



Asamblea General

Distr. general
20 de diciembre de 2010
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

44º período de sesiones

Viena, 27 de junio a 15 de julio de 2011

Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones

(Viena, 6 a 10 de diciembre de 2010)

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-2	2
II. Organización del período de sesiones	3-8	2
III. Deliberaciones y decisiones	9	4
IV. Interpretación y aplicación de determinados conceptos enunciados en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza que guardan relación con el centro de los principales intereses	10-48	4
A. Debate general.	11-16	4
B. Procedimientos que reúnen las condiciones para el reconocimiento conforme a la Ley Modelo: artículo 2	17-22	6
C. Interpretación uniforme y origen internacional: artículo 8	23-25	7
D. Reconocimiento	26-48	8
V. Responsabilidades y obligaciones de los directores y ejecutivos en casos de insolvencia y de preinsolvencia	49-109	12
A. Introducción	51-109	13
VI. Material Judicial relativo a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza	110-117	23



I. Introducción

1. En su 43º período de sesiones, celebrado en 2010, la Comisión tuvo a su disposición una serie de propuestas relativas a la labor futura sobre el régimen de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.93 y Add.1 a Add.6 y A/CN.9/582/Add.6). Esas propuestas habían sido objeto de examen en el 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo V (véase A/CN.9/691, párrs. 99 a 107), que formuló a la Comisión una recomendación sobre posibles temas (A/CN.9/691, párr. 104). En un documento adicional (A/CN.9/709), presentado después del período de sesiones del Grupo de Trabajo V, se recogía material complementario relacionado con la propuesta de Suiza que figuraba en el documento A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5.

2. Tras deliberar, la Comisión hizo suya la recomendación del Grupo de Trabajo V de que se emprendieran actividades sobre algunos temas relacionados con la insolvencia: a) la interpretación y aplicación de determinados conceptos enunciados en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza que guardaban relación con el centro de los principales intereses; b) responsabilidades y obligaciones de los directores y ejecutivos en casos de insolvencia y preinsolvencia, casos que eran ambos de importancia en la actualidad, y c) el material judicial relativo a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

II. Organización del período de sesiones

3. El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), que está integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 39º período de sesiones en Viena del 6 al 10 de diciembre de 2010. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Belarús, Canadá, China, Colombia, Egipto, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Filipinas, Francia, Grecia, Irán (República Islámica del), Israel, Italia, Japón, Malasia, México, Namibia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Tailandia, Turquía, Uganda y Venezuela (República Bolivariana de).

4. Asistieron asimismo al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Bélgica, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Indonesia, Lituania, Nueva Zelandia, Países Bajos, República Democrática del Congo, Rumania, Suiza y Túnez.

5. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Organizaciones del sistema de las Naciones Unidas*: Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional (FMI);

b) *Organizaciones intergubernamentales invitadas*: Asamblea Interparlamentaria de Naciones Miembros de la Comunidad de Estados Independientes (CEI), Comunidad del Caribe (CARICOM) y Unión Europea (UE);

c) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas*: American Bar Association (ABA), Asociación Internacional de Abogados, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales (CILS), Confederación Internacional de Mujeres

Especializadas en Insolvencia y Reestructuración (IWIRC), Groupe de réflexion sur l'insolvabilité et sa prévention (GRIP 21), INSOL International (INSOL), Instituto de Derecho Internacional (IDI), Instituto Internacional de Insolvencia (III), International Credit Insurance and Surety Association (ICISA), International Swaps and Derivatives Association (ISDA), Moot Alumni Association (MAA) del Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis, Unión Asiática de Compensación (UAC) y Union Internationale des Avocats (UIA).

6. El Grupo de Trabajo eligió la siguiente Mesa:

Presidente: Sr. Wisit Wisitsora-At (Tailandia)

Relator: Sr. Anthony Ojok Oyuko (Uganda)

7. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos:

a) Programa provisional anotado (A/CN.9/WG.V/WP.94);

b) Una nota de la Secretaría sobre la interpretación y aplicación de determinados conceptos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza relacionados con el centro de los principales intereses (A/CN.9/WG.V/WP.95 y Add.1);

c) Una nota de la Secretaría sobre responsabilidades y obligaciones de los directores y ejecutivos en casos de insolvencia y de preinsolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.96); y

d) Una nota de la Secretaría referente a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: la perspectiva judicial (A/CN.9/WG.V/WP.97 y Add.1 y Add.2).

8. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Examen de a) la interpretación y aplicación de determinados conceptos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza relacionados con el centro de los principales intereses; b) responsabilidades y obligaciones de los directores y ejecutivos en casos de insolvencia y de preinsolvencia; y c) material judicial en que se aborda la aplicación e interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

9. El Grupo de Trabajo deliberó sobre los temas siguientes: a) la forma de dar orientación sobre la interpretación y aplicación de determinados conceptos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza relacionados con el centro de los principales intereses; b) las responsabilidades y obligaciones de los directores y ejecutivos en casos de insolvencia y de preinsolvencia; y c) la producción de material judicial que aborde la aplicación e interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza sobre la base de los documentos A/CN.9/WG.V/WP.95, A/CN.9/WG.V/WP.96 y A/CN.9/WG.V/WP.97, así como las adiciones de dichos documentos y demás documentación mencionada en ellos. A continuación se recogen las deliberaciones que el Grupo de Trabajo ha mantenido sobre esos temas y las decisiones adoptadas al respecto.

IV. Interpretación y aplicación de determinados conceptos enunciados en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza que guardan relación con el centro de los principales intereses

10. El Grupo de Trabajo examinó determinados conceptos que figuraban en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (“la Ley Modelo”) en relación con el centro de los principales intereses; este examen se basó en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.95 y Add.1.

A. Debate general

11. El Grupo de Trabajo recordó que el mandato encomendado a la Comisión respecto del tema de la interpretación y aplicación de determinados conceptos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza relacionados con el centro de los principales intereses se basaba en la propuesta de los Estados Unidos, descrita en el párrafo 8 del documento A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1, “de que se diera orientación a los Estados sobre la interpretación y aplicación de determinados conceptos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza relacionados con el centro de los principales intereses y, posiblemente, de que se elaborara una ley modelo o disposiciones modelo sobre el régimen de la insolvencia en que se regularan determinadas cuestiones de derecho internacional de la insolvencia, como la jurisdicción, el acceso a los tribunales extranjeros y el reconocimiento de los procedimientos extranjeros, de un modo que no impidiera preparar una convención”¹. A este respecto se subrayó que esa labor futura no tenía por objeto modificar las normas de la CNUDMI ya existentes en materia de insolvencia ni los conceptos tratados en ellas sino aclarar su significado.

12. Se observó que en determinados conceptos tratados en la Ley Modelo respecto del centro de los principales intereses y el propio concepto del centro de los principales intereses habían planteado problemas de interpretación, lo cual había

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/65/17), párr. 259 a).*

dado lugar a sentencias judiciales divergentes (véanse los documentos A/CN.9/WG.V/WP.95 y Add.1).

13. Se planteó la cuestión de si el Grupo de Trabajo debería entablar un debate acerca de los diversos tipos de textos de derecho uniforme que cabría elaborar para dar orientación sobre esos distintos conceptos. El texto de derecho uniforme podría revestir la forma de i) un reglamento, ii) recomendaciones, o iii) un comentario o directrices sobre determinados temas tratados en la Ley Modelo. A este respecto se recordó que en anteriores ocasiones el Grupo de Trabajo había aplazado el examen de las cuestiones de forma hasta que se hubieran debatido las cuestiones sustantivas. Según la opinión general, debería seguirse el mismo criterio con la labor futura de aclaración de los conceptos tratados en la Ley Modelo.

14. En cuanto a la aclaración del concepto de “centro de los principales intereses”, tal como figuraba en la Ley Modelo, se señaló que, si bien el concepto se mencionaba en diversos artículos de la Ley Modelo, como los artículos 2 b), 16 3) y 17 2) a), la Ley Modelo no lo definía. Como ejemplo de texto elaborado sobre el mismo tema por una organización de integración económica de ámbito regional, se señaló que el Reglamento del Consejo de la Unión Europea núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, de 29 de mayo de 2000 (“el Reglamento CE”), también hacía referencia al concepto del centro de los principales intereses sin definirlo. Se señaló que, habida cuenta de la importancia de ese concepto, era conveniente evitar que se empleara de modos distintos. No obstante, se observó que ese concepto podía utilizarse en distintos contextos, por ejemplo, en virtud del Reglamento CE, en relación con la jurisdicción en que debería abrirse el procedimiento principal y, en virtud de la Ley Modelo, en relación a si sería apropiado reconocer un procedimiento ya abierto. Se indicó asimismo que sería conveniente que en la labor futura al respecto se abordara la cuestión del centro de los principales intereses en el caso de un grupo de empresas.

15. Reconociendo que había una jurisprudencia diversa y divergente en relación con el centro de los principales intereses de una empresa, se consideró en general que la aclaración de ese concepto redundaría en beneficio de los profesionales de la insolvencia y de los tribunales. Se señaló además que podría resultar difícil formular una definición concreta del concepto del “centro de los principales intereses”, pero que había diversas formas de dar orientación, concretamente enumerando una lista de factores que habría que tener en cuenta para determinar el centro de los principales intereses, a fin de propiciar una mayor uniformidad y previsibilidad.

16. Se observó también que había otros conceptos tratados en la Ley Modelo que guardaban relación con el del centro de los principales intereses, como los elementos de la definición de procedimiento extranjero y el momento en que se determinara el centro de los principales intereses de un deudor, y se convino en que sería beneficioso examinar en primer lugar esos otros factores y abordar seguidamente el concepto del “centro de los principales intereses”.

B. Procedimientos que reúnen las condiciones para el reconocimiento conforme a la Ley Modelo: artículo 2

Cuestiones relativas a la definición de “procedimiento extranjero” conforme al artículo 2 a) de la Ley Modelo

17. Se observó que la definición de “procedimiento extranjero” enunciada en el artículo 2 a) de la Ley Modelo había dado lugar a una jurisprudencia diversa a raíz de las distintas interpretaciones (véase A/CN.9/WG.V/WP.95, párrs. 8 a 37). Se planteó la cuestión de si el Grupo de Trabajo debería aclarar la definición de ciertos elementos de un procedimiento extranjero conforme al artículo 2 a) de la Ley Modelo, cuyo texto dice: “Por ‘procedimiento extranjero’ se entenderá el procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo incluido el de índole provisional, que se siga en un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa a la insolvencia y en virtud del cual los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación”.

18. A este respecto se puso en duda la necesidad de definir el requisito de insolvencia del deudor. Se respondió que esa definición no era necesaria, ya que el requisito de insolvencia del deudor ya se deduciría de los términos “con arreglo a una ley relativa a la insolvencia”.

19. Con respecto a la necesidad de definir los términos “con arreglo a una ley relativa a la insolvencia”, se estimó que las dificultades en las interpretaciones judiciales de esos términos eran fruto de que se equipararan las terminologías empleadas en las distintas legislaciones nacionales. Se señaló que el Grupo de Trabajo no pretendía unificar los regímenes de la insolvencia sino aclarar los conceptos enunciados en la Ley Modelo. A este respecto se dijo que sería imposible detallar más la definición de “procedimiento extranjero” de modo que aún abarcara todos los procedimientos de ámbito nacional. Se observó asimismo que los términos “con arreglo a una ley relativa a la insolvencia” ya daban al texto el grado conveniente de flexibilidad. Se señaló también que la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (“la Guía Legislativa”) ya contenía una definición de “procedimiento de insolvencia” en el párrafo 12 u) y en el comentario adjunto, que no difería de la definición enunciada en la Ley Modelo.

20. El Grupo de Trabajo señaló que en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno el requisito de un “procedimiento colectivo” significaba que los acreedores debían participar colectivamente en el procedimiento extranjero, y no que el procedimiento estuviera encaminado a ayudar a un determinado acreedor a cobrar la suma que se le adeudara. Con respecto al requisito de “procedimiento colectivo” se sostuvo que ese requisito era un elemento importante de la definición. Se indicó que podría haber algunos procedimientos de ámbito nacional en que pudiera haber objeciones técnicas por no cumplirse totalmente el requisito, pero que de todas maneras el procedimiento se había reconocido en la Ley Modelo. A este respecto se puso de relieve una vez más la necesidad de flexibilidad en toda definición de “procedimiento extranjero” en la Ley Modelo. Se objetó que la determinación de criterios suplementarios daría al texto un carácter innecesariamente restrictivo.

21. Se sugirió que la Secretaría determinara algunos procedimientos que con toda evidencia no entraran en el ámbito de la definición del artículo 2 a) de la Ley Modelo o cuya inclusión en la definición pudiera suscitar objeciones o ya las hubiera suscitado (lo que, en el debate, se denominó la “zona gris”), a fin de facilitar al Grupo de Trabajo el examen de la cuestión de si era preciso aclarar la definición de “procedimiento extranjero”. Se puso en duda la utilidad de ese examen por estimarse que solamente abarcaría la situación actual y no englobaría las nuevas circunstancias; además, no tendría en cuenta que el concepto de “una ley relativa a la insolvencia” era muy amplio.

22. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que, en el momento actual de las deliberaciones, era prematuro decir si la definición de “procedimiento extranjero” conforme al artículo 2 a) de la Ley Modelo requería aclaración. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una nota informativa, a fin de ayudarlo a analizar esa cuestión en un futuro período de sesiones.

C. Interpretación uniforme y origen internacional: artículo 8

23. El Grupo de Trabajo observó que el artículo 8 de la Ley Modelo disponía que, al interpretarse su texto, debían tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe. El Grupo de Trabajo examinó la eventual conveniencia de dar una orientación suplementaria sobre las fuentes a que habría que recurrir para prestar asistencia en la interpretación de la Ley Modelo conforme al artículo 8 (véase el documento A/CN.9/WG.V/WP.95, párrs. 40 a 42).

24. Se señaló que la jurisprudencia basada en la Ley Modelo era importante para la interpretación uniforme con arreglo al artículo 8 y que la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno hablaba de facilitar esa interpretación armonizada (véase el párrafo 92 de esa Guía) mediante el sistema de información sobre jurisprudencia basada en textos de la CNUDMI (CLOUT), en cuyo marco la secretaría de la CNUDMI publicaba resúmenes de decisiones judiciales en las que se interpretaban convenciones y leyes modelo dimanantes de la labor de la CNUDMI. A este respecto se señaló que, además de la Ley Modelo (y de la Guía Legislativa), había otros textos de la CNUDMI que podrían contribuir a tal interpretación. Se dijo además que en la jurisprudencia basada en la interpretación de la Ley Modelo también se habían hecho remisiones a casos no relacionados con textos de la CNUDMI, por ejemplo, casos relativos al Reglamento CE sobre procedimientos de insolvencia, que también prevé el concepto de “centro de los principales intereses” (véase el párrafo 14 *supra*).

25. Tras deliberar, la mayoría de las delegaciones llegaron a la conclusión de que no era necesario dar mayores aclaraciones sobre el artículo 8 de la Ley Modelo.

D. Reconocimiento

1. Excepción de orden público: artículo 6 de la Ley Modelo

26. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la Ley Modelo prevé una excepción al reconocimiento de un procedimiento extranjero que sería invocable cuando esa medida sea “manifiestamente contraria al orden público de este Estado”. El Grupo de Trabajo tomó nota además de que en la Guía se indica que, en general, esta excepción deberá interpretarse en sentido restrictivo y de que solo se pretende que se aplique en circunstancias excepcionales cuando se trate de asuntos de importancia fundamental para el Estado promulgante.

27. El Grupo de Trabajo examinó la conveniencia de que se aclarara esta excepción de orden público. Se preguntó si sería invocable en el supuesto de que una parte interesada hubiera buscado una jurisdicción favorable a sus propios intereses. Se respondió que parecía más apropiado ocuparse de la búsqueda interesada de una jurisdicción favorable al irse a examinar el concepto del centro de los principales intereses (CPI), ya que debía darse una interpretación restrictiva a esta excepción de orden público.

28. Una delegación informó al Grupo de Trabajo de que en el texto legal por el que se promulgaba en su país el régimen de la Ley Modelo se exigía que la autoridad competente fuera informada y se le diera la oportunidad de intervenir cuando que se invocara una excepción de orden público, a fin de impedir que se invocara sin justificación. A juicio de algunas delegaciones, debería aclararse el alcance de esta excepción a fin de evitar abusos, habida cuenta, en particular, de que el derecho interno de algunos países no preveía esta excepción. Se dijo que tal vez resultara difícil definir mejor la excepción de orden público, dado que su contenido dependía del derecho interno, que variaba de un país a otro.

29. A título de respuesta, se hicieron diversas sugerencias destinadas a evitar un empleo abusivo de la excepción de orden público. Se sugirió que se señalara el “carácter excepcional” de la excepción de orden público. Se sugirió también que tal vez bastara con hacer remisión al artículo 8, relativo a la interpretación de la Ley Modelo, y a la jurisprudencia publicada en los documentos de la serie CLOUT (véase el párrafo 24 *supra*). Se dijo además que en la Guía se explicaba ya adecuadamente la interpretación restrictiva que debía darse a la excepción de orden público. Se dijo también que el artículo 22 de la Ley Modelo amparaba debidamente los intereses de los acreedores y demás personas interesadas. Otra delegación sugirió que se pidiera a la Secretaría que ilustrara mediante una lista la forma en que se recurría a la excepción de orden público. Se respondió que no sería fácil dar esos ejemplos, ya que algunos de ellos estarían fundamentados en supuestos de hecho que tal vez fuera también preciso aclarar. Se dijo además que la selección de esos ejemplos obligaría al Grupo de Trabajo a evaluar el posible interés de dichos casos.

30. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que la excepción de orden público suscitaba cuestiones que, al ser de derecho interno, habrían de ser resueltas por el foro competente. El Grupo de Trabajo volvió a convenir en que el empleo de esta excepción debía ser restrictivo, pero no adoptó decisión alguna en la etapa actual de las deliberaciones acerca de la manera de restringir su aplicación, aun cuando convino en que volvería a tratar esta cuestión al examinarse las cuestiones de interés

judicial de la Ley Modelo en el documento A/CN.9/WG.V/WP.97 y en sus adiciones.

2. Resolución por la que se reconoce un procedimiento extranjero, con arreglo al artículo 17, a título de procedimiento principal o no principal conforme a lo dispuesto en los apartados b) y c) del artículo 2

31. Se observó que no era el enunciado de la Ley Modelo lo que suscitaba dificultades sino la aplicación al tema del reconocimiento. Se observó también que muchos de los casos de promulgación interna de la Ley Modelo eran bastante recientes, por lo que su aplicación causaba a veces cierta incertidumbre que con la jurisprudencia se empezaba a aclarar. Se observó también que en el artículo 17 de la Ley Modelo se indicaba el procedimiento que habría de seguirse para obtener ese reconocimiento independientemente de si se otorgaban medidas cautelares y de qué tipo, conforme a los artículos 19 y 21 de la Ley Modelo.

a) Requisitos previos para el reconocimiento: procedimiento principal o no principal

32. El Grupo de Trabajo observó que en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 17 de la Ley Modelo se disponía que debía reconocerse un procedimiento extranjero, en el sentido del apartado a) del artículo 2, ya sea como procedimiento principal (de haberse abierto en el lugar donde el deudor tuviera el centro de los principales intereses o como procedimiento no principal (artículo 2 b) o c)). El Grupo de Trabajo pasó a examinar si debía exigirse, a título de requisito para el reconocimiento, que el tribunal determinara, en virtud de la Ley Modelo, si se trataba de un procedimiento principal o no principal.

33. Se expresó el parecer de que esa cuestión había sido adecuadamente resuelta en la decisión del caso *Bear Stearns*², conforme a la cual esa determinación previa es indispensable para el reconocimiento.

34. Se preguntó si debería preverse también una tercera categoría de procedimiento o si procedía ampliar, con el mismo objeto, el concepto de “establecimiento” enunciado en el apartado f) del artículo 2 de la Ley Modelo, a fin de dar cabida a la determinación del tipo de procedimiento en función del lugar donde estén ubicados los bienes del deudor, mencionándose a ese respecto el artículo 28 de la Ley Modelo. Se respondió que tal ampliación del concepto de establecimiento supondría una modificación de la Ley Modelo no prevista en el mandato actual del Grupo de Trabajo y que sería contraria al espíritu de la Ley Modelo. Se observó que la Ley Modelo dejaba suficiente margen al derecho interno para permitir la apertura de un procedimiento por algún otro motivo.

35. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que la Ley Modelo solo había previsto claramente el reconocimiento de dos tipos de procedimiento extranjero: un procedimiento principal y un procedimiento no principal.

² Bear Stearns Hi-Grade Structured Credit Strategies Master Fund Ltd. 374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y. Sep 2007); [caso núm 760 de la serie CLOUT]; A/CN.9/WG.V/W, párrs. 45 a 48; Bear Stearns (en apelación) 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. mayo de 2008); [caso núm 794 de la serie CLOUT]; A/CN.9/WG.V/W, párrs. 45 a 48; véase también A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, anexo.

b) Procedimiento para determinar si un procedimiento de insolvencia es principal o no principal

36. Se propuso que toda orden por la que se declarara abierto un procedimiento o toda prueba suplementaria presentada conforme al artículo 15 2) c) debiera contener información que facilitara la determinación del carácter principal o no principal de ese procedimiento en el sentido de la Ley Modelo por todo tribunal que pudiera tener que decidir, en una etapa ulterior, si procedía o no admitir una solicitud de reconocimiento. Se observó, a ese respecto, que el artículo 15 de la Ley Modelo ya indicaba cuáles eran los documentos que debían adjuntarse a toda solicitud de reconocimiento. Respecto del temor de que dicha propuesta supondría una desventaja para toda otra autoridad competente, que no fuera un tribunal, que declarara abierto un procedimiento, se recordó que el concepto de “tribunal” utilizado por la Ley Modelo incluía a toda autoridad judicial o de otra índole que fuera competente para controlar o supervisar un procedimiento extranjero con arreglo al artículo 2 e) de la Ley Modelo. Otra inquietud fue la de que el tribunal que hubiera de decidir acerca de la apertura de un procedimiento pudiera no ser consciente de la necesidad de consignar, en su orden de apertura, esa información.

37. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que resultaría útil que el tribunal que declarara abierto un procedimiento consignara, en su orden de apertura, la información anteriormente indicada y convino asimismo en que se mencionara esta cuestión en el texto final que se fuera a preparar.

3. Ubicación del Centro de los principales intereses (CPI): presunciones del artículo 16

38. El Grupo de Trabajo observó que el párrafo 3 del artículo 16 de la Ley Modelo enunciaba una presunción, invocable por el tribunal que fuera a determinar la ubicación del CPI, al disponer que, salvo prueba en contrario, se presumiría que el domicilio social del deudor (o su lugar de residencia habitual, si se trata de una persona física) es el centro de sus principales intereses. El Grupo de Trabajo señaló además que en el párrafo 122 de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno se indicaba que la finalidad de esa presunción era agilizar la práctica de la prueba. El Grupo de Trabajo observó también que la jurisprudencia había resuelto cierto número de cuestiones relativas a la ubicación del CPI y a la interpretación de la presunción del párrafo 3 del artículo 16 (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, párrs. 5 a 20). El Grupo de Trabajo examinó si procedería confeccionar una lista de factores indicativos del lugar del CPI para rebatir la presunción.

a) Preparación de una lista de factores indicativos

39. Se expresaron pareceres divergentes acerca de la ponderación que se asignaría a los diversos factores enunciados en el párrafo 20 del documento A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1 para la determinación del lugar del CPI. En particular, algunos estimaban como fundamentales para dicho fin los factores enunciados en los apartados a) a g) y m) de ese documento, mientras que otros estimaban que el lugar de la ley que rigiera o fuera aplicable a los principales contratos de la empresa (apartado d)) era de importancia secundaria o que el lugar donde se organizara o autorizara la financiación de la empresa deudora o donde se encontrara su banco principal (apartado f)) carecía de importancia, salvo que ese banco controlara a la empresa deudora. Algunos estimaban que la ubicación de los empleados

(apartado k)) era un factor crucial, ya que esos empleados podían pasar a ser futuros acreedores, mientras que otros opinaron que esa cuestión no era de interés para la determinación del CPI, por tratarse de un asunto concerniente al amparo de los derechos de las partes interesadas, adecuadamente previsto en el artículo 22 de la Ley Modelo. Hubo también diversos pareceres acerca de la importancia del lugar desde el que se dirija la reorganización de la empresa deudora (apartado l)) y del lugar cuya ley sea aplicable a la preparación o la auditoría de las cuentas (apartado o)), observándose respecto de este último factor que cabía que las cuentas de la empresa fueran auditadas en diversos Estados.

40. Se sugirió también que se estableciera el orden de prioridad de los factores enunciados en la lista y que se abreviara esa lista, en lo posible. Se respondió que el orden de prioridad y el valor de los factores podrían diferir de un lugar a otro y que abreviar esa lista restaría tal vez claridad. Se expresó cierta inquietud acerca del empleo del término “lista”, ya que tal vez sugiriera que esa lista era imperativa. Se recordó que esa lista solo pretendía facilitar el análisis judicial de ciertos criterios objetivos para determinar el CPI y, a resultas de ello, el foro competente. Se observó también que todos esos factores respondían al criterio de la “vinculación suficiente” con el Estado del foro para que la empresa quedara sujeta a su régimen de la insolvencia, criterio que servía también de base para determinar la competencia del tribunal conforme al párrafo 12 del capítulo I de la segunda parte de la Guía Legislativa.

41. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que la lista de factores indicativos facilitaría el análisis judicial del CPI.

b) Incidencia del fraude en los factores utilizables para la determinación por terceros del CPI

42. El Grupo de Trabajo examinó la incidencia de todo fraude en los factores que se hayan de examinar para determinar el CPI. Se preguntó cómo habría que definir ese fraude, ya que podía referirse al tipo de actividades de la empresa o a la determinación de su establecimiento. Se preguntó si la definición se referiría al fraude civil o también al fraude penal. Se preguntó además si la búsqueda interesada “ilegítima” de un foro favorable al deudor entraría en esa definición. Se observó que el derecho interno de cada país definía su propia noción de fraude, por lo que toda cuestión relativa al fraude quedaría sujeta a la excepción de orden público previsto en el artículo 6 de la Ley Modelo.

43. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que se volviera a tratar esta cuestión.

c) Plazo para la determinación del CPI

44. El Grupo de Trabajo examinó si procedería determinar el Centro de los principales intereses en la fecha en que se solicitara la apertura de un procedimiento o en la fecha en que se solicitara su reconocimiento, dado que se habían dado casos, tanto en el marco de la Ley Modelo como en el del Reglamento de la CE, de que un deudor se desplazara de un país a otro poco tiempo después de la apertura de un procedimiento. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la Ley Modelo no fijaba ningún calendario para la determinación del CPI (véase A/CN.9/WG.V/WP 95/Add.1, párrs. 26 a 36). Se dijo que referirse para dicho fin a la fecha de reconocimiento

resultaría injusto y sería contrario al espíritu de la Ley Modelo, dado que tal vez hubieran pasado varios años entre la fecha de apertura del procedimiento y la fecha de la solicitud de reconocimiento. Se dijo, a ese respecto, que la fecha que se fijara para la determinación del CPI debía ser un factor de estabilidad.

45. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que el plazo para la determinación del CPI debería fijarse en función de la fecha de la solicitud inicial de apertura del procedimiento y en que se incorporara esa conclusión del Grupo de Trabajo al texto final que se preparara, tal vez en forma de una enmienda del texto relativo a los aspectos de interés judicial de la Ley Modelo que figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP. 97 y en sus adiciones.

4. Establecimiento

46. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si convendría aclarar el concepto de “establecimiento”, definido en el artículo 2 f) de la Ley Modelo, en lo que fuera pertinente para la determinación del procedimiento principal. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que no era necesario aclarar ese concepto respecto de una empresa ni respecto de un deudor individual.

5. El Centro de los principales intereses (CPI)

47. Se observó que muchos de los casos a los que se aplicaba la Ley Modelo concernían a grupos de empresas, por lo que convendría facilitar criterios para la interpretación del CPI de un grupo de empresas en el marco del régimen de la Ley Modelo.

48. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que se solicitara a la Secretaría que, si disponía de recursos, preparara un estudio sobre el del CPI de un grupo de empresas con miras a que se examinara en un futuro período de sesiones, en lo referente a i) las deliberaciones anteriores del Grupo de Trabajo acerca de la tercera parte de la Guía Legislativa, ii) la práctica actual sobre los grupos de empresas, y que, en lo posible, iii) se hicieran sugerencias acerca del alcance de la labor futura.

V. Responsabilidades y obligaciones de los directores y ejecutivos en casos de insolvencia y de preinsolvencia

49. El Grupo de Trabajo examinó la responsabilidad y las obligaciones de los directores y ejecutivos de una empresa en situación de insolvencia o de preinsolvencia basándose en el documento A/CN.9/WG.V/WP.96 y otros documentos a los que se remite en el previamente citado.

50. El Grupo de Trabajo recordó el mandato de la Comisión y que la labor sobre este tema debía centrarse en las responsabilidades y obligaciones nacidas en el contexto de insolvencia, y que no estaba previsto abordar cuestiones de la responsabilidad penal u otras cuestiones empresariales que no guardaran relación con la insolvencia (A/65/17, párr. 259 b)).

A. Introducción

1. Observaciones generales

51. Se mencionaron las propuestas iniciales presentadas por el Reino Unido, *INSOL International* y el *International Insolvency Institute*, que figuran en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3, A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4 y A/CN.9/582/Add.6, y sus autores expusieron las cuestiones en ellos planteadas.

52. Se tomó nota de que se habían observado, en situaciones de preinsolvencia de una empresa, abusos por parte de su personal directivo en forma de operaciones contrarias a los intereses de la empresa o a los de sus acreedores y en ocasiones en provecho del propio ejecutivo implicado, por ejemplo, cuando se colocan bienes fuera del alcance de los acreedores o de futuros cargos directivos de la propia empresa.

53. Se insistió en varios aspectos de este tema: la conveniencia de preparar algunas reglas de conducta y de ética básicas para los directores y ejecutivos y unas directrices en materia de mejores prácticas; la posibilidad de que cambien los deberes del personal directivo en casos de preinsolvencia de una empresa; el efecto del contexto transfronterizo sobre tales deberes; y las medidas que procedería adoptar en caso de incumplimiento de esos deberes.

54. Se dijo que la labor que se emprendiera sobre este tema tenía por objeto asegurar que el personal directivo adoptara, en toda situación de preinsolvencia, medidas apropiadas para preservar el valor de la empresa, tal vez procediendo a su reorganización sin esperar a la apertura de un procedimiento de insolvencia. Si bien muchos regímenes de la insolvencia alientan el recurso a la reorganización por ser una vía importante u constructiva, en la práctica se recurre demasiado poco a esta medida, a menudo por falta de incentivos adecuados. No se acostumbra tampoco a penalizar al personal directivo que sustrae, para su futura utilización, bienes valiosos de la empresa en dificultades. Por ello convendría que la labor sobre este tema tratara de incentivar la adopción de medidas adecuadas, complementando esos incentivos con sanciones, incluso de responsabilidad personal, que fueran aplicables de no adoptarse esas medidas.

55. Se insistió en que el objetivo consistía en alentar a los directores y ejecutivos a adoptar oportunamente toda medida adecuada desde el momento en que sea consciente de que la empresa no puede superar sus dificultades, medidas que tal vez consistan en solicitar la pronta apertura de un procedimiento de insolvencia adecuado. Se dijo que convendría graduar la intensidad de dichos incentivos y sanciones a fin de evitar el riesgo de que el personal directivo declare prematuramente la liquidación de la empresa (para no incurrir en responsabilidad personal) cuando hubiera sido preferible declarar el inicio de una reorganización, con antelación suficiente para que surtiera efecto. Se tomó nota de la necesidad de adoptar un enfoque flexible que permita que todo director o ejecutivo que actúe de buena fe, pueda adoptar la solución más adecuada.

56. Se observó que, de momento, no existían normas internacionales acerca de esta cuestión, aun cuando en la recomendación 87 la Guía Legislativa se hacía mención de los deberes posteriores a la insolvencia y de la impugnación eventual de todo acto en fraude de acreedores; se recordó que tanto la Comisión Europea como

el Banco Mundial habían señalado la necesidad de que se prepararan ciertas reglas al respecto. Se insistió también en el refuerzo que supondrían esas normas de conducta para los objetivos de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza y de la Guía Legislativa.

57. Se insistió en la importancia de examinar esta cuestión en el contexto de los grupos de empresas; se mencionó a este respecto el riesgo que supondría para el grupo en su conjunto una declaración prematura de liquidación de una empresa del grupo, en un país que aplicara al respecto un régimen particularmente severo.

58. El Grupo de Trabajo recordó el cuestionario emitido al respecto por el *International Insolvency Institute*, así como el estudio detallado publicado por INSOL, con un análisis por países, y se observó que todo futuro estudio de la situación actual en algún lugar del mundo podría facilitar el curso de las deliberaciones futuras.

2. Rasgos de la posible labor futura

59. Se examinó en detalle el alcance de la labor posible, y si bien se observó que no deberían abordarse asuntos de responsabilidad penal o de gestión empresarial en sentido estricto, se convino en que no cabría ignorar la intersección eventual de esas cuestiones con el tema que se había de examinar.

60. Respecto del nexo entre las cuestiones de derecho civil y las de derecho penal, se recordó que las penas o sanciones penales no eran de la competencia del Grupo de Trabajo. Se habló de la dificultad de separar, en la práctica, por completo estos dos ámbitos. Por ejemplo, cabía que se suspendiera la compensación de los créditos civiles hasta que se hubiera concluido el proceso penal abierto contra la empresa insolvente, como sucedía en algunos países. Se añadió que el Grupo de Trabajo debería velar por que el alcance de su labor reflejara, a lo largo de sus deliberaciones, los aspectos prácticos de esta interacción.

61. En cuanto a la intersección entre el derecho de la insolvencia y el derecho de sociedades, se observó que las obligaciones del personal directivo eran un asunto de gestión empresarial que quedaba fuera del mandato del Grupo de Trabajo, por lo que el régimen de la insolvencia no debía regir esos asuntos. Se recalcó que los deberes del personal directivo, al margen de la insolvencia, eran para con la propia empresa (lo cual, en el derecho interno, incluía a veces a sus accionistas); cuando la insolvencia parecía inminente o cuando se declaraba abierto un procedimiento, cabía que esos deberes concernieran también a los acreedores y a otros interesados; cabía que los intereses de estas categorías de afectados fueran contrarios (por ejemplo, los acreedores tal vez obtuvieran un mejor reembolso en una liquidación, mientras que los accionistas tal vez prefieran que la empresa prosiga su negocio con la esperanza de evitar la insolvencia). Por ello, el momento crítico para decretar todo deber adicional sería normalmente anterior a la apertura del procedimiento de insolvencia.

62. En lo que respecta al texto o a las directrices que se vayan a preparar, se observó que la materia objeto de estudio era muy casuística, por lo que no sería fácil formular reglas generales y tal vez habría que dar orientaciones de carácter más descriptivo que normativo. La formulación de unos principios evitaría además todo riesgo de injerencia en asuntos regidos por el derecho de sociedades. Se dijo que no debería desalentarse la adopción responsable de riesgos o de medidas

comercialmente ambiciosas. Se señaló el diverso alcance de las obligaciones de ciertos cargos directivos y se recordó que el derecho interno no solía prever el examen judicial del tipo de evaluaciones aquí considerado.

63. Se añadió que un acreedor tal vez gozara de alguna acción interponible contra un cargo de la empresa por lo que cabía que se decretaran medidas ejecutorias al margen de todo procedimiento de insolvencia. Este aspecto del tema pudiera ser ajeno, en sentido estricto, al mandato del Grupo de Trabajo pero convendría, no obstante, tener en cuenta el riesgo que pudiera entrañar una actuación judicial de esta índole, que pudiera repercutir sobre la masa patrimonial de la empresa.

64. Se habló de otros aspectos prácticos de este tema: se mencionó, en primer lugar, la cuestión suscitada por la necesidad de financiar toda medida impugnatoria, aun cuando tuviera buenas perspectivas de prosperar, podía constituir un impedimento notable para ponerla en práctica. En segundo lugar, se habría de considerar la categoría del beneficiario de toda suma cobrada, ya que el representante de la insolvencia tendría escasos incentivos para actuar en todo supuesto en los que las sumas recuperadas fueran a pasar a manos de los acreedores garantizados por una garantía real sobre la empresa o sobre todos sus bienes, y no a los acreedores de la empresa en general.

65. Se señaló también la importancia de las cuestiones de derecho internacional privado en orden a la determinación de la ley aplicable y del foro competente; se convino en que toda labor de armonización de la normativa aplicable al respecto facilitaría esa determinación. Habida cuenta de estas consideraciones, se convino en que se incorporara el aspecto transfronterizo de estas cuestiones al tema señalado en el párrafo 74 del documento A/CN.9/WG.V/WP.96.

66. Se recordó que, al examinarse las cuestiones que se fuera a resolver y su posible solución, no debía evitarse sistemáticamente toda incursión en el ámbito del derecho de sociedades. Lo que se había de evitar es que el resultado final se saliera del contexto de la insolvencia o se adentrara indebidamente en el campo del derecho de sociedades, del derecho penal o de otras ramas del derecho civil.

67. El Grupo de Trabajo convino en que estas consideraciones indicaban la conveniencia de que se dieran orientaciones acerca de este tema. Se expusieron también sugerencias sobre diversos elementos del tema que pudieran servir de base para la preparación de directrices o de otras orientaciones sobre esta cuestión, basadas en las cuestiones enumeradas en el párrafo 74 del documento A/CN.9/WG.V/WP.96 (véase la sección 3 *infra*). Se recordó la importancia general de que se adopte toda medida oportuna que pueda reportar algún aumento a la masa de la insolvencia.

3. Cuestiones que deben tratarse

a) Determinación de las personas que habrán de asumir los deberes

68. El primer aspecto suscitado fue la necesidad de determinar cuáles eran las personas sobre las que pueden recaer esos deberes. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el punto de partida sería el de los titulares oficiales de todo cargo directivo (para lo que la norma aplicable sería una definición legal de cargo directivo), mientras que la descripción dada en los párrafos 18 a 22 del documento A/CN.9/WG.V/WP.96, así como los principios enunciados por la OCDE

(Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos), indicaban la manera de ampliar la categoría de personas sobre las que recaerían esos deberes.

69. Cabía citar los siguientes casos: todo titular suplente o de facto de un cargo directivo (que ejerciera el cargo o que ejerciera alguna otra forma de control sobre la empresa, o cuyas instrucciones fueran normalmente seguidas por la empresa); todo titular de un cargo que asumiera alguna responsabilidad en la gestión de la empresa (por ejemplo, su presidente, los auditores o altos directivos); los consejos de administración o los miembros de esos consejos en las empresas del grupo o en grandes empresas; toda persona con alguna influencia decisiva o determinante sobre la empresa; y toda persona con autoridad manifiesta para obligar a la empresa. Se observó a este respecto la interacción entre la determinación de las personas sobre las que recaerían estos deberes y la naturaleza de tales deberes.

70. En este contexto, se señaló el riesgo de limitar esos deberes a los titulares de cargos formalmente nombrados, afirmándose, entre otras cosas, que ello alentaría el empleo de “hombres de paja” a fin de proteger al verdadero personal directivo de toda responsabilidad. Se advirtió, no obstante, que el derecho interno solo solía reglamentar los deberes de los cargos oficialmente nombrados, al menos durante el período previo a la insolvencia.

71. Se aceptó en general que el personal directivo afectado por estos deberes pudiera estar formado por personas tanto naturales como jurídicas. Como ejemplo de una persona jurídica afectada se citó el caso de los restantes miembros de un grupo de empresas, el banco financiador, así como las empresas consultoras y de auditoría. Si bien se convino en que dichas entidades podrían influir en la actuación de una empresa, los pareceres divergieron acerca de si esa influencia equivalía a una gestión de la empresa, y acerca de si tal gestión constituía un requisito para la responsabilidad (es decir, acerca de la influencia que pudiera tener la cadena causal de la gestión en la determinación de las personas que habrían de asumir esos deberes y responder de su incumplimiento). Sería importante determinar la categoría de personas que pudieran ocasionar algún daño imputable a un acto de gestión; cabía que ese daño fuera ocasionado a una empresa filial por alguna medida adoptada a instancias de la empresa matriz. Se señalaron ciertas posibles diferencias entre los auditores, en particular, y otras categorías de personas.

72. Se llegó a la conclusión de que se habría de atender a la finalidad del acto de gestión impugnado; el derecho interno indicaría, de modo no exhaustivo, los deberes que procedería imponer. Debería describirse, desde una perspectiva funcional, toda persona adicional que tal vez hubiera de asumir esos deberes, sin proceder, por ejemplo, a la descripción técnica de lo que constituye un titular interino o de facto de un cargo. Se convino en que se adoptara ese enfoque en futuras deliberaciones, y se recordó que convendría examinar más en detalle si procedía ampliar esta categoría de personas eventualmente responsables más allá de los titulares de cargos directivos o similares.

b) Determinación de las personas beneficiarias de esos deberes

73. Se observó que la determinación de las personas beneficiarias de esos deberes podría hacerse en función de la responsabilidad debida a toda otra persona interesada o a un grupo determinado de personas, como pudieran ser la empresa, sus accionistas o acreedores, o todas aquellas personas que sacarían algún provecho

de un reparto efectuado a raíz de la liquidación de la empresa. Se expresó el parecer de que procedía, en este caso, interpretar el término acreedores como referidos al cuerpo general de acreedores y no a un determinado acreedor o grupo de acreedores.

74. Otra sugerencia fue la de que esos deberes se tuviera por debidos a la propia masa de la insolvencia. En apoyo de ello, se recordó una definición muy difundida de masa de la insolvencia que incluía además a toda persona a la que se debieran ciertas sumas o servicios, así como la ventaja de no tener que determinar las diversas categorías de beneficiarios. Se dijo que este enfoque sería coherente con el objetivo de tratar por igual a todos los acreedores de condición similar (recomendación 1 d) de la Guía Legislativa), y supondría la adopción a este respecto de un enfoque práctico en vez de doctrinal, basado en la determinación de toda categoría eventual de beneficiarios de las sumas recuperadas para la masa.

75. Se observó que cabría presumir que todo director o ejecutivo actuaba de buena fe, al servicio de los intereses coincidentes de la empresa y de sus accionistas, así como de sus acreedores y empleados. Todo acto efectuado de mala fe debería ser impugnado.

76. Se señaló la interacción entre el momento en que surgieran los deberes y la determinación de sus beneficiarios eventuales. Los deberes de un cargo directivo de una empresa solvente eran únicamente para con la propia empresa, pero cuando una empresa fuera declarada insolvente, cabría incluir entre los beneficiarios de esos deberes a la masa y, por tanto, a los accionistas y demás interesados cuyos intereses fueran a ser representados por un representante de la insolvencia.

77. Se invitó al Grupo de Trabajo a que distinguiera entre el inicio de la insolvencia en sí y la apertura formal de un procedimiento de insolvencia. En el período entre uno y otro acontecimiento, todo régimen de la insolvencia, que reconociera el concepto de comercio ilícito o insolvente como acto fraudulento, equipararía la responsabilidad de todo cargo oficial de la empresa con la de toda otra persona que actuara con autoridad en la gestión de la empresa o que emitiera instrucciones u otras normas que influyeran en la gestión de la empresa.

78. Se señaló la importancia de definir el alcance y la naturaleza de los deberes que pudieran surgir en el marco de la insolvencia de un grupo de empresas, al ir a determinar la categoría de personas eventualmente responsables de esos deberes, así como los diversos grados de responsabilidad eventual.

79. Se convino en que el Grupo de Trabajo prosiguiera sus deliberaciones en un futuro período de sesiones sobre la base de las cuestiones anteriormente señaladas.

c) Determinación del momento en que nacen los deberes en el período anterior a la apertura de un procedimiento de insolvencia

80. Se convino en que esos deberes del personal directivo podrían nacer antes de la apertura formal de un procedimiento de insolvencia. A ese respecto, se observó que rara vez ese momento coincidía con el comienzo de hecho de la insolvencia.

81. Se convino en que esos deberes nacerían cuando la empresa fuera de hecho insolvente o su insolvencia fuera inminente (en términos prácticos, cuando el dinero de los acreedores o la propia empresa corrieran un peligro real, lo que en el curso de las deliberaciones se ha llamado “la proximidad de la insolvencia”), aun cuando

esas obligaciones fueran únicamente exigibles en el contexto de un procedimiento formal de insolvencia. Por tanto, el interés de esta cuestión dimanaba de la importancia de que se adopten medidas adecuadas y oportunas cuando una empresa pasaba a ser insolvente. En otras palabras, el momento en que nacían esos deberes debería ser el momento en que el personal directivo debería haber sabido que no quedaba posibilidad razonable alguna de evitar la liquidación.

d) Especificación de la naturaleza de los deberes asumibles o de los tipos de conducta indebida sancionables, entre los que cabe citar:

i) El comercio ilícito, es decir, cuando el titular de un cargo directivo debiera haber sabido que la insolvencia era ineludible y no ha adoptado medidas razonables para reducir al mínimo las pérdidas causadas a los acreedores;

ii) El incumplimiento de un deber profesional, es decir, cuando el titular de un cargo directivo ha malversado o retenido dinero o bienes de la empresa o en que, a resultas de una negligencia o de la dejación de su deber, fiduciario o de otra índole, ha causado una asignación indebida de bienes de la empresa o pérdidas a la empresa; y

iii) Conducta fraudulenta con el dinero o los bienes de la empresa, es decir, cuando el titular de un cargo directivo ha ocasionado o permitido una operación preferente o infravalorada en perjuicio de los acreedores.

82. Hubo acuerdo general acerca de que para determinar la naturaleza de los deberes asumibles debía examinarse quién era el titular del deber (tema 3 a)), quién era el beneficiario de ese deber (tema 3 b)) y en qué momento había nacido el deber (tema 3 c)).

83. En cuanto al comercio ilícito (párrafo d) i)), se observó que el derecho interno de algunos países establecía una presunción de culpa asociada a la insolvencia en determinadas circunstancias. Se dio a conocer la experiencia de un país: en toda insolvencia en la que solo se pudiera pagar menos del 20% de las deudas de la empresa, cabía presumir la responsabilidad de su personal directivo, y los tribunales podían exigirle que efectuara un pago a la masa de la insolvencia. Por otra parte, se recalcó que no debería haber una presunción de culpa.

84. En cuanto al alcance de esos deberes, se advirtió que la imposición de un régimen demasiado estricto podría desalentar el comercio y la actividad empresarial (lo que era contrario al mandato general de la CNUDMI). Si existían causas externas de la insolvencia, como una recesión general, no se debería penalizar a ningún cargo directivo que hubiera aplicado criterios mercantiles adecuados. Según otros, el personal directivo debería estar al corriente de la situación comercial, aunque esa situación fuera alegable frente a posibles medidas de recuperación.

85. A ese respecto, se subrayó que siempre había que tener en cuenta dos cuestiones: si existía algún deber, y si se había incumplido ese deber. En algunos países, cuando una empresa estaba al borde de la insolvencia, su personal directivo debía comprobar la solvencia de la empresa antes de iniciar toda operación importante (como por ejemplo, toda operación en la que se arriesgara la mitad de

sus bienes o en la que se transfiriera un volumen considerable de sus bienes, o se hiciera un reparto entre los accionistas). También se podía exigir a los directivos que justificaran las operaciones en cuestión y demostrara que habían tenido en cuenta la posibilidad de la insolvencia.

86. Se hizo hincapié en la importancia de no imponer una responsabilidad estricta al respecto; los representantes de la insolvencia que adoptaran medidas sancionadoras deberían demostrar la existencia del deber, de su incumplimiento y del daño causado por ese incumplimiento. Cualquier otro criterio, según se dijo, perjudicaría al objetivo de fomentar las buenas prácticas en materia de insolvencia sin dificultar la labor empresarial.

87. A ese respecto, se acordó que la existencia de cualquier responsabilidad dependería de los hechos perpetrados, por lo que sería esencial disponer de un mecanismo para examinar los hechos. Desde ese punto de vista, elaborar listas de malas prácticas de gestión sería una tarea interminable y contraproducente, que en la práctica daría lugar a casos de responsabilidad estricta. Además, ese criterio no tendría en cuenta la evolución de las circunstancias, que podría agravar injustificadamente la caracterización de una decisión. Así las cosas, se estimó que sería imposible elaborar una definición universal de un deber de esa índole. Se consideró que un criterio más constructivo sería dar orientación acerca de cómo cumplir el deber, indicando las medidas que cabría adoptar o que deberían adoptarse. Ejemplos de medidas adecuadas podrían ser: proseguir el negocio con miras a sanear la empresa, declarar la apertura de su liquidación, o adoptar alguna otra medida intermedia. Algunas medidas adecuadas en caso de probable insolvencia podrían ser: notificar a las partes interesadas (sin ir más lejos de lo exigible en un procedimiento formal de insolvencia), obrar con la debida diligencia en la gestión de la empresa, y adoptar medidas en beneficio de la masa de la insolvencia.

88. Según otro parecer sería posible formular una declaración abstracta de esos deberes basada en el deber de obrar con la mayor diligencia posible, haciendo hincapié en exigir que el personal directivo demostrara que habían hecho todo lo posible por dejar la empresa en una situación buena o mejorada. No obstante, se deberían exigir deberes razonables, que no llevaran a la renuncia prematura del personal directivo, en detrimento de todo procedimiento de reorganización o de insolvencia que se fuera a abrir.

89. Otra cuestión a tener en cuenta era la de que esos deberes debían contraerse respecto de todos los interesados, velando, en particular, por no limitarlos a la empresa misma (haciéndolos exigibles respecto de la masa de la insolvencia en general).

90. Habida cuenta de estas consideraciones, el Grupo de Trabajo convino en que dedicaría sus deliberaciones futuras a la labor de determinar las medidas que se deberían adoptar para cumplir el deber enunciado en el inciso i).

91. En cuanto a los ejemplos de incumplimiento de un deber (párrafo 3 d) ii)) y de malversación de los fondos o los bienes de la empresa (párrafo 3 d) iii)), se recordó que la Guía Legislativa ya contenía disposiciones acerca de las operaciones preferentes e impugnables; previéndose además ciertos deberes generales del personal directivo al margen de la insolvencia, y que, por tanto, en la labor futura se debería hacer hincapié en la cuestión del comercio en fraude de los

acreedores (párrafo 3 d) i)). Además, se observó que tal vez procediera limitar las categorías de personas que debían protegerse.

e) Identificación de los recursos ejercitables frente a una conducta fraudulenta o frente al incumplimiento de un deber

92. Se examinaron las tres cuestiones que se indican en el párrafo 63 del documento A/CN.9/WG.V/WP.96.

93. Se observó que la finalidad primaria de toda acción impugnatoria era la de devolver a la masa de la insolvencia a su situación previa al acto fraudulento alegado, por lo que toda medida que se adopte para responder a dicho agravio tendrá por objeto responder a ese fin. Cabría designar la actuación impugnante como comercio ilícito o insolvente, aun cuando se volverá a examinar el término utilizable. Se dijo que, de no encontrarse remedios eficaces, las deliberaciones habrían sido puramente académicas y se habría incumplido la tarea que se tenía asignada. Se observó también que todo régimen que impusiera deberes tendría un efecto disuasorio y promovería las buenas prácticas en el ejercicio de la gestión de toda empresa en riesgo de insolvencia; no obstante, no convendría formular el texto normativo en términos que incitaran al personal directivo a declarar prematuramente la insolvencia de la empresa, a fin de evitar un eventual riesgo de responsabilidad personal.

94. Se observó que se disponía de menos recursos contra el ejercicio ilícito o insolvente del comercio de lo que cabría esperar habida cuenta del elevado número de insolvencias, por lo que, aun cuando se estime que existe una respuesta apropiada, convendría dar orientación a fin de soslayar todo obstáculo que pueda restar efectividad a esa respuesta. Además de la dificultad de financiar esa respuesta, se observó que en la mayoría de los casos se trataría de llegar a un arreglo, o tal vez el personal directivo estimara que carecía de fondos suficientes para que el remedio resultara eficaz.

95. Se señaló como posible remedio adicional la posibilidad de que se subordine todo crédito que tenga todo titular de un cargo directivo, acusado de actuación fraudulenta, frente a la masa de la insolvencia. Se apoyó la idea de que esa subordinación pudiera resultar un remedio eficaz, y se convino en que debería volver a examinarse, en el contexto de otros remedios ejercitables, en un futuro período de sesiones del Grupo de Trabajo.

96. Se instó al Grupo de Trabajo a que no se excediera de su mandato en su examen de los remedios eventualmente ejercitables, ya que suscitaban cuestiones que cada Estado habría de resolver en su derecho interno acerca de la naturaleza de la acción o reclamación que se presentara y acerca de la persona legitimada para ejercitarla, así como cuestiones acerca de la carga de la prueba y de su validez.

97. En lo que respecta a la persona legitimada para ejercitar alguna acción de recurso, se dijo que toda persona a la que se debiera el cumplimiento de un deber y que hubiera sufrido alguna pérdida debería gozar de ese derecho. Se convino en que el derecho a ejercitar ese recurso correspondería en principio al representante de la insolvencia, en su condición de representante de la masa de la insolvencia, a fin de que lo ejercitara en defensa del interés colectivo de los acreedores. Respecto de otras categorías de personas eventualmente legitimadas, se observó que el derecho interno de diversos países reconocía ese derecho a muy diversas personas, pero que

no existía ningún enfoque común. Cabía citar, al respecto, a los acreedores en cuanto personas individuales o en cuanto colectividad, a diversas categorías de acreedores o a la junta de acreedores, a ciertas empresas (es decir, a personas jurídicas), al ministerio público, y a todo síndico o supervisor de la insolvencia designado por el foro competente (de ser necesario, en casos de conflictos de interés de directivos autorizados para proseguir su negocio durante la insolvencia).

98. Respecto de los acreedores, se observó que no procedía examinar aquí los derechos reconocidos por otras normas legales (de derecho civil, empresarial o relativas a la responsabilidad civil de las partes), pero se observó que esas normas tal vez prevean la forma de ejercitar esos derechos, por lo que se convino en que toda norma que se pueda adoptar debería respetar esos derechos. En la medida en que el personal directivo tuviera algún deber para con los acreedores, distinto del deber que tuviera para con la masa de la insolvencia, procedería, por razones de coherencia, que esos acreedores pudieran ejercitar el derecho que les corresponda frente al deber incumplido; si se decide privarles de ese derecho, habría que enunciar claramente las razones para hacerlo. Se señaló también la posibilidad de basarse, a este respecto, en lo previsto en la recomendación 87 de la Guía Legislativa relativa a la impugnación de ciertas operaciones comerciales, facultando a los acreedores para solicitar que el representante de la insolvencia entable la acción pertinente y, en caso de que este no lo haga, cabría facultar a los acreedores para presentar ellos mismos una acción impugnatoria. Cabe que los acreedores dispongan, en ciertos casos, de alguna acción ejercitable contra el representante de la insolvencia.

99. Se observó que los acreedores carecerían, por lo general, de pruebas suficientes para entablar esa acción por su cuenta y que sería difícil determinar el alcance del daño sufrido por cada acreedor. Hubo apoyo en favor de que el producto de toda acción que prosperara debería ir a engrosar a la masa en su conjunto, aun cuando el acreedor que la hubiera presentado debería tener derecho a recuperar las costas procesales. Se observó, no obstante, que en algunos países no se destinaría necesariamente el producto de la acción entablada a la masa en su conjunto (por ejemplo, de existir alguna garantía real al respecto). Se observó que se volverían a examinar estas cuestiones en una fecha ulterior.

100. Se observó también que tal vez fuera reclamable algún bien de la masa de la insolvencia, por lo que el representante de la insolvencia debería gozar de facultades para gestionar esa reclamación como si se tratara de cualquier otro bien: tal vez conviniera traspasar dicho bien a un acreedor con miras a que ejercitara la acción que proceda (para recuperar todo posible valor). Se dijo que este enfoque tal vez contribuiría a soslayar el obstáculo que constituía una posible insuficiencia de fondos para entablar la acción impugnatoria. Respecto de esta última cuestión, se observó que los acreedores tal vez estuvieran dispuestos a financiar toda actuación emprendida por el representante de la insolvencia para recuperar alguna suma sustraída a la masa por los beneficios que tal recuperación implicaría.

101. Respecto de la legitimación de otras personas para entablar una acción impugnatoria, se advirtió que convendría no interferir en las actuaciones penales (como sucedería en el caso de que el Ministerio Público se declarara competente). Se observó, no obstante, que pudiera haber cierto solapamiento entre las actuaciones civiles y penales en acciones entabladas para obtener alguna indemnización

pecuniaria, por lo que tal vez procediera hacer alguna referencia al posible impacto de las actuaciones penales en las civiles en un caso de insolvencia.

102. Se mencionó la experiencia de algunos países en materia impugnatoria, y se señaló el interés en racionalizar las actuaciones a fin de ahorrar tiempo y evitar costas procesales.

103. Respecto del momento en que hubiera de entablarse una acción, se observó que, con anterioridad a la apertura de las actuaciones, tal vez algún acreedor dispusiera de una acción frente al titular de algún cargo directivo, pero, si era así, esa acción estaría reconocida por alguna otra norma legal. Por consiguiente, se convino en que no procedía que el Grupo de Trabajo dedicara más tiempo a estudiar la cuestión de las acciones eventualmente ejercitables.

104. Otra posible sanción, señalada en el documento A/CN.9/WG.V/WP.96, sería la inhabilitación del titular de un cargo para el ejercicio de sus funciones. Se dijo que esa sanción sería de carácter administrativo y no penal, aun cuando se destacó de nuevo el riesgo de solapamiento. La finalidad de esa sanción no sería castigar al titular de ese cargo, sino (aparte de su efecto disuasorio) la de amparar al público en general frente a toda persona que no fuera digna de ocupar un cargo directivo en una sociedad de responsabilidad limitada. Se observó que este remedio complementaba la finalidad de restablecer la integridad de la masa de la insolvencia. Si bien se dijo que esa inhabilitación era digna de ser tenida en cuenta, hubo pareceres divergentes acerca de si procedía que el Grupo de Trabajo la examinara.

105. Se dijo que toda medida inhabilitadora reflejaba un enfoque punitivo sin valor constructivo, y se recordó que esas medidas incidirían sin duda en el campo del derecho penal. Se observó también que cabía cuestionar la eficacia de una inhabilitación si la persona inhabilitada fuera a seguir, de hecho, en el ejercicio de sus funciones, o si no se disponía de medios para hacer valer esa inhabilitación más allá de los límites de la jurisdicción del foro que hubiera decretado la inhabilitación. Se sugirió, en sentido contrario, que la inhabilitación personal era una medida disuasoria eficaz. Se convino, por ello, en volver a tratar esta cuestión en un ulterior período de sesiones.

106. El Grupo de Trabajo examinó las posibles excepciones esgrimibles por el titular de un cargo directivo frente a una medida impugnatoria. Se observó que tal vez peligraran las perspectivas de emprender una reorganización informal, si el personal directivo llegaba a estimar que el riesgo de responsabilidad personal era demasiado grande. Se citaron entre las excepciones eventualmente ejercitables la de que existieran motivos razonables para seguir creyendo en la solvencia de la empresa, para lo que cabría presentar un estado de cuentas que confirmara la solvencia de la empresa asesorándose con el personal profesional competente, y cabría también demostrar que el personal directivo había emprendido medidas de reestructuración que redundarían en provecho de los acreedores. Se observó que existía una vinculación entre la formulación que se diera a este deber y las excepciones eventualmente ejercitables; los puntos anteriormente examinados podrían ser vistos en función de las excepciones eventualmente ejercitables o del cumplimiento del deber primario exigible de todo titular de un cargo directivo.

107. Se volvió a hablar de las dificultades prácticas que prolongaban las actuaciones judiciales, entre las que cabía citar la dificultad de determinar la situación real de la empresa, así como la de aclarar las medidas requeridas para que

el cargo directivo diera cumplimiento a su deber. Se sugirió, desde esta perspectiva, que cabría formular el deber exigible describiendo los hechos que pudieran alertar al directivo de los riesgos que se estuvieran corriendo (tales como la transferencia de una cuantía notable de bienes, toda operación que excediera de cierto valor, toda actividad que pusiera en riesgo un porcentaje importante de los bienes), complementando así el principio que se enunciara. En términos prácticos, se dijo que todo cargo directivo cuya actuación fuera impugnada debería poder demostrar el acierto de las medidas propuestas para asegurar la solvencia de la empresa y, si la insolvencia seguía siendo posible, indicar cuáles eran las medidas que hubiera previsto para amparar los intereses de los acreedores y demás interesados.

108. Se convino en que un factor clave de toda orientación que se fuera a dar sería el de compaginar la necesidad de estimular toda actuación adecuada con la de evitar que se declarara prematuramente la insolvencia, por lo que se acordó volver a tratar estas cuestiones en un futuro período de sesiones.

f) Cuestiones transfronterizas

109. Se mencionaron diversas cuestiones transfronterizas. En primer lugar, se observó que la Ley Modelo no decía nada acerca de la competencia jurisdiccional, por lo que esta cuestión seguía rigiéndose por el derecho internacional privado. Se invitó al Grupo de Trabajo a que considerara que, en toda acción que se entablara en el marco de una insolvencia, el foro competente fuera un tribunal especializado, por lo que sería útil dar orientaciones al respecto. En segundo lugar, en lo que respecta a la determinación de la ley aplicable se señaló la diversidad de las soluciones que se daban en la práctica (tanto en lo relativo a las actuaciones como a la responsabilidad por daños y perjuicios), según cual fuera la ley del foro competente. En tercer lugar, se observó que la Ley Modelo preveía el acceso del representante extranjero a los tribunales de otros países en casos limitados, entre los que no figuraba el de las acciones entabladas por cuestiones de responsabilidad. Por último, se suscitó la cuestión de si las excepciones ejercitables ante el foro competente de un país serían ejercitables en las actuaciones abiertas en otros lugares. El Grupo de Trabajo tomó nota de las observaciones que se hicieron y convino en volver a examinar estas cuestiones en un futuro período de sesiones.

VI. Material judicial relativo a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza

110. El Grupo de Trabajo examinó el material judicial relativo a la Ley Modelo basándose en el documento A/CN.9/WG.V/WP.97 y sus adiciones.

111. A título de explicación de antecedentes del material judicial, el Grupo de Trabajo observó que los participantes en el coloquio judicial que había celebrado la CNUDMI en cooperación con INSOL y el Banco Mundial habían manifestado el deseo de que se facilitara información y orientación a los jueces sobre cuestiones transfronterizas y, en particular, acerca de la Ley Modelo. Teniendo en cuenta ese deseo, la Comisión había encomendado a la Secretaría el mandato de elaborar un texto de esa índole con el mismo criterio de flexibilidad que se había seguido con la *Guía de Prácticas de la CNUDMI sobre Cooperación en la Insolvencia*

*Transfronteriza*³ (“la Guía de Prácticas”) con la participación de profesionales y expertos en cuestiones de insolvencia y con miras a su examen por el Grupo de Trabajo V en una etapa oportuna y a su redacción definitiva y su adopción por la Comisión, posiblemente en 2011⁴.

112. Se explicó que el material judicial era de carácter puramente descriptivo y tenía el propósito de prestar asistencia a los jueces acerca de la Ley Modelo, de conformidad con el mandato de la Comisión, potenciando de esa manera la previsibilidad y coherencia de la jurisprudencia. Se explicó además que las remisiones a diversos casos se incluían en el material judicial para ilustrar opiniones diferentes adoptadas en la interpretación de la Ley Modelo. Se dijo que, para fomentar la finalidad del material judicial, sería útil que ese material pudiera actualizarse de forma permanente en consulta con jueces y profesionales en cuestiones de insolvencia. Se indicó que, con ese fin, la publicación en formato electrónico podría ser particularmente adecuada.

113. El Grupo de Trabajo estuvo en general de acuerdo en que el material judicial constituiría un documento muy útil para los jueces tanto en los países que aplicaban la Ley Modelo como en los países que no habían promulgado la Ley, en los que el documento facilitaría considerablemente su aprobación.

114. Se plantearon algunos puntos para su posible adición o aclaración en el material judicial, a saber: 1) si un representante extranjero podía representar al deudor en un procedimiento que no fuera de insolvencia (litigio civil) sin reconocimiento previo; 2) el significado de la expresión “participar en un procedimiento que se sustancie en ese Estado” en el párrafo 29 b) habida cuenta de su remisión al artículo 12 del documento A/CN.9/WG.V/WP.97 en la nota de pie de página; 3) el significado de la expresión “intervenir” en el párrafo 29 d) del documento A/CN.9/WG.V/WP.97; 4) la necesidad de abordar el contexto de los grupos de empresas con mayor detalle; 5) la necesidad de reconocer que no todos los ordenamientos internos requerirían un “establecimiento” con arreglo al artículo 2 f) respecto del procedimiento no principal; y 6) si un tribunal ante el que se recurra podría reconsiderar la determinación del primer tribunal sobre la cuestión del centro de los principales intereses.

115. Se sugirió que el título del material judicial fuese “Guía judicial”, que se ajustaría al título de otros textos de la CNUDMI como la Guía Legislativa y la Guía de Prácticas. Se respondió que no se había escogido la palabra “guía”, dado que no reflejaría suficientemente la naturaleza descriptiva del texto. Se opinó que el título no debía dar la impresión de que el material judicial era de carácter prescriptivo.

116. El Grupo de Trabajo convino en que se continuara elaborando el material judicial teniendo en cuenta las observaciones formuladas en el período de sesiones en curso, con miras a su posible finalización en el próximo período de sesiones. El Grupo de Trabajo solicitó a los Estados que presentaran a la Secretaría observaciones sobre su experiencia con la Ley Modelo a fin de su posible examen en la preparación de un proyecto revisado.

³ Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.10.V.6.

⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/65/17), párr. 261.*

117. En el Grupo de Trabajo se expuso información del Banco Mundial sobre la Norma relativa a la insolvencia y los derechos de los acreedores (“Norma ICR”), que era parte de la Iniciativa sobre normas y códigos de la Junta de Estabilidad Financiera y que el Banco utilizaba en los informes ICR sobre la observancia de los códigos y normas (“ICR ROSC”). Se recordó que la Norma ICR ya incluía las recomendaciones enunciadas en la Guía Legislativa y en los Principios del Banco Mundial para Sistemas Efectivos de Insolvencia y de Derechos de los Acreedores. La Norma ICR había sido elaborada en coordinación con la secretaría de la CNUDMI. Se informó además al Grupo de Trabajo de que la Norma ICR se encontraba actualmente en fase de actualización a fin de tener en cuenta la tercera parte de la Guía Legislativa. El Grupo de Trabajo tomó nota con reconocimiento de esa novedad y pidió a la Secretaría que continuara participando en el proceso de actualización cooperando estrechamente con el Banco Mundial.
