nueva York, 19 a 23 de abril de 2010

Régimen de la insolvencia: posible labor futura

Adición

Observaciones de la Asociación Internacional de Abogados relativas a las propuestas de elaboración de una convención internacional y/o de una ley modelo sobre la insolvencia transfronteriza de grupos de empresas*

1. En el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo V de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Viena, 2009), el Grupo de Trabajo convino en examinar, en su siguiente período de sesiones, determinadas propuestas sobre las futuras deliberaciones del Grupo de Trabajo[1], que incluían las siguientes preguntas:

a) ¿Debería la CNUDMI encomendar al Grupo de Trabajo V la preparación de una convención internacional sobre los procedimientos de insolvencia transfronteriza (en adelante, "la Convención")?[2]

---

* Este documento se ha presentado lo antes posible tras la recepción de las observaciones.

[1] El Grupo de Trabajo V ha dedicado varios períodos de sesiones a la formulación de recomendaciones para la preparación de un anexo de la Guía Legislativa que regule diversas cuestiones jurídicas de carácter procesal y sustantivo que plantean, a nivel nacional e internacional, en los casos de insolvencia transfronteriza de grupo de empresas. La labor anterior del Grupo de Trabajo V culminó con la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y con la actual Guía Legislativa, que regulaba los casos de insolvencia de deudores que eran entidades individuales. La tercera parte de la Guía Legislativa constituye un primer paso en la armonización de las normas jurídicas que han de regir los procedimientos de insolvencia de grupos de empresas transfronterizos.

[2] En el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo V, la *Union Internationale des Avocats* ("UIA") presentó, en el documento CRP.3, una propuesta de convención sobre el régimen

V.10-52932 (S) 200410 200410

Se ruega reciclar

b) Debería la CNUDMI encomendar al Grupo de Trabajo V la preparación de una ley modelo sobre los procedimientos de insolvencia de grupos de empresas (en adelante, "la ley modelo sobre los grupos de empresas")?[3]

2. La Sección sobre Insolvencia, Reestructuración y Derechos de los Acreedores, de la Asociación Internacional de Abogados, presenta a continuación comentarios resumidos para el caso en que se dé una respuesta afirmativa condicional a las preguntas que anteceden.

A. Convención sobre los procedimientos de insolvencia transfronteriza

El Grupo de Trabajo V debería recomendar disposiciones para una convención sobre los procedimientos de insolvencia transfronteriza que regulara las cuestiones tratadas en las recomendaciones del proyecto de tercera parte de la Guía Legislativa, capítulo II (cuestiones de ámbito internacional). Con una convención ejecutable con criterios de reciprocidad se instituiría un marco internacional fiable que aseguraría una administración coordinada y coherente de los procedimientos de insolvencia transfronteriza, especialmente de los que afectan a grupos de empresas.

3. La ausencia de reglas internacionales ejecutables, fiables y coherentes, que garanticen la coordinación, cooperación y comunicación entre tribunales y entre las entidades que administren procedimientos de insolvencia multinacionales y transfronterizos de grupos de empresas, ha dado lugar a conflictos de jurisdicción, a excesivos litigios y a competencia para los bienes y para el control entre los tribunales nacionales y los administradores de la insolvencia. Los tribunales de algunos Estados han suplido esta deficiencia aprobando protocolos transfronterizos específicos[4].

4. En cambio, los tribunales de otros países no han estado dispuestos a adoptar tales protocolos. Con una convención sobre los aspectos (procesales) internacionales de los procedimientos de insolvencia transfronteriza se regularían esas cuestiones. Uno de los objetivos primordiales de la convención sería establecer un marco más coherente y fiable que una ley modelo para la coordinación, cooperación y comunicación entre tribunales, administradores de la insolvencia y profesionales de la insolvencia, así como facilitar una administración conjunta, en

---

internacional de la insolvencia en que se abordaban cuestiones como: el acceso de los representantes extranjeros a los procedimientos; el reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros; la cooperación y la comunicación entre representantes de la insolvencia y tribunales; y otras posibles cuestiones como la "competencia directa" ("convention double") y la ley aplicable.[*Véase también el documento A/CN.9/WG.V/WP.93, párrs. 1, 4 y 5.*]

[3] [*Véase la propuesta de los Estados Unidos de América sobre la preparación de una ley modelo o de disposiciones modelo sobre determinadas cuestiones del derecho internacional de la insolvencia, que figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1, así como los antecedentes de esa propuesta, que figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2.*]

[4] En julio de 2009, la CNUDMI adoptó la Guía de prácticas sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza, elaborada por el Grupo de Trabajo V, en la que se describen en gran detalle los logros realizados hasta la fecha con los protocolos para casos de insolvencia internacional.

procedimientos de insolvencia transfronteriza de grupos de empresas que muchas veces tienen repercusiones de gran alcance en la economía mundial.

1. Ventajas comparativas de una convención

5. La escasa adopción de que ha sido objeto hasta la fecha la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza amenaza con deparar un destino similar a las recomendaciones del Grupo de Trabajo V sobre la insolvencia de grupos de empresas en el contexto internacional, y merece la pena reconsiderar la cuestión de si esas recomendaciones deben incorporarse a una convención o a una Ley Modelo[5]. En general, se considera que las leyes modelo tienen más probabilidades de ser adoptadas que las convenciones, dado que las asambleas legislativas nacionales pueden introducir modificaciones al promulgar las leyes modelo, pero no pueden hacerlo en el caso de las convenciones[6]. Aun así, es posible que una convención prosperara casi tanto como una ley modelo que regulara aspectos internacionales de los procedimientos de insolvencia transfronteriza de grupos de empresas.

6. El Grupo de Trabajo V ha analizado las notables diferencias existentes entre los regímenes de la insolvencia y las reglas procesales sustantivas de diversos Estados que impiden incluso una cooperación y una comunicación transfronteriza limitadas en los casos de los grupos de empresas[7]. Si bien la Guía Legislativa de la CNUDMI y su Ley Modelo son instrumentos conocidos en los tribunales y entre los profesionales de la insolvencia de muchos países, sus disposiciones no se han adoptado con la frecuencia deseada. Ello obedece en parte a que los Estados vacilan a la hora de modificar reglas de derecho, de ceder competencias o de otorgar privilegios, pues temen que otros Estados no lo harían por reciprocidad del mismo modo o en el mismo grado; en cambio, las leyes modelo no entrañan una promesa de reciprocidad y su aplicación no está sujeta a que otros Estados sigan ese principio.

7. Esta objeción se paliaría si una convención sólo fuera vinculante y eficaz entre los Estados contratantes. Por ejemplo, los Estados tal vez no estén dispuestos a promulgar un principio general del régimen de la insolvencia que reconozca “en pie de igualdad” los procedimientos de insolvencia extranjeros y los procedimientos nacionales por temor a que otros Estados no equiparen ambos tipos de procedimientos. Probablemente, esos Estados renuentes estarían más dispuestos a reconocer ese principio en el contexto de una convención que previera una acción recíproca de los tribunales de otros Estados contratantes.

---

[5] Antes de empezar a redactar una nueva ley modelo o una nueva convención, el Grupo de Trabajo debería analizar detalladamente las razones por las que tan pocos Estados han promulgado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Con ello el Grupo de Trabajo podría obtener información útil sobre si sería viable proponer una ley modelo sobre la insolvencia de grupos de empresas (o una convención sobre aspectos internacionales de los procedimientos de insolvencia transfronteriza) y, de ser así, sobre el modo en que pueden incrementarse las probabilidades de que esos instrumentos sean ampliamente adoptados y promulgados o ratificados.

[6] No obstante, los Estados pueden formular reservas sobre determinadas disposiciones de las convenciones. En los últimos decenios, esta práctica otrora desfavorecida se ha ido aceptando cada vez más.

[7] Esas diferencias han contribuido a que muchos Estados se hayan mostrado renuentes a la hora de promulgar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

8. Por lo tanto, una convención sobre los procedimientos de insolvencia transfronteriza solo debería ser vinculante y eficaz sobre la base de la reciprocidad[8] y debería limitarse al contexto internacional (es decir, en el contexto de los grupos de empresas, a los temas tratados en la tercera parte de la Guía Legislativa, capítulo II, cuestiones de ámbito internacional)[9]. Si bien una convención que trate de las recomendaciones de ámbito nacional de la tercera parte del capítulo I de la Guía Legislativa no es viable[10], tendría posibilidades realistas la adopción de una convención que regulara las cuestiones que entran en el ámbito de la segunda parte y con esa convención se eludirían muchos de los obstáculos experimentados hasta la fecha a la hora de aplicar convenciones regionales sobre la insolvencia más ambiciosas y sustantivamente más amplias.

9. Las leyes modelo se promulgan en el marco de las legislaciones de los Estados (en este caso, en el marco de sus respectivos regímenes de la insolvencia). Algunas disposiciones de leyes modelo no pueden promulgarse porque difieren excesivamente de las normas básicas de un ordenamiento jurídico para ser integradas en el derecho sustantivo de un Estado[11]. En cambio, las convenciones internacionales, si bien son totalmente vinculantes en virtud del derecho interno y técnicamente forman parte de él, crean a menudo excepciones limitadas a leyes nacionales (y tradiciones judiciales) por lo demás aplicables como contratos

---

[8] Tales disposiciones sobre reciprocidad vienen enunciadas en varias convenciones ampliamente ratificadas. Véase la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958), artículo 1, párrafo 3 ("En el momento de ... adherirse (a la presente convención)... , todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente. Podrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno.").

[9] La tercera parte de la Guía Legislativa, capítulo II (cuestiones de ámbito internacional) se limita más a los aspectos procesales que sustantivos de los casos de grupos de empresas transfronterizos al no prever derechos o remedios para saldar deudas o resolver reclamaciones o conflictos de derechos en las relaciones entre deudores y acreedores. Esas disposiciones, que se regularían debidamente en una convención internacional, se refieren al acceso a los tribunales y al reconocimiento de procedimientos extranjeros, a la cooperación y comunicación entre tribunales y entre tribunales y representantes de la insolvencia, a la comunicación directa entre tribunales, tribunales extranjeros y representantes de la insolvencia, a la coordinación de las audiencias, al nombramiento de un único o mismo representantes de la insolvencia por tribunales de distintos Estados, y al poder de celebrar, y aprobar o aplicar, acuerdos de insolvencia transfronteriza.

[10] Dado que las recomendaciones de la primera parte del anexo de la Guía Legislativa tratan de los derechos y remedios fundamentales para el ajuste de la relación entre acreedores y deudores, plantean cuestiones de política interna que, en muchos casos, podrían suponer una notable revisión del régimen de la insolvencia de un Estado. Muchas delegaciones del Grupo de Trabajo V han argumentado que no existe un consenso suficiente para que pueda prosperar una convención con tales disposiciones sustantivas sobre el derecho interno.

[11] Las disposiciones de las leyes modelo que modifican las normas jurisdiccionales o las normas comúnmente aceptadas de conducta judicial son a menudo controvertidas. Entre las disposiciones que pueden resultar de difícil promulgación como leyes estatales figuran, por ejemplo, las relativas a la comunicación judicial supranacional, el reconocimiento y equiparación de los procedimientos de insolvencia extranjeros con los procedimientos nacionales, y el nombramiento de un mismo representante de la insolvencia en procedimientos seguidos en distintos Estados.

estatales que regulan una necesidad concreta de cooperación internacional. Muchas veces cierta incoherencia con principios aplicables de derecho interno resulta más aceptable en el contexto de una convención internacional que, cuando sea necesario, exhorte a todos los Estados partes a comprometerse para lograr los objetivos comunes.

10. En resumen, una convención que fuera vinculante por su reciprocidad induciría a los Estados a: a) superar las diferencias sobre el acceso a los tribunales extranjeros, el reconocimiento de los procedimientos extranjeros así como la comunicación, coordinación y cooperación entre tribunales y entre tribunales y administradores y profesionales de la insolvencia en procedimientos de insolvencia transfronteriza, inclusive los que afecten a grupos de empresas; b) superar la desconfianza y el temor de que los tribunales extranjeros actúen discriminando injustamente a los ciudadanos de otros Estados; y c) ceder en cuestiones de jurisdicción y otras normas al tener la certeza de que con ello conseguirán transacciones beneficiosas en los procedimientos seguidos ante tribunales de otros Estados partes en la convención. Con ello se fomentaría a su vez una aceptación más amplia de los principios que se enunciaran en la convención.

El Grupo de Trabajo V debería estudiar la posibilidad de colaborar con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado con miras a deliberar conjuntamente y a proponer una convención sobre los procedimientos de insolvencia transfronteriza[12].

11. Con una colaboración entre la CNUDMI (por conducto de su Grupo de Trabajo V) y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se mancomunarían los amplios conocimientos especializados de la CNUDMI en derecho mercantil internacional (y su experiencia de decenios de diálogo y estudio internacional en cuestiones jurídicas de insolvencia transfronteriza) con los conocimientos especializados de la Conferencia de La Haya en la redacción de convenios de derecho internacional privado[13]. Esta colaboración podría suponer que se constituyera un equipo conjunto de redacción integrado por representantes de las secretarías y expertos de ambas entidades. La orientación que diera la secretaría de la CNUDMI sobre la viabilidad de esa iniciativa conjunta sería esencial, habida cuenta de la experiencia de coordinación con la Conferencia de la Haya que había adquirido en el contexto de la preparación de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia.

B. Ley modelo sobre la insolvencia de grupos de empresas

12. Además de su labor de preparación de una convención sobre los procedimientos de insolvencia transfronteriza, el Grupo de Trabajo V debería

---

[12] La CNUDMI ya solicitó la asistencia de la Conferencia de La Haya al redactar el comentario y las disposiciones legislativas para la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia.

[13] El Grupo de Trabajo V no debería subestimar la necesidad de que la CNUDMI contribuya a la preparación de tal convención. El Grupo de Trabajo V de la CNUDMI tiene una experiencia singular en cuestiones de insolvencia transfronteriza que resultaría beneficiosa para la redacción de la convención y para la formación del consenso necesario para su amplia ratificación.

redactar una ley modelo sobre la insolvencia transfronteriza de grupos de empresas[14]. Si la CNUDMI propone una convención sobre aspectos internacionales de los procedimientos de insolvencia de grupos de empresas, seguiría siendo necesaria una ley modelo que regulara las cuestiones que se plantearan en el contexto nacional (es decir, las tratadas en la tercera parte de la Guía Legislativa, capítulo I (cuestiones de ámbito nacional))[15]. Si la CNUDMI no propone tal convención, la ley modelo que se elaborase debería contener también disposiciones sobre las cuestiones que se plantean en el contexto internacional (Guía Legislativa, tercera parte, capítulo II (cuestiones de ámbito internacional)).

13. Comisiones gubernamentales y profesionales de la insolvencia han puesto de relieve la necesidad de que haya una mayor uniformidad en las leyes que rigen las insolvencias de grupos de empresas. Las disparidades que existen entre las legislaciones nacionales que rigen esos procedimientos frustran el logro de los objetivos comunes de los regímenes de la insolvencia en cuestiones económicas y normativas. Las disposiciones cruciales de la tercera parte de la Guía Legislativa están lo bastante desarrolladas para prever que podría llegarse a un consenso en torno a las disposiciones de una ley modelo sobre los grupos de empresas. Por su parte, la aprobación de tal ley modelo promovería, en el contexto de los grupos de empresas, políticas de rehabilitación y de distribución equitativa de aceptación más amplia en el contexto de los regímenes de la insolvencia. La promulgación de reglas uniformes que rijan las insolvencias de grupos de empresas en el contexto nacional fomentarán la eficacia de los procedimientos de insolvencia transfronteriza y darán una mayor previsibilidad a las operaciones financieras y comerciales internacionales y a la gestión empresarial internacional.

14. A diferencia de una convención, una ley modelo no requiere la ratificación de un número mínimo de Estados para entrar en vigor, y puede ser modificada por las asambleas legislativas nacionales para tener en cuenta las realidades de la política de los grupos de interés nacionales. Es necesario adoptar un criterio de flexibilidad política para fomentar una amplia adopción de las recomendaciones sobre los grupos de empresas en la tercera parte de la Guía Legislativa, capítulo I (contexto nacional).

15. Como se ha señalado, el escepticismo sobre si los demás Estados actuarán con reciprocidad hace que no esté claro si muchos Estados promulgarían unilateralmente las disposiciones de una ley modelo que regularan el contexto internacional. No obstante, la tercera parte de la Guía Legislativa (capítulo II) ayudará a las asambleas legislativas nacionales a "colmar el vacío" hasta que entre en vigor una convención. Aunque esas disposiciones no lleguen a promulgarse ampliamente, constituirían, junto con la Guía de prácticas de la CNUDMI, une fuente útil de orientación para protocolos específicos.

---

[14] Si bien sería muy útil que el Grupo de Trabajo V elaborara una lista de factores de importancia para determinar el centro de los principales intereses de un grupo de empresas, sería más apropiado regular esta cuestión en el anexo de la Guía Legislativa que en una ley modelo.

[15] La segunda parte del anexo de la Guía Legislativa ofrecería a los Estados que no ratificaran una convención una útil orientación sobre la legislación necesaria para armonizar los aspectos internacionales de los procedimientos de insolvencia transfronteriza de grupos de empresas.