



Asamblea General

Distr. GENERAL

A/CN.9/419
1º de diciembre de 1995

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
29º período de sesiones
Nueva York, 28 de mayo a 14 de junio de 1996

**INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE EL RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA
ACERCA DE LA LABOR DE SU 18º PERÍODO DE SESIONES**
(Viena, 30 de octubre a 10 de noviembre de 1995)

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. INTRODUCCIÓN	1-10	3
II. DELIBERACIONES Y DECISIONES	11-12	4
III. LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN LO RELATIVO AL ACCESO A LOS TRIBUNALES Y AL RECONOCIMIENTO DE LAS ACTUACIONES EN LOS CASOS DE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA	13-93	4
A. Observaciones generales	13-21	4
B. Posibles factores decisivos para el acceso y reconocimiento	22-45	6
1) Competencia	22-25	6
2) Actuaciones extranjeras emanadas de países especificados	26	7
3) Discrecionalidad del tribunal	27	7
4) Tipos de proceso	28-32	7
5) Tipos de deudor	33-35	8
6) Facultades del representante extranjero	36-39	9
7) Consideraciones de orden público	40	9
8) Factores adicionales posibles	41-45	10
C. Efectos del reconocimiento	46-69	10
1) Posibles enfoques legislativos	46-59	10
2) Exclusión de ciertos tipos de activo	60-61	13
3) Aspectos procesales de la concesión del reconocimiento	62-60	13

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
D. Proceso de insolvencia secundario	70-76	15
E. Acceso del representante extranjero	77-79	16
F. Cooperación judicial	80-83	17
G. Otras cuestiones	84-93	18
1) Deber de informar a los acreedores	84-87	18
2) Deber de los administradores a comunicarse entre ellos información	88	19
3) Equiparación de la tasa empleada para el pago de los créditos	89-93	19
IV. EXAMEN DE LOS ANTEPROYECTOS DE DISPOSICIÓN	94-189	20
A. Definición de "proceso extranjero"	95-110	20
B. Definición de "representante extranjero"	111-117	23
C. Cooperación judicial	118-133	24
D. Efectos del reconocimiento	134-177	27
E. Prueba que ha de darse de proceso extranjero	178-189	35
V. FUTURA LABOR	190-193	38

I. INTRODUCCIÓN

1. El Grupo de Trabajo sobre el régimen de la insolvencia inició su labor en el actual período de sesiones, a raíz de la decisión adoptada por la Comisión en su 28º período de sesiones (Viena, 2 a 26 de mayo de 1995), de iniciar la preparación de un instrumento jurídico sobre la insolvencia transfronteriza¹.

2. La Comisión decidió iniciar su labor en el campo de la insolvencia transfronteriza a raíz de las sugerencias que se le hicieron, particularmente durante el Congreso de la CNUDMI, "Un Derecho Mercantil Uniforme para el Siglo XXI" (celebrado en Nueva York en ocasión del 25º período de sesiones, del 17 al 21 de mayo de 1992), por letrados y representantes de otras profesiones directamente interesadas en este problema. En su 26º período de sesiones, la Comisión decidió seguir dando curso a esa sugerencia². Posteriormente, a fin de evaluar la conveniencia y viabilidad de emprender una tarea en esta esfera, y para deslindar lo mejor posible el alcance de esa labor la CNUDMI y la Asociación Internacional de Letrados Especializados en la Insolvencia (INSOL) celebraron un Coloquio relativo a la insolvencia transfronteriza (Viena, 17 a 19 de abril de 1994), en el que participaron profesionales de diversas ramas de la abogacía, jueces, administradores públicos y representantes de otros sectores interesados en la insolvencia, así como representantes de institutos crediticios³.

3. El primer Coloquio CNUDMI-INSOL sugirió que la labor se limitara, al menos en esta fase inicial, al objetivo nada despreciable de facilitar la cooperación judicial, el acceso de los síndicos extranjeros de la quiebra a los tribunales, y el reconocimiento de las actuaciones procesales extranjeras en esta esfera (cuestiones designadas en adelante por las expresiones "cooperación judicial" y "acceso a los tribunales y reconocimiento de las actuaciones"). Se sugirió también que se celebrara una reunión internacional de jueces para recabar en ella sus pareceres sobre la labor que cabía esperar de la Comisión en esta esfera. La Comisión recibió con agrado esas sugerencias en su 27º período de sesiones⁴.

4. Posteriormente, tuvo lugar el Coloquio Judicial CNUDMI-INSOL sobre insolvencia transfronteriza (Toronto, 22 a 23 de marzo de 1995). Con este Coloquio se pretendía que la Comisión tuviera conocimiento al iniciar su labor sobre la insolvencia transfronteriza, de los pareceres de los jueces y administradores públicos que se ocupan de la legislación en materia de insolvencia, sobre la cuestión de la cooperación judicial en los casos de insolvencia transfronteriza y las cuestiones conexas del acceso a los tribunales y el reconocimiento de las actuaciones⁵. El Coloquio Judicial dictaminó por consenso que sería conveniente que la Comisión elaborara un marco legislativo, por ejemplo en forma de régimen legal modelo para la cooperación judicial y que en ese texto se incluyeran disposiciones sobre acceso a los tribunales y reconocimiento de las actuaciones. Al tomar nota de los pareceres expresados en el Coloquio Judicial, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo examinaría una serie de cuestiones suscitadas en el Coloquio Judicial respecto del posible alcance del texto jurídico que se había de preparar y sobre los criterios a seguir y los efectos a prever a este respecto.

5. El Grupo de Trabajo, que estaba compuesto por todos los Estados miembros de la Comisión, inició su labor en su 18º período de sesiones, celebrado en Viena del 30 de octubre al 11 de noviembre de 1995. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, la Arabia Saudita, Argelia, la Argentina, Australia, Austria, el Brasil, Chile, China, el Ecuador, España, los Estados Unidos de América, la Federación de Rusia, Finlandia, Francia, la India, Irán (República Islámica del), Italia, el Japón, Nigeria, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República Eslovaca, Singapur, Tailandia, Uganda y el Uruguay.

6. Asistieron al período de sesiones observadores de los Estados siguientes: Bosnia y Herzegovina, el Canadá, Costa Rica, Filipinas, el Gabón, Grecia, Indonesia, el Iraq, Kuwait, los Países Bajos, el Paraguay, la República de Corea, Suecia, Suiza, Turquía y el Yemen.

7. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Federación Bancaria de la Unión Europea, Asociación Europea de Letrados Especializados en la Insolvencia (EIPA), Asociación

Internacional de Letrados Especializados en la Insolvencia (INSOL), Asociación Internacional de la Abogacía y Asociación Internacional de Aseguradores de Crédito (ICIA).

8. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

Presidenta: Kathryn Sabo (Canadá)

Relator: Ruthai Hongsiri (Tailandia)

9. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: programa provisional (A/CN.9/WP.V/WP.41) y una Nota de la Secretaría en la que se examinan las posibles cuestiones que cabría abordar en un instrumento jurídico sobre cooperación judicial y sobre acceso a los tribunales y reconocimiento de las actuaciones en casos de insolvencia transfronteriza, que el Grupo de Trabajo utilizó como base de sus deliberaciones (A/CN.9/WG.V/WP.42).

10. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa provisional:

1. Elección de la Mesa;
2. Aprobación del programa;
3. Insolvencia transfronteriza;
4. Otros asuntos;
5. Aprobación del informe.

II. DELIBERACIONES Y DECISIONES

11. El Grupo de Trabajo examinó cuestiones relativas a la cooperación judicial y al acceso a los tribunales y el reconocimiento de las actuaciones en los casos de insolvencia transfronteriza sobre la base de una nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.42).

12. En el curso de su examen del documento A/CN.9/WG.V/WP.42, el Grupo de Trabajo estableció un grupo oficioso de redacción para preparar anteproyectos de disposiciones sobre una serie de cuestiones, que reflejaban las deliberaciones y las decisiones adoptadas. Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo, incluido su examen de diversos proyectos de disposiciones, figuran más adelante en los capítulos III y IV.

III. LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN LO RELATIVO AL ACCESO A LOS TRIBUNALES Y AL RECONOCIMIENTO DE LAS ACTUACIONES EN LOS CASOS DE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA

A. Observaciones generales

13. El Grupo de Trabajo empezó el período de sesiones con un debate sobre diversos aspectos relacionados con los antecedentes y de carácter general de la labor emprendida por la Comisión en la esfera de la insolvencia transfronteriza.

14. El Grupo de Trabajo observó un avance innegable en la manera de ver los asuntos relacionados con la insolvencia por lo que respecta a la posible labor de la Comisión. Este progreso se podía percibir por el hecho de que, en etapas anteriores de su historia, la Comisión se había abstenido de trabajar sobre un tema como el de las garantías reales, en parte por su apreciable implicación con el régimen de insolvencia, mientras que ahora se embarcaba en un proyecto sobre este último tema. Entre los factores que se citaron como justificativos del parecer

actual de la Comisión acerca de la conveniencia y la viabilidad de su labor en materia de insolvencia transfronteriza figuraron en particular los considerables esfuerzos regionales de armonización realizados hasta el presente, la mayor incidencia de la insolvencia transfronteriza como natural consecuencia de la mundialización progresiva del comercio y las inversiones, y lo limitado del alcance y las metas del trabajo emprendido.

15. Otro factor que se citó como indicio de que, en el momento actual, la Comisión podría hacer una aportación positiva en esta esfera era la estrecha cooperación con los profesionales del ramo que había caracterizado la labor preparatoria desarrollada hasta entonces en relación con el proyecto y que había sido un elemento clave en la definición de sus parámetros. Se hizo referencia al Coloquio Judicial celebrado como resultado de esa cooperación y que había suministrado pruebas del interés y la buena disposición de los jueces de países y ordenamientos jurídicos diferentes para participar en esfuerzos cooperativos referentes a la insolvencia transfronteriza y de su interés por la labor emprendida por la Comisión.

16. En cuanto a los parámetros de la labor emprendida, diversas intervenciones destacaron que, con miras a mantener la posibilidad de que el proyecto alcanzara un resultado favorable, sería necesario circunscribir los trabajos a una escala y unas metas relativamente modestas, como de hecho lo había previsto la Comisión. Se señaló que, dada la actual falta de armonía entre las normativas y la carencia general de disposiciones aplicables a la insolvencia transfronteriza, la labor relativa al acceso a los tribunales y el reconocimiento de las actuaciones que se proponía la Comisión, aunque de proporciones relativamente modestas, podría no obstante significar una contribución importante en apoyo del comercio y las inversiones internacionales al aumentar la predecibilidad y la certidumbre jurídica.

17. Se expresó el parecer de que parte de ese esfuerzo por mantener el proyecto dentro de los parámetros de un alcance modesto pero viable tendría que ser evitar en la medida posible ciertas formulaciones terminológicas o conceptuales capaces de plantear dificultades. Se citó como ejemplo, a este respecto, la noción de "reciprocidad", que podía entenderse de maneras muy dispares. Otro ejemplo que se citó fue la noción de "domicilio", que se calificó de difícil de determinar y, por tanto, posible fuente de incertidumbre.

18. Como otro aspecto del mantener el proyecto dentro de los límites de la viabilidad, el Grupo de Trabajo instó a tener siempre presente lo inevitable de que criterios normativos apreciablemente diferentes siguiesen caracterizando los enfoques nacionales de los asuntos relacionados con la insolvencia, y que no era un objetivo de la labor de la Comisión superar o eliminar esas diferencias. Se instó a que los trabajos se circunscribieran más bien a establecer un número limitado de principios básicos y reglas liminares que facilitasen la eficiencia y la rapidez de respuesta ante los casos de insolvencia transfronteriza, y que fueran aplicables tanto en los Estados que utilizaban medios judiciales frente a la insolvencia como a los que aplicaban métodos administrativos.

19. Entre otras observaciones concretas referidas al alcance y la estructura de la labor que se emprendía, figuró la sugerencia de que sería provechoso enfocarlos analíticamente en dos aspectos básicos. El primero era la protección y la reunión de los activos, el segundo el de su distribución. Se hizo igualmente hincapié en la importancia de indicar los elementos esenciales de los tipos de proceso que se tratarían. Se sugirieron como elementos esenciales que el proceso que se contemplase fuera de carácter colectivo, entrañase la supervisión del deudor por un tercero independiente y no abarcase las medidas de ajuste financiero adoptadas por las partes con carácter puramente privado, sin intervención judicial o administrativa.

20. Se hicieron varias sugerencias tendientes a ampliar las cuestiones planteadas en el documento de trabajo que el Grupo de Trabajo tenía ante sí o a complementarlas. Una de esas sugerencias fue que sería conveniente que la Comisión promoviera como premisa fundamental que las leyes nacionales sobre insolvencia debían acordar a los acreedores extranjeros el "trato nacional", en el sentido de que los acreedores no se vieran discriminados por motivos de nacionalidad. Al mismo tiempo, se observó que la noción de "trato nacional" podía considerarse relacionada con la cuestión de la distribución de los activos y que sería más apropiado examinarla tras las deliberaciones sobre cuestiones referentes a la protección y la reunión de los activos.

21. Otra sugerencia se relacionaba con la naturaleza de la notificación de los procesos de insolvencia a los acreedores. Se afirmó que un caso particularmente frecuente, quizá más que el de un deudor con atributos multinacionales, era el de un deudor con acreedores en más de una jurisdicción. Se insinuó que este segundo supuesto ponía de relieve en muchos casos la insuficiencia de los requisitos vigentes en materia de notificación, que con frecuencia se limitaban a la publicación, para brindar eficazmente a los acreedores extranjeros la oportunidad de participar en el proceso de insolvencia. El Grupo de Trabajo acordó examinar en sus deliberaciones esas y otras posibles cuestiones adicionales.

B. Posibles factores decisivos para el acceso y reconocimiento

1) Competencia

22. El Grupo de Trabajo observó que algunas jurisdicciones hacían depender su respuesta a las solicitudes de reconocimiento de un proceso extranjero de insolvencia del examen, en primer lugar, de la cuestión de si ese proceso se había abierto correctamente. Se sugirió la conveniencia de que un enfoque de esa naturaleza quedase reflejado en el instrumento que preparara la Comisión, lo que entrañaba, como requisito para el reconocimiento, la presencia de los "factores vinculantes" requeridos entre el deudor y la jurisdicción en que se abrió el proceso de insolvencia.

23. Se intercambiaron opiniones sobre los posibles métodos para expresar ese requisito y acerca de qué factores de conexión de entre los varios posibles, debían considerarse decisivos al apreciar, a los efectos del reconocimiento, la competencia de la jurisdicción extranjera para abrir el proceso que se solicitaba reconocer. Entre estos factores figuraban el domicilio, la residencia habitual, el lugar donde estaba inscrita la oficina de la empresa, el establecimiento principal, el centro de los intereses principales del deudor y la ubicación de los activos.

24. Una de las opiniones fue que, desde el punto de vista de ofrecer el mayor grado posible de predecibilidad, el factor vinculante decisivo debería ser, en el caso de una persona jurídica, su sede o establecimiento registrado y, en el caso de una persona física, el domicilio. Se sugirió que ese enfoque proporcionaría el máximo grado posible de predecibilidad y certidumbre. Se citó como desventaja del criterio su falta de flexibilidad para tener en cuenta otros factores de conexión y para resolver los casos en que sería conveniente reconocer actuaciones emanadas de jurisdicciones distintas de las del domicilio o la sede del deudor. Se insinuó que una formulación más apropiada sería, en consecuencia, referirse al "centro de los intereses principales del deudor".

25. Un tercer criterio que se sugirió, relativo a determinar la validez del proceso extranjero de que se tratase, sería, en lugar de referirse a un factor vinculante u otro, prever simplemente una presunción *juris tantum* a favor de la validez del proceso extranjero de insolvencia. Entre las ventajas que se citaron a favor de ese enfoque figuraba la de que facilitaría la asistencia transfronteriza manteniendo, con todo, la posibilidad de una impugnación del reconocimiento relacionada con la cuestión de la competencia de la jurisdicción extranjera. También se señaló que ese criterio tendría en cuenta que, en un gran número de casos, la validez del proceso extranjero no sería necesariamente atacada porque, por ejemplo, podría no haber en la jurisdicción reconociente acreedores que lo impugnasen. Otro atractivo del tercer enfoque era que evitaría el posible efecto excluyente no deseado de un examen basado en un único factor, a saber, que todo proceso fundado en un factor de conexión distinto de ese único factor, empleado como filtro, quedase excluido del reconocimiento.

2) Actuaciones extranjeras emanadas de países especificados

26. El Grupo de Trabajo observó que varios países seguían el criterio de otorgar asistencia a los procesos extranjeros de insolvencia abiertos en países incluidos en una lista confeccionada al efecto.

3) Discrecionalidad del tribunal

27. El Grupo de Trabajo observó que otra técnica aplicable en el reconocimiento de los procesos extranjeros de insolvencia entrañaba el ejercicio de su discrecionalidad por el tribunal en el marco de ciertas directrices legales. Se expresó la opinión de que ese criterio podría examinarse ulteriormente en el contexto de los efectos del reconocimiento.

4) Tipos de proceso

28. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de cuáles serían los tipos de proceso a los que serían aplicables las disposiciones sobre reconocimiento. Se habló de incluir en la definición de los procesos comprendidos ciertos elementos básicos, como la representación colectiva de los acreedores y el desapoderamiento del deudor de sus activos.

29. Hubo considerable apoyo para la opinión de que el reconocimiento debía limitarse a los procesos que tuviesen algún tipo de sanción oficial, ya fuera judicial o administrativa. Se dijo que los arreglos privados financieros que celebrasen las partes al margen de todo proceso judicial o administrativo podían ser muy diversos, por lo que no se prestaban a ser objeto de una regla general sobre el reconocimiento. Se estimó, en general, que disponer el reconocimiento de las actuaciones de una autoridad judicial o administrativa se referiría al caso normal y serviría de límite apropiado del alcance de la labor.

30. Se planteó la cuestión de cómo resolver el problema de que existían en ciertas jurisdicciones formas procesables de procedimientos de reorganización de la masa insolvente desconocidas o que no serían fácilmente reconocidas en algunos otros ordenamientos. Un ejemplo de ello eran los procesos de reorganización patrimonial, en los que el deudor seguía en posesión de sus bienes ("*debtor in possession*"). Una inquietud conexas se refería a que las disposiciones sobre reconocimiento no debían poner al tribunal requerido en la situación de tener que determinar por sí mismo si el proceso que se pedía que se reconociese entrañaba realmente una insolvencia. Una sugerencia para atender a esas preocupaciones consistía en que se añadiera el requisito de que el deudor estuviera bajo la supervisión de un tercero independiente. Otra sugerencia es que se estableciera una regla en el sentido de que el proceso extranjero sería reconocido como proceso de insolvencia si era tratado como tal en la jurisdicción origen. También se indicó que, en la medida en que las solicitudes de reconocimiento se formularan directamente de un tribunal a otro, podría mitigarse el problema de que un tribunal requerido estimase que necesitaba determinar la cuestión básica de si se trataba de un proceso de insolvencia.

31. En el debate, se observó que se podía hacer una distinción entre el acceso a los tribunales y el reconocimiento de las actuaciones a los efectos de que un deudor extranjero determinase los activos comprendidos en la masa insolvente y a los efectos de que los acreedores extranjeros dirigieran sus acciones contra activos del deudor situados fuera de la jurisdicción en la que se desarrollase el proceso de insolvencia (reconocimiento de acreedores extranjeros). Se suscitó la cuestión de si podrían aplicarse distintos requisitos previos a uno y otro caso.

32. Se expresó el parecer de que algunas de estas dificultades podían evitarse si, por lo menos como método de trabajo, el Grupo se concentraba primero en la liquidación y se dedicaba luego a los procesos de reorganización. En apoyo de ese enfoque, se sugirió que podría ser más fácil llegar a un consenso sobre el reconocimiento de la liquidación extranjera que sobre el de los procesos de reorganización, dado que estos últimos eran desconocidos en varios ordenamientos. Se afirmó que, una vez que se hubiera convenido en un conjunto de reglas sobre el proceso de liquidación, el Grupo de Trabajo podría examinar la cuestión de si cabía aplicarlas al proceso de reorganización. Se explicó, además que tratar a la vez los procesos de liquidación y los de reorganización requeriría hacer una distinción entre ambos tipos de proceso, cosa que podría resultar difícil, ya que a menudo la liquidación acarrea la reorganización de los activos y viceversa.

5) Tipos de deudor

33. El Grupo de Trabajo inició un debate preliminar sobre la cuestión de si debía haber alguna restricción del tipo de deudores que quedarían comprendidos en el texto que se elaborase y, en particular, si debían quedar excluidas las insolvencias de los no comerciantes o consumidores. Se hizo notar que una de las maneras de lograr esa exclusión sería limitar el ámbito de aplicación del nuevo régimen a las personas jurídicas. Entre las razones aducidas para excluir las insolvencias "de los consumidores" figuraba que eran relativamente poco importantes en términos económicos, en particular por lo que se refería al ámbito transfronterizo, y que embrollarían a los tribunales extranjeros en las complejidades de las reglas y los privilegios especiales aplicables para la protección de los consumidores (por ejemplo, exenciones de ciertos bienes del deudor o de su familia). No obstante, a favor de que se abarcasen tanto a las personas físicas como a las jurídicas, se afirmó que la exclusión de las primeras daría como resultado desatender casos importantes en los que particulares no comerciantes debían cantidades sustanciales de dinero. A ese respecto, se señaló que, si no se incluía a los no comerciantes en el alcance de los trabajos, habría quizá que exonerar ciertos tipos de bienes, como los familiares o personales, de la responsabilidad patrimonial del deudor.

34. Otra posible exclusión que se planteó se refería a instituciones como bancos, compañías de seguros y sociedades de inversión. Se señaló que conforme a ciertas legislaciones, quedaban fuera del alcance del derecho ordinario sobre la insolvencia porque, como órganos reglamentados, estaban normalmente sometidas a normas y autoridades reguladoras distintas. Se hizo notar que la liquidación de bancos se efectuaba muchas veces en un ámbito administrativo especial y que su inclusión en la legislación normal sobre la insolvencia podría verse complicada por la presencia del seguro de depósitos, tema normalmente regulado por la ley de la jurisdicción en la que el banco estaba situado. Otro elemento a considerar era que el que esas instituciones quedaran o no comprendidas dependería de las circunstancias del caso. Por ejemplo, un banco que operase en una jurisdicción de manera que quedase sometido a sus normas reglamentarias podría no estar comprendido en el derecho nacional normal sobre al insolvencia, mientras que otro que sólo tuviera activos en el ámbito de determinada jurisdicción podría ver esos activos afectados por un procedimiento secundario abierto en esa jurisdicción con respecto a esos activos.

35. Se expresó la opinión de que, por lo menos en esta etapa, no era aconsejable dar por supuesta la exclusión de la posibilidad de que quedasen comprendidos bancos e instituciones análogas, en particular porque algunas de las insolvencias transfronterizas más importantes eran precisamente de bancos. Se señaló también que, cada vez con mayor frecuencia, grandes bancos eran subsidiarios de grandes empresas comerciales y que el reconocimiento de los procedimientos de insolvencia de esos bancos podía ser decisivo para elevar al máximo el valor total de la masa patrimonial de la insolvencia. Otro factor que se citó fue que sería difícil trazar una clara distinción entre insolvencias del consumidor e insolvencias comerciales ya que no se encontrarían necesariamente criterios ampliamente aceptados para establecerla. Uno de los métodos sugeridos para resolver esta última complicación era referirse, a los efectos de definir una insolvencia como "del consumidor", a las deudas en que se hubiera incurrido para fines privados o personales.

6) Facultades del representante extranjero

36. El Grupo de Trabajo examinó en qué medida y de qué modo el tribunal que fuera a dar su reconocimiento desearía cerciorarse de que el representante extranjero estaba facultado para actuar en el extranjero por la autoridad judicial encargada del proceso reconocido y, en particular, respecto de los activos que se encontraran fuera del país. Se dijo que esta cuestión no planteaba ningún problema insuperable, ya que en la práctica de la mayor parte de las jurisdicciones se le extienden al representante credenciales de validez universal. Se opinó que esta cuestión era, no obstante, importante ya que preocupaba a algunos tribunales.

37. Se expresó el parecer de que, para obtener reconocimiento en el extranjero era preciso que la identidad y funciones del representante fueran manifiestas, lo que tal vez no sucediera de no poder éste presentar prueba de estar acreditado para su cometido por un tribunal del país de donde procediera. Se observó, no obstante, que de requerirse

algún mandamiento especial por parte del tribunal, aparte de su nombramiento, se obstaculizaría gravemente la eficacia de la labor del representante extranjero, ya que se le privaría de la agilidad indispensable para proteger ciertos activos con la celeridad requerida. Se sugirió también que una autorización legal general para actuar en el extranjero, otorgada por el Estado de origen del representante a todo representante del tipo del que estuviera presentando la petición de reconocimiento, daría al tribunal requerido un suplemento de seguridad a la hora de ir a reconocer un proceso extranjero.

38. En las deliberaciones, se preguntó en qué medida cabría acreditar, para obtener asistencia judicial en el extranjero, a ciertas entidades especiales que se encargaban en algunos países de supervisar, en el interés público o en el de los acreedores, la actuación de los representantes de una masa patrimonial insolvente. Se expresó el parecer de que el caso de estas entidades tal vez no planteara demasiado problema ya que, pese a haber sido tal vez nombradas por una autoridad no judicial, estarían actuando prácticamente en calidad de representantes extranjeros en orden al aseguramiento de los activos del patrimonio insolvente. Se sugirió además que no se les diera ningún otro poder que los de un representante extranjero normal aún cuando estuvieran asociadas con las autoridades públicas o hubieran sido designadas por ellas.

39. Se dijo también que éste, al igual que otros aspectos de la cuestión del representante, extranjero abogaban en favor de que se diera una definición funcional de representante extranjero, sin emplear términos que se prestaran a ser entendidos o interpretados de diversa forma. Se dijo también que las dificultades que pudiera tener un tribunal para determinar la validez o el alcance del poder otorgado a un representante extranjero para actuar fuera de su país serían tal vez menores si la solicitud de reconocimiento del representante fuera presentada por el propio tribunal que la emitiera, en vez de por el representante extranjero.

7) Consideraciones de orden público

40. Se opinó en general que el régimen que se fuera a elaborar debía contener una disposición por la que se reconociera el derecho de los Estados a denegar su reconocimiento en razón de algún principio de orden público. Se observó que solía hacerse esa salvedad en muchos instrumentos multilaterales y leyes nacionales sobre el reconocimiento de las actuaciones judiciales extranjeras. El Grupo de Trabajo consideró si sería viable o aconsejable condicionar o definir las consideraciones de orden público de alguna forma que asegurara un empleo razonable de esta excepción, en vista de la diversidad de principios invocables y del riesgo de que esta excepción pueda restar eficacia al texto en el que se estaba trabajando. Se observó, por ejemplo, que algunas disposiciones de esta índole eran aplicables, de ser el reconocimiento "manifiestamente contrario" a los principios de orden público. No se quiso entrar más en detalle y el empleo de una formulación más restrictiva no obtuvo suficiente apoyo, en vista de la medida en que la noción de orden público difería de un Estado a otro.

8) Factores adicionales posibles

41. Entre los factores que pueden ser decisivos para el reconocimiento, se sugirió también la conveniencia de definir nociones como la ya mencionada de "representante extranjero" y la de "proceso extranjero" en términos eminentemente funcionales. Con ello se evitarían incertidumbres atribuibles a posibles diversidades terminológicas de un ordenamiento a otro.

42. Al hablar de los factores propiamente adicionales, el Grupo de Trabajo consideró la posibilidad de hacer mención de la reciprocidad. En favor de que se mencionara la reciprocidad, que era un factor aplicable en algunos países, se sugirió que actuaría a modo de filtro para armonizar el régimen aplicable, al estimular a los Estados a incluir en su propio derecho normas relativas a la insolvencia transfronteriza.

43. Hubo, al mismo tiempo, otras intervenciones en las que se señalaron los inconvenientes de hacer referencia a la reciprocidad en el instrumento que fuera a preparar la Comisión. Se dijo que toda referencia a la reciprocidad crearía incertidumbre por entenderse esta noción de diverso modo en diversas jurisdicciones y normas legales y por

la dificultad de determinar hasta qué punto había o no reciprocidad. Se dijo también que mencionar ese factor sería contrario a la intención básica del proyecto que era el fomento de una mayor cooperación internacional, y que tendría un efecto contrario a lo que se pretendía.

44. Se expresó el parecer de que para reducir el efecto posiblemente negativo de una norma de reciprocidad, cabría al menos distinguir entre dos enfoques de la reciprocidad. El primero, y menos deseable, conforme a ese parecer, sería el de una reciprocidad calificada de "positiva", que requiriera prueba de que un trato recíproco sería acordado; el otro enfoque, menos nocivo, sería el de una reciprocidad "negativa", consistente en una presunción rebatible de que la jurisdicción, cuyo proceso se fuera a reconocer, otorgaría llegado el caso un trato recíproco.

45. Se observó además que ese objetivo de obtener un trato recíproco, que se diría mejor servido por un instrumento adoptado en forma de convención, sería tal vez también obtenible mediante una ley modelo. Se sugirió además que una ley modelo que fuera bien recibida conseguiría la meta de la reciprocidad sin necesidad de incluir en su texto una disposición expresa de reciprocidad.

C. Efectos del reconocimiento

1) Posibles enfoques legislativos

46. El Grupo de Trabajo intercambió pareceres sobre la posible manera de resolver la cuestión básica de los efectos que tendría el reconocimiento de un proceso de insolvencia en el extranjero, habida cuenta de los parámetros del proyecto emprendido por la Comisión.

47. Las deliberaciones procedieron en el entendimiento de que había una amplia gama de posibles efectos que cabría atribuir al reconocimiento, entre los que figuraba la obtención de medidas cautelares para reunir y proteger los activos, como pudiera ser la suspensión o congelación de toda acción de un acreedor individual contra los activos en la jurisdicción que hubiera otorgado el reconocimiento, la autorización dada al representante extranjero para obtener información y elementos de prueba sobre los bienes y las actividades del deudor y para administrar sus bienes, y, por último, el autorizar al representante extranjero a transferir bienes y otros activos fuera del territorio del país en el que hubiera obtenido reconocimiento.

48. Otra premisa básica de la labor emprendida por la Comisión fue la de que el representante extranjero no podría hacer efectivos los efectos de su reconocimiento sin alguna forma de intervención, al menos inicial, de un tribunal o de una autoridad administrativa de la jurisdicción que otorgara el reconocimiento. Por consiguiente, no cabía pensar en establecer para todos los Estados un sistema por el que se facultara a representantes extranjeros para actuar en jurisdicciones extranjeras de no obtenerse en ellas alguna forma de sanción o asistencia oficial. Se observó, no obstante, que algunos Estados no tendrían tal vez inconveniente en considerar esta posibilidad, por lo que cabría incluirla en un menú de opciones que la Comisión presentaría a los Estados.

49. Una forma posible de indicar los efectos del reconocimiento sería el intentar hacer una enumeración exhaustiva de esos efectos, al igual que se hizo en la Convención de Estambul. Esa solución no obtuvo demasiado apoyo, particularmente por razón de que la amplitud de los efectos posibles tal vez frustrara la tentativa de enumerarlos en una disposición general y completa.

50. Hubo diversidad de pareceres sobre una segunda forma posible de indicar los efectos del reconocimiento, consistente en hacer una remisión a la ley aplicable. Existían diversas variantes de esta solución según que el tribunal requerido estuviera autorizado para determinar los efectos con arreglo a la ley del foro o hubiera de aplicar la ley del tribunal cuyo proceso de insolvencia fuera a ser reconocido. Otra posibilidad era que el tribunal estuviera facultado para aplicar la ley de una u otra jurisdicción.

51. Los argumentos aducidos en favor de que se aplicara la ley del tribunal requerido se fundaban en la facilidad relativa con la que ese tribunal aplicaría su propio derecho, en vez del derecho de un tribunal extranjero que tal vez conociera mal. Se dijo que esta solución facilitaría, y haría por ello más probable, la asistencia que había de prestarse al proceso extranjero, y haría más aceptable para los Estados el régimen aprobado por la Comisión.

52. Las ventajas aducidas en favor de la aplicación de la ley del proceso reconocido se fundaban en que esa solución propiciaría un resultado más coherente y armónico, dadas las divergencias entre las leyes nacionales en materia de insolvencia que podrían salir a relucir de aplicar el tribunal requerido una normativa distinta de la aplicable al proceso principal. Se sugirió también que sería preferible aplicar la ley del proceso principal a fin de no incitar a los deudores a colocar sus activos al amparo de la ley de algún país que los sustrajera de la administración decretada en el proceso principal de ser, so pretexto, por ejemplo, de que esos activos no formaban parte del patrimonio insolvente.

53. El Grupo de Trabajo examinó además una solución intermedia entre las dos "leyes aplicables" consideradas en los párrafos anteriores, que consistiría en autorizar al tribunal requerido para aplicar su propia ley o la ley del foro del proceso reconocido, según estimara oportuno. Se adujo en favor de esta solución mixta que con ella se daría la flexibilidad necesaria para limitar la separación de ciertos activos de la masa de la insolvencia, favoreciendo así los intereses de los acreedores al maximizar el valor de ese patrimonio. Se preguntó al respecto, si esta solución daría al representante extranjero facultades superiores a las habituales conforme al derecho de la autoridad que lo hubiera designado.

54. Como aspecto complementario de la determinación de los efectos del reconocimiento, el Grupo de Trabajo señaló que en mayor o menor medida, según cual fuera el sistema o el régimen jurídico aplicable, la determinación de los efectos precisos del reconocimiento podía requerir el ejercicio por parte del tribunal de su facultad adjudicadora, o en particular, de la llamada "discrecionalidad judicial" prevista en algunos ordenamientos, a la luz de las circunstancias del caso. Se observó además que, si bien era cierto que en muchos ordenamientos los jueces gozaban de esa discrecionalidad, había divergencias de un ordenamiento a otro sobre el grado de "discrecionalidad" que debía dejarse a los jueces.

55. Como posible medio de lograr la finalidad elemental y básica de ofrecer un procedimiento rápido y eficaz para establecer una vía de cooperación entre dos jurisdicciones en un caso de insolvencia transfronteriza, sin perturbar las diversas tradiciones y el derecho aplicable, el Grupo de Trabajo examinó con considerable interés una propuesta que combinaría y conciliaría algunas de las observaciones que se hicieron y de las soluciones que se sugirieron durante las deliberaciones. Con arreglo al enfoque combinado propuesto, el régimen preparado por la Comisión establecería una lista "mínima" de medidas o efectos a que daría lugar el reconocimiento, dando prioridad a la necesidad de proteger rápidamente los activos contra toda merma y que diera tiempo para que se hiciera una evaluación completa de la situación, sin cerrar por ello la posibilidad de que el tribunal requerido decretara algunos otros efectos adicionales.

56. Se sugirió que este segundo aspecto de la norma considerada, por el que se dejaría abierta la posibilidad de que el tribunal requerido otorgara efectos adicionales a los de una lista mínima, podría redactarse en términos que evocaran consideraciones o directrices con las que estuvieran familiarizados los tribunales de los diversos sistemas jurídicos. Convendría que esos factores dejaran un cierto grado de flexibilidad concorde con la práctica judicial de los diversos ordenamientos jurídicos y que permitieran en particular evaluar las posibles desventajas que el proceso extranjero principal pudiera ocasionar a los acreedores locales, y tener en cuenta los principios generales de orden público y los requisitos procesales del tribunal requerido.

57. En lo que respecta a los posibles candidatos para la lista de efectos mínimos del reconocimiento, se convino en general en que los efectos de una "lista mínima" deberían velar por satisfacer la necesidad inmediata de salvaguardar la posibilidad de que los activos locales puedan ser considerados para su inclusión en una solución coordinada o completa de la insolvencia. El mejor ejemplo de esos efectos sería la posibilidad de suspender o

congelar toda acción individual de cualquiera de los acreedores y toda transferencia por el deudor de algún derecho sobre sus activos desde el momento de otorgarse el reconocimiento o quizá incluso desde el momento mismo de presentarse una solicitud al respecto. Se sugirió que el momento más indicado sería el de que la suspensión cobrara efecto en el primero de esos dos momentos mencionados, dada la importancia crucial del factor tiempo para evitar la disipación de los activos. Otro efecto que convendría incluir en esa lista mínima sería el de facultar al representante extranjero para obtener deposiciones orales e informaciones sobre los activos y los negocios del deudor, y la facultad de asumir el control y la administración de los activos del deudor.

58. Se adujo a favor del anterior enfoque que así se serviría el objetivo fundamental del proyecto, consistente en introducir disposiciones legales básicas "habilitadoras" que abrieran vías para la cooperación judicial y el reconocimiento de los procesos extranjeros de insolvencia, dado que en la actualidad muchos ordenamientos nacionales carecían de esas vías. Al mismo tiempo, se evitaría el tener que depender únicamente del ejercicio del "poder discrecional de los jueces", ya que esa dependencia suscitaba naturalmente la inquietud de una falta de armonización o de que hubiera un menor grado de aceptabilidad en un ordenamiento jurídico interno que en otro. Algo más allá de lo que cabe calificar de medidas mínimas, cabría reconocer un cierto grado de flexibilidad a los jueces a fin de facultarles para tramitar de la manera más práctica los casos de insolvencia transfronteriza, habida cuenta de las circunstancias particulares de cada caso y de los demás factores pertinentes, conforme a lo que sea habitual en cada ordenamiento para otros casos de esta misma índole.

59. Se suscitó la cuestión de si la "lista mínima" debería incluir la posibilidad de anular ciertas operaciones del deudor, que fueran desfavorables a sus acreedores en general, y que se hubieran celebrado dentro de un cierto plazo previo a la declaración de insolvencia. La anulación de esas operaciones ha sido descrita en algunos ordenamientos como "anulación eventual de las transferencias preferenciales". Se expresaron, no obstante, dudas sobre la conveniencia de incluir este punto que involucraba cuestiones particularmente complejas diversamente reguladas de un Estado a otro. Respecto a los factores que deberían orientar la identificación de posibles medidas adicionales no incluidas en la lista mínima, se expresó el parecer de que se mencionara lo que se calificó anteriormente de "reciprocidad positiva" (véase párr. 44). Esa sugerencia no obtuvo suficiente apoyo.

2) Exclusión de ciertos tipos de activo

60. Se observó que las leyes nacionales en la materia excluían diversos tipos de activos de la aplicación de las medidas de insolvencia en general o de la aplicación en particular de ciertos reglamentos especiales sobre la disposición de activos en un contexto transfronterizo. Por ejemplo, ciertos tipos de bienes personales o familiares pueden quedar excluidos de una aplicación completa del régimen de la insolvencia, y, como se desprende del artículo 5 del proyecto de Convenio de la Unión Europea, los derechos reales de terceros pueden quedar excluidos de los efectos transfronterizos que pueda tener la apertura de un proceso de insolvencia. Se mencionó además la posibilidad de que los bienes raíces quedaran igualmente excluidos.

61. Algunas intervenciones sugieren una tendencia contraria a que el instrumento que fuera a preparar la Comisión intentara inmiscuirse en estas exenciones, especialmente por involucrar nociones de orden público y la soberanía que los Estados deseaban conservar en este campo por considerarlo objeto de su derecho interno y de las normas aplicables en materia de derecho internacional privado. El Grupo de Trabajo observó, no obstante, que se trataba de una cuestión que habría de ser examinada más a fondo. Se observó además que se había de prestar atención, al considerar la exclusión eventual de los derechos reales, a la cuestión conexa de los bienes ya embargados.

3) Aspectos procesales de la concesión del reconocimiento

62. El Grupo de Trabajo examinó los posibles aspectos de una disposición que cabría incluir en el instrumento contemplado por la Comisión para dar efecto al reconocimiento y las consideraciones que cabía hacer al respecto. Los enfoques posibles diferían en razón del grado de formalidad y del tipo y especificidad de los pormenores

procesales. En un extremo del espectro cabía situar las soluciones que requerirían una decisión expresa de reconocimiento por parte de un tribunal competente, para lo que haría falta posiblemente también que el representante extranjero incoara un proceso local de insolvencia. En el otro extremo cabía situar una "solución de efecto inmediato" por la que, por ejemplo, los efectos del reconocimiento y la habilitación del representante extranjero para actuar en el territorio de la jurisdicción que le hubiera reconocido dimanarían de la mera apertura del proceso extranjero. Se observó que la primera solución ofrecería un mayor grado de certidumbre jurídica, mientras que la segunda solución era la que mejor satisfaría las necesidades del representante extranjero para la rápida obtención de medidas protectoras. El Grupo de Trabajo consideró asimismo diversos grados de formalidad procesal entre esos dos extremos.

63. Las deliberaciones giraron en torno al punto de saber en qué medida debía dejarse que la ley aplicable del tribunal requerido fuera la que determinara el procedimiento a seguir, y el resultado de este debate puede determinar el contenido definitivo de esta disposición. Otro punto debatido fue la posibilidad de vincular el contenido de la disposición sobre procedimiento a la índole de los remedios recabados o al alcance del reconocimiento requerido. Ello significaba que la amplitud y formalidad de los requisitos procesales dependería de si se requerían medidas provisionales y urgentes para la protección inmediata de activos o de si las medidas requeridas eran, por el contrario, de índole más definitiva, como sería la obtención de una decisión definitiva sobre el reconocimiento del representante extranjero o la obtención de una suspensión general de toda acción individual por parte de los acreedores. El primer tipo de medidas requeriría una menor formalidad procesal, mientras que el segundo tipo de medidas requeriría probablemente un mayor grado de formalidad.

64. Otro punto que subyacía a las deliberaciones fue la hipótesis general de que, en el texto del instrumento que estaba preparando la Comisión, la puesta en práctica del reconocimiento otorgado requeriría algún tipo de acción judicial o cuasi judicial, especialmente de adoptarse este instrumento en forma de una ley modelo, sujeta a aprobación legislativa unilateral, y por no tratarse en todo caso de un instrumento destinado a ser adoptado únicamente en un contexto regional. Por ello, parecía dudoso que la solución de "efecto inmediato" fuera una opción práctica susceptible de ser incluida como aplicable por todos los Estados.

65. Tomando los anteriores elementos como posibles directrices para el examen de una disposición sobre procedimiento, el Grupo de Trabajo examinó más en detalle los aspectos procesales. Una cuestión fue la de en qué medida y en qué momento habría de notificarse a los acreedores el reconocimiento del representante extranjero o algún efecto de ese reconocimiento como pudiera ser la inmovilización de los activos del deudor. Se observó en general que los diversos ordenamientos solían imponer requisitos de notificación y publicación, por ejemplo en forma de la publicación de avisos para la presentación de pruebas de eventuales créditos, en una o más de las etapas del proceso de insolvencia. Se expresaron inquietudes a este respecto de que ese requisito de publicidad no fuera impuesto demasiado pronto en el proceso. De lo contrario tal vez se privara al representante extranjero de la posibilidad de proteger eficazmente los activos contra su dispersión o su ocultamiento, especialmente de exigirse la publicación o la notificación del aviso antes de que surtiera efecto la orden de congelación de los activos, dando así lugar a que el deudor o algunos acreedores puedan disponer de los activos antes de que surta efecto la inmovilización.

66. Se observó además que no debería presumirse que fuera procedente la notificación de las medidas otorgadas a un representante extranjero en una etapa inicial del proceso, especialmente de no haberse adoptado aún una decisión definitiva en cuanto al reconocimiento del mismo y de subsistir aún la posibilidad de que ese reconocimiento fuera denegado. Se expresó a este respecto la preocupación de que una notificación o publicación prematura de esas medidas pudiera dañar injustificadamente la reputación del deudor o su habilidad para proseguir con su actividad comercial, además de poder violar algún precepto constitucional en materia de garantías procesales. Se observó, al mismo tiempo, que una notificación demasiado tardía podría perjudicar los intereses legítimos de los acreedores y no satisfaría la queja más usual de los acreedores, de que no se les facilitaba suficiente información sobre el proceso de insolvencia.

67. Se observó además que cabía presumir en general que el régimen legal y la jurisprudencia aplicables en materia de insolvencia en el país que hubiera otorgado el reconocimiento, habrían previsto requisitos adecuados en materia de notificación y publicación, por lo que no haría falta que el instrumento preparado por la Comisión regulara en demasiado detalle este asunto. No obstante, tal vez convendría enunciar algunas normas básicas, dado que el enfoque de los ordenamientos nacionales variaba de un país a otro y habría tal vez de encontrarse algún común denominador para la notificación de las medidas que el nuevo instrumento previera. Entre las soluciones del derecho interno citadas, se mencionó una por la que sólo se exigía que se diera publicidad al reconocimiento, una vez que la decisión al respecto fuera definitiva. Hubo apoyo en las deliberaciones por el criterio de que determinados aspectos tal vez requirieran una notificación anterior. Se sugirió, por ejemplo, que, de emitirse una orden de congelación antes de decidirse si procedía o no el reconocimiento, tal vez fuera apropiado que la orden fuera notificada a las partes directamente afectadas.

68. Las deliberaciones anteriores sugerían que en lo que hacía al requisito de notificación, la solución adecuada tal vez sería que el tribunal requerido fuera el que se ocupara de los detalles exactos del requisito de notificación o de publicidad al emitir una resolución de reconocimiento o al ordenar la imposición de determinadas medidas cautelares. Se hizo, por lo demás, la sugerencia de que era preciso reconocer la necesidad de prever algunas medidas de índole cautelar que surtirían efecto al presentarse la solicitud de reconocimiento, sin tener que esperar a que se adoptara la decisión respecto del reconocimiento. Además, fue muy compartido el parecer de que esa disposición afirmara la necesidad de que el representante extranjero tuviera acceso al tribunal competente para emitir las órdenes cautelares y de reconocimiento requeridas, y concretamente que tal vez fuera preciso emitir con particular prontitud alguna orden cautelar, tal vez a instancia de la parte interesada. Se observó que esas medidas adoptadas a instancia de parte eran frecuentes en los ordenamientos jurídicos y solía preverse alguna forma de notificación y la oportunidad de que la medida fuera impugnada tras su adopción a instancia de parte. (véase también lo relativo al deber de notificar en los párrs. 84 a 87, y 170.).

69. Respecto de cuál sería el tribunal competente en determinado país, se mencionaron varios posibles factores entre ellos la proximidad del tribunal a los activos contemplados y la posibilidad de que el tribunal ante el que se recabara la imposición de una medida cautelar urgente no fuera necesariamente el tribunal competente para decidir en cuanto al reconocimiento. Se opinó en general que ni procedía ni sería viable que el instrumento preparado por la Comisión hiciera referencia, a este respecto, a uno o más tribunales en particular. Se sugirió, no obstante, que tal vez fuera conveniente indicar que el representante debería tener acceso a los tribunales y disponer que el propio Estado promulgante del nuevo régimen había de indicar cuál o cuáles de sus tribunales serían competentes para entender de estas solicitudes.

D. Proceso de insolvencia secundario

70. El Grupo de Trabajo pasó a continuación a examinar las consecuencias que tendría para el reconocimiento judicial y el acceso a los tribunales del representante extranjero, así como para el reconocimiento del proceso extranjero de insolvencia, la apertura de un proceso aparte de insolvencia en el Estado requerido. Se observó que los efectos del reconocimiento de un proceso extranjero de insolvencia podrían verse interrumpidos en mayor o menor grado por la apertura de un proceso aparte de insolvencia y que a fin de limitar en lo posible esa interrupción, cabría imponer diversos límites a la apertura de un proceso aparte (denominado en ocasiones "proceso secundario").

71. Se observó además que los ordenamientos disponían de diversas técnicas para vincular esos procesos secundarios al proceso extranjero, disponiéndose por ejemplo que la previa existencia de un proceso extranjero de insolvencia hacía que no fuera necesario probar la insolvencia del deudor para abrir un proceso secundario. Otro vínculo importante era el de permitir que fuera el propio representante extranjero el que solicitara la apertura de ese proceso. Cabía asignar diversos grados de prelación al proceso extranjero, restringiendo la facultad jurisdiccional de abrir un proceso secundario, restringiendo el derecho de los acreedores a solicitar la apertura de ese proceso, y restringiendo el derecho de los acreedores a obtener el pago con cargo al producto de una liquidación de activos

efectuada en el marco de un proceso secundario. Se observó también que en algunos ordenamientos el reconocimiento de un proceso extranjero daría lugar a la apertura automática de un proceso secundario.

72. Se hicieron diversas observaciones sobre la conveniencia relativa de que se incoara un proceso secundario. Se reconoció, por una parte, que tal vez no fuera ni deseable ni ventajosa la apertura de un tal proceso desde la perspectiva de la meta del reconocimiento del proceso extranjero de insolvencia, pero se insistió, por otra parte, en la posibilidad de que ese proceso cumpliera de hecho una función positiva. Tras esas observaciones, prevaleció el parecer de que el instrumento preparado debía reconocer el fenómeno de una posible pluralidad de procesos de insolvencia, sin tratar de oponerse a ello. Se opinó que más que tratar de restringir la posibilidad de la apertura de un proceso secundario, lo cual no sería una meta apropiada para la labor de la Comisión, aun cuando pudiera serlo para un convenio regional como el proyecto elaborado por la Unión Europea, el instrumento debería tratar de facilitar y maximizar la cooperación y coordinación entre procesos celebrados en más de una jurisdicción. Se opinó en general, que ese enfoque aumentaría la aceptabilidad del texto elaborado, dando al mismo tiempo margen para una contribución realista y eficaz de la Comisión en la esfera de la insolvencia transfronteriza.

73. Se formularon algunas consideraciones y se plantearon algunas cuestiones que podrían afectar al contenido de las disposiciones conforme a la solución anteriormente apuntada. Una de las cuestiones básicas se referían a la medida en que el nuevo texto podría entrar a regular en detalle los trámites y procedimientos de una labor de cooperación y coordinación entre procesos de insolvencia. Entre las posibles técnicas de cooperación y coordinación se citaron: la concesión a los acreedores extranjeros de un trato equivalente al de los nacionales, en el sentido de que únicamente se daría prelación a los créditos de los acreedores locales en función de la propia índole de sus créditos, y no en razón de la nacionalidad de sus titulares; la facilitación del intercambio de información respecto de la marcha de los procesos y respecto de los activos del deudor; el deber de cooperación entre los administradores de distintos procesos; el derecho del representante extranjero a intervenir en un proceso local; el mantenimiento de los derechos acordados al representante extranjero, al menos hasta el momento del inicio efectivo del proceso local, sin que bastara para interrumpir esos derechos la mera presentación de una demanda para la apertura de un proceso local, demanda que podría quedar pendiente durante cierto tiempo; el derecho a repatriar los activos y el producto de una liquidación local; y la aplicación de la regla de que un acreedor cuyo crédito haya sido parcialmente pagado en un proceso no pueda obtener un pago por ese mismo crédito en otro proceso en tanto que no sea acordado a los acreedores de igual rango o categoría un pago equivalente en ese otro proceso (regla llamada a veces en inglés "*hotchpot*" rule)

74. El Grupo de trabajo consideró las diversas distinciones que habrían tal vez de regularse al pormenorizar las relaciones entre los procesos celebrados en diversas jurisdicciones. Cabe citar como ejemplo la manera de determinar cuál de los dos procesos habría de ser considerado como proceso "principal", por oposición a un proceso "secundario", lo cual no dependería necesariamente de la cronología sino más bien de la finalidad del proceso, y de que el proceso local hubiera sido abierto únicamente para prestar asistencia al proceso extranjero, o tuviera por el contrario el carácter de un proceso local efectivo de insolvencia.

75. En vista de la diversidad de circunstancias mencionadas tanto en cuanto a la índole de la cooperación y coordinación aplicables como en cuanto a la índole de los diversos procesos de insolvencia que podrían celebrarse en paralelo, obtuvo considerable apoyo el parecer de que el texto de la Comisión no debería establecer distinciones demasiado precisas en cuanto a la índole jerárquica de los procesos en el supuesto de una pluralidad de procesos, ni debería intentar definir en detalle la medida exacta de la cooperación y coordinación requeridas entre esos procesos. Según ese parecer, la Comisión debería esforzarse por consagrar el principio de que convenía que hubiera la máxima cooperación y coordinación posibles y en proporcionar un marco legal que facultara a los jueces para cooperar en cualquiera de los casos que pudieran darse, de juzgarse oportuna esta cooperación. Se recordó a este respecto que la falta de ese marco legal habilitador era lo que obstaculizaba de hecho en muchas jurisdicciones el establecimiento de una cooperación eficaz en los casos de insolvencia transfronteriza.

76. Al mismo tiempo, se expresó el parecer de que tal vez resultara insuficiente una declaración de principios

meramente exhortatoria para muchos ordenamientos jurídicos que deseaban obtener una orientación legislativa más pormenorizada sobre cómo habrían de responder los tribunales a las solicitudes de cooperación o de coordinación. Además de atender a esa inquietud se sugirió, entre otras cosas, que se prescribiera la adopción de ciertas medidas básicas como la comunicación de datos sobre los activos del deudor y sobre otros aspectos de cooperación o de coordinación que cabría mencionar en una lista indicativa. Otra sugerencia fue la de que se insistiera en el deber los administradores de cooperar, aun cuando se observó que los tribunales habrían de desempeñar en todo caso una función importante, pese a que en algunos ordenamientos se les asignaba a los administradores un cometido relativamente mayor en orden a la puesta en práctica de la labor de cooperación. Se señaló además que la discrecionalidad que se diera a los tribunales para definir los detalles de la cooperación se vería probablemente mitigada por la probabilidad de que los tribunales actúen en buena parte a instancia del asesoramiento letrado de los interesados.

E. Acceso del representante extranjero

77. Se observó que en fases anteriores de las deliberaciones, había habido una convergencia de pareceres sobre la conveniencia de dar al representante extranjero acceso directo al tribunal competente para otorgarle su reconocimiento y para conceder las medidas cautelares apropiadas. En esta fase de las deliberaciones, el Grupo de Trabajo consideró cómo cabría complementar ese principio general en el texto preparado por la Comisión. Predominó claramente el parecer de que debería estimularse al máximo la flexibilidad y eliminarse en lo posible los obstáculos.

78. En cuanto a cómo debería efectivamente enunciarse una norma que reflejara los anteriores principios, hubo considerable apoyo a que se dispusiera que el representante extranjero había de presentar, en una actuación judicial simplificada, prueba de haber sido designado para el cargo por el proceso extranjero. Para ello tal vez fuera preciso que presentara una copia certificada conforme del auto de nombramiento en el proceso de insolvencia extranjera. Se observó que esa solución sería conforme al criterio de la sencillez, sin dejar por ello de atender a la seguridad que había de tener el tribunal requerido de que el representante extranjero estaba debidamente acreditado para actuar. Se observó además que esta técnica se acomodaba muy bien a la técnica prevista en el proyecto de Convenio de la Unión Europea.

79. El que se exigiera que el representante extranjero probara, al presentar su solicitud de reconocimiento, que había activos del deudor en el territorio de la jurisdicción requerida, no obtuvo el apoyo del Grupo de Trabajo. Se opinó que la imposición de ese requisito inicial crearía un obstáculo para la finalidad básica de la solicitud de acceso a los tribunales y de reconocimiento, presentada por un representante extranjero, que tal vez no fuera sino la de obtener información sobre si existían o no en el territorio de esa jurisdicción activos de la masa patrimonial insolvente.

F. Cooperación judicial

80. Más allá de lo examinado anteriormente en el período de sesiones sobre la conveniencia de estimular y facilitar la cooperación entre los tribunales que hubieran de entender en casos de insolvencia transfronteriza, el Grupo de Trabajo consideró la función que podrían desempeñar los concordatos y protocolos especiales en ocasiones convenidos por las partes interesadas, y sancionados por los tribunales, como instrumento para definir el mandato o los términos precisos de la cooperación o coordinación. Se observó que esos protocolos habían sido particularmente útiles en algunos casos muy notables de insolvencia transfronteriza. Se observó además que la Asociación Internacional de la Abogacía había elaborado un concordato modelo que pudiera servir a las partes para la formulación de un protocolo en el que, por ejemplo, se designara el foro administrativo y se eligiera la ley aplicable a diversas cuestiones, previendo en particular las reglas de prelación para la distribución de los activos y la anulación de las transferencias en fraude de acreedores.

81. El Grupo de Trabajo reconoció la posible utilidad de los protocolos especiales para la resolución ordenada de los casos de insolvencia transfronteriza y se convino en general en que el instrumento que había de preparar la Comisión debería evitar poner obstáculos a la adopción de esos protocolos. Se observó, al mismo tiempo, que entre las cuestiones que se habían de prever en esos protocolos era la de cuál sería su efecto sobre los derechos que los acreedores individuales tratarían de hacer valer. Se dijo, en respuesta a esa cuestión, que esos protocolos no deberían ser considerados como un obstáculo para el ejercicio de los derechos de los acreedores individuales. Se observó además que el modelo de concordato de la Asociación Internacional de la Abogacía había resuelto una cuestión básica del trato que había de darse a los créditos al disponer que se acordara en todos los procesos una cuota prorrateada por igual a todos los créditos ordinarios o no garantizados y que se acordara a los créditos prioritarios el trato que les correspondiera conforme a la ley del foro del tribunal competente.

82. Otro aspecto de la cooperación considerado en esta etapa de las deliberaciones fue la de las vías de comunicación entre los tribunales para los fines de la cooperación. Entre los aspectos considerados cabe citar: el hecho de que los ordenamientos jurídicos no eran igualmente favorables al establecimiento de esas comunicaciones, ya que en alguno de ellos se fomentaban mientras que en otros se prohibían y se optaba por los canales de comunicación tradicionales fundados en los tratados o por el recurso a la vía diplomática; la diversidad de criterios respecto a la imposición de la carga de las comunicaciones y de la cooperación entre los administradores de la insolvencia procedentes de las jurisdicciones interesadas; la diversidad de criterios en cuanto a la formalidad o falta de formalidad de las comunicaciones según cual fuera la postura del ordenamiento jurídico considerado respecto de esas comunicaciones; y la diversidad de criterios en cuanto a las garantías procesales que habían de observarse en el ejercicio de esas comunicaciones, por ejemplo sobre si las partes habían de estar presentes o al menos ser notificadas y sobre el derecho de las partes a intervenir en las comunicaciones, habida cuenta de que la comunicación judicial podía hacerse a instancia del abogado de alguna de las partes. Aparte de los formulismos jurídicos que podrían ser aplicables a las comunicaciones tramitadas entre los tribunales, se mencionó la posibilidad de que el idioma planteara ciertos obstáculos logísticos.

83. El parecer más compartido en esta etapa de las deliberaciones fue el de que el instrumento preparado no debería poner obstáculos a las comunicaciones entre los tribunales.

G. Otras cuestiones

1) Deber de informar a los acreedores

84. El Grupo de Trabajo consideró hasta qué punto cabía resolver en el instrumento preparado por la Comisión el problema demasiado frecuente, según se dijo, en la insolvencia transfronteriza, de que a los acreedores no se les informaba o se les informaba demasiado tarde de la apertura de un proceso de insolvencia en otro país. A título de antecedentes, se informó además de que las prácticas de notificación tradicionales pudieran resultar inadecuadas en un contexto transfronterizo, en el que los acreedores extranjeros podían verse obstaculizados por el factor idiomático, la distancia geográfica y el desconocimiento de las prácticas procesales extranjeras. Se observó además que los ordenamientos nacionales diferían entre sí sobre si el administrador estaba o no obligado a indagar sobre la posible existencia de créditos no declarados. En algunos ordenamientos el administrador estaba obligado a indagar sobre la posible existencia de otros créditos y en convenir en cuál había de ser la cuantía del pago, mientras que en otros ordenamientos esta carga recaía básicamente sobre los acreedores y el administrador no estaba obligado a constituir una reserva para satisfacer los créditos que no hubieran sido inicialmente presentados.

85. En el proyecto de Convenio de la Unión Europea, así como en la Convención de Estambul y en algunos ordenamientos nacionales, el Grupo de Trabajo encontró diversos elementos posibles para la configuración de un sistema de notificación adaptado al contexto transfronterizo, pudiéndose citar a este respecto: la facilitación de información adicional explicativa del proceso extranjero, con mención de si habría o no reunión de acreedores y de si la no asistencia a esa reunión equivaldría a una renuncia del crédito que se tuviera, así como de la información

adicional requerida para la presentación de demandas; la concesión a los acreedores extranjeros de un plazo adicional para la presentación de demandas; el empleo de formularios plurilingües para la presentación de esas demandas, y la autorización para presentar demandas por escrito desde el extranjero.

86. En cuanto al contenido de la disposición eventual relativa a la notificación que sería incluida en el texto de la Comisión, se reconoció que no debería intentarse pormenorizar las reglas que se enunciaran. Se opinó en general que tal vez bastara que se enunciara el requisito de que se había de notificar a los acreedores extranjeros de la apertura de un proceso de insolvencia, junto con alguna declaración de principios sobre la conveniencia de que se facilitara la participación de los acreedores extranjeros.

87. Al entrarse más en un detalle, no se hizo ninguna objeción en particular a que se enunciara un requisito en cuanto a la información que había de darse sobre el proceso extranjero, ya que con ello tal vez se hiciera una valiosa contribución a la normalización internacional de los procedimientos de notificación. En cuanto al momento en que había de notificarse a los acreedores extranjeros, se expresó el parecer de que debería hacerse al mismo tiempo que se notificaba a los acreedores nacionales en el proceso extranjero. Respecto al idioma de la notificación no se expresó demasiado apoyo por que se exigiera al representante que diera la notificación en un idioma extranjero, ya que de imponerse ese requisito como regla general, la carga así impuesta podría resultar excesiva para los representantes.

2) Deber de los administradores a comunicarse entre ellos información

88. Se reconoció en general que se facilitaría la cooperación y coordinación en las insolvencias transfronterizas si los administradores de estos procesos se comunicaban entre ellos información. Entre la información a intercambiar cabía citar, por ejemplo, las lista de acreedores admitidos al concurso y la lista de activos de que se dispusiera. Si bien era conveniente que se intercambiara información, en varias de las intervenciones se sugirió que sería difícil definir o formular una disposición que fuera más allá de una declaración relativamente ambigua del deber de intercambiar información. Se expresó también el parecer de que la imposición de ese deber podía verse complicada por el hecho de que los representantes eran abogados sujetos a ciertas normas profesionales de confidencialidad.

3) Equiparación de la tasa empleada para el pago de los créditos

89. El Grupo de Trabajo observó que uno de los principios básicos de la coordinación y equidad que debía haber en la administración de las insolvencias fronterizas era el de que el acreedor que hubiera obtenido un pago parcial en un proceso no obtuviera otro pago por ese mismo crédito en otra jurisdicción hasta que los demás acreedores del mismo rango o categoría obtuvieran en ese otro proceso un pago equivalente ("*hotchpot*" rule). Se consideró, en general, que la inclusión de una referencia a ese principio sería no sólo deseable sino también viable.

90. El Grupo de Trabajo consideró también la conveniencia de que el instrumento preparado incorporara otra técnica que se utilizaba para evitar en lo posible que algunos de los acreedores obtuvieran en la liquidación una ventaja indebida sobre los demás acreedores. Esa técnica consistía en permitir que el representante de cada proceso presentara en el otro proceso una demanda por así decir "cruzada" de las demandas presentadas en su propio proceso.

91. Se suscitó la cuestión de si ese método era el único o el más adecuado para lograr la meta de una distribución equitativa de la masa patrimonial insolvente. Se sugirió que otra posible vía, tal vez más eficaz, para lograr ese mismo fin era la de recurrir a algún sistema de contabilidad que permitiera el ajuste recíproco de los créditos reclamados. Se sugirió además que este último enfoque podría ser más eficaz por no requerir medida alguna de los representantes, por lo que convendría tenerla también en cuenta en el instrumento, al mencionar la posibilidad de entablar demandas cruzadas en dos o más procesos. En apoyo de que se mencionara de la posibilidad de entablar demandas cruzadas, se insistió en que se trataba de una técnica transparente que era de particular interés para los pequeños acreedores, que podrían así reclamar sus créditos sin necesidad de tener que contratar los servicios de algún

letrado local en un proceso extranjero.

92. Se mencionó en las deliberaciones otra técnica empleada para la equiparación de los pagos efectuados a los acreedores, a saber, la obligación de restituir o devolver las sumas percibidas en exceso por un acreedor que hubiera entablado una acción individual y que hubiera sido reembolsado con cargo a los activos del deudor. Si bien no se formuló ninguna objeción de fondo al principio enunciado en cuanto tal, y se reconoció que podría ser particularmente eficaz para obtener la equiparación de los pagos, se expresaron dudas sobre la conveniencia de mencionar este tipo de medidas, que el derecho interno consideraría normalmente como un asunto propio de la liquidación o saldo de las deudas. Se observó además que esta técnica podría caer fuera del ámbito propio del instrumento preparado por la Comisión, aun cuando figurara en el ámbito de un convenio de base regional (el artículo 20 1) del proyecto del Convenio de la Unión Europea).

93. Los participantes estimaron asimismo que sería probablemente difícil mencionar el principio del pago "ordenado" ("*marshalling*"), según una noción del cual los acreedores estarían obligados a ejercer sus derechos respecto de los activos del modo menos desventajoso posible para los demás acreedores. Si bien no se cuestionó la conveniencia de este principio, se dijo que sería difícil de aplicar y de hacer respetar, y que plantearía cuestiones sobre cuáles de los acreedores podrían reclamar indemnización por concepto de pérdidas y sobre si podrían reclamar por concepto de daños no monetarios. Se observó asimismo que existía más de una noción de "*marshalling*".

IV. EXAMEN DE LOS ANTEPROYECTOS DE DISPOSICIÓN

94. Después de haber examinado las cuestiones tratadas en el documento A/CN.9/WP.42, el Grupo de Trabajo consideró algunos anteproyectos de disposición preparados por el pequeño grupo de redacción que había establecido para este cometido.

A. Definición de "proceso extranjero"

95. El proyecto de disposición examinado por el Grupo de Trabajo decía:

"Por 'proceso extranjero' se entenderá todo proceso judicial o administrativo incoado en un país extranjero para la liquidación de los activos de un deudor con miras a su distribución entre sus acreedores o para concordar las obligaciones de un deudor con sus acreedores.

Variante A

Se presumirá que un proceso extranjero ha sido válidamente incoado, de no haber prueba en contrario.

Variante B

Por deudor en un proceso extranjero sólo podrá entenderse una persona natural o jurídica que tenga su domicilio, establecimiento [principal] o [la parte principal de] sus activos en ese país extranjero [y que no esté sometida a medidas de liquidación en virtud de las leyes de este país]."

96. De las deliberaciones sobre el anterior proyecto de definición cabe deducir el parecer muy generalizado de que el "proceso extranjero" habría de reunir, para su reconocimiento, las tres características básicas siguientes: ser un proceso en sentido lato, referible no sólo el proceso de liquidación sino también al de reorganización; ser un proceso colectivo, en el sentido de ser representativo de la masa de acreedores en cuanto tal; y ser un proceso que haya sido de algún modo oficialmente sancionado ya sea por un tribunal o por alguna autoridad administrativa. Se expresó, al mismo tiempo, el parecer de que alguna de las cuestiones mencionadas podrían ser desarrolladas en el contexto

de una disposición que definiera el ámbito de aplicación del instrumento que fuera a prepararse.

Encabezamiento

97. Se sugirió que las palabras "concordar las obligaciones de un deudor" tal vez no fueran universalmente entendidas como referidas también al proceso de reorganización, pese a ser ese el caso.

98. Se sugirieron algunos elementos adicionales para su inclusión en la definición de "proceso extranjero". Se sugirió que se empleara el término "colectivo" en la descripción de este proceso. Otro parecer fue que no bastaba con ese término y que sería más claro referirse, como común denominador de lo que se trataba de regular, al trato por igual (proporcional) que habría de darse a los acreedores que fueran titulares de créditos no garantizados. Ahora bien, esta sugerencia suscitó la inquietud de que se entendiera erróneamente como una exclusión de aquellos procesos que afectarían a los acreedores amparados por alguna garantía. Se sugirió también hacer mención de un proceso "abierto y existente" a fin de no dar cabida a los supuestos de solicitudes aún pendientes. Se sugirió además que cabría también referirse en la definición a la noción de que el deudor, como resultado de la apertura del proceso extranjero, sería desposeído, es decir, perdería el control de su patrimonio. Sin embargo, se objetó que esa referencia podría ser entendida de modo diverso de un Estado a otro y podría llevar a la exclusión de aquellos procesos en los que el deudor conservara la posesión ("*debtor in possession*"), al no ser desplazado de la administración de sus bienes, pese a que sus actividades quedaran sujetas a supervisión o aprobación judicial. En el curso de las deliberaciones sobre posibles elementos básicos para una definición, se instó al Grupo de Trabajo a que adoptara un enfoque lo más abierto posible y a que evitara imponer demasiados requisitos en la definición, que tal vez dificultaran el logro de la meta de facilitar el reconocimiento de los procesos de insolvencia extranjeros.

Variantes A y B

99. El Grupo de Trabajo pasó a examinar las dos variantes ofrecidas que incorporaban sendos enfoques para determinar la competencia del tribunal extranjero para proceder a la apertura del proceso cuyo reconocimiento había sido requerido. La variante A era un reflejo de la propuesta que se hizo de que bastaría con establecer una presunción rebatible de que, desde una perspectiva jurisdiccional, el proceso extranjero había sido válidamente incoado. La variante B recogía un enfoque basado en la determinación de la competencia del tribunal extranjero a la luz de uno de los dos factores de conexión en ella mencionados.

100. Se observó de que las variantes A y B no constituían necesariamente dos opciones alternativas, ya que el enfoque de la variante A podría llevar a una determinación de la competencia del tribunal extranjero por el tribunal requerido en función de los factores mencionados en la variante B.

101. Con respecto a la variante A se expresó la inquietud de que las palabras "válidamente incoado" introdujeran cierta incertidumbre, ya que el significado de una apertura "válida" del proceso no era claro. En respuesta, se dijo que el proceso extranjero debería ser reconocido como "válidamente incoado", de ser tenido por tal en la jurisdicción de origen.

102. En el curso de las deliberaciones se expresó el parecer de que en algún momento de la preparación del texto de la Comisión, se habría de considerar si el régimen que se estaba elaborando permitiría el reconocimiento de más de un proceso extranjero.

103. Respecto de la variante B, se observó que la referencia al establecimiento "principal" del deudor pudiera ser problemática en el entorno actual, ya que podría resultar difícil determinar respecto de una entidad multinacional cuál de sus diversos establecimientos de cierta entidad había de ser considerado como el establecimiento "principal". Se dijo que esta consideración podría dar lugar al riesgo de que, a raíz de un reconocimiento inicial de un proceso en

función del criterio del "establecimiento principal", se presentara una solicitud ulterior desde otra jurisdicción fundada en ese mismo factor. Se sugirió en diversas intervenciones que por esta razón tal vez fuera preferible un enfoque como el de la variante A que resultaría el más eficaz para dar a los tribunales la oportunidad de aplicar según convenga los criterios de competencia de la jurisdicción extranjera.

104. Como elaboración ulterior de la variante A, se sugirió redactar la presunción en ella enunciada de una apertura válida del proceso extranjero en términos que excluyeran aquellos procesos en los que faltara una "conexión sustancial" entre el deudor y la jurisdicción extranjera.

105. Subsiguientemente, y a la luz de lo dicho en las deliberaciones, el Grupo de Trabajo pasó a examinar la siguiente revisión adicional de un proyecto de definición de "proceso extranjero":

- "1) Por 'proceso extranjero' se entenderá todo proceso colectivo, ya sea judicial o administrativo, incoado conforme a una ley relativa a la insolvencia en un país extranjero en el que deudor esté sometido al control o la supervisión de una persona, de un órgano o de una autoridad competente, a los efectos de:
 - a) la reorganización de los negocios del deudor, o
 - b) la liquidación de los activos del deudor.
- 2) Para los fines de la presente ley, por proceso extranjero no se entenderá un proceso en el que no exista una conexión sustancial entre el deudor y la jurisdicción en la que se haya incoado ese proceso."

Párrafo 1)

106. Hubo acuerdo general en que la versión revisada del párrafo 1) suponía un paso adelante importante hacia la formulación de una disposición aceptable para la generalidad de las jurisdicciones. Se constató, en particular, que se hacía mención expresa del carácter "colectivo" del proceso. La nueva versión mencionaba asimismo que el proceso extranjero de insolvencia se estuviera celebrando conforme al régimen previsto para la insolvencia por el ordenamiento jurídico del país extranjero. Con ello se evitaría que el tribunal requerido a dar su reconocimiento tuviera que averiguar, por su cuenta, si se trataba o no de un proceso de insolvencia.

107. Ahora bien, se expresaron ciertas inquietudes y sugerencias. Una de ellas era la de que tal vez no bastara con la referencia "al control o la supervisión" para indicar claramente que se trataba del control ejercido por alguna autoridad pública. Se expresó el deseo de que se invirtiera el orden en el que se mencionaba la reorganización y la liquidación, por ser tal vez inapropiado, en vista de la preferencia tradicional por la liquidación que existía en diversas jurisdicciones. Se adujo, en apoyo de que se mantuviera el orden actual, que la tendencia era cada vez mayor a que se efectuaran tentativas de reorganización y que cabía aducir además en favor de que se conservara el orden actual la razón de que reflejaba el orden lógico a seguir para la adopción de las medidas consideradas.

108. Se propuso que se añadiera al párrafo 1) una referencia a los procesos de avenencia o concordatarios, es decir, a aquellos procesos en los que se acordaba una reducción de las deudas, dejando al deudor que conservara la administración de sus bienes. El Grupo de Trabajo dudó en la conveniencia de mencionar expresamente los procesos concordatarios. Se dijo, por ejemplo, que el término de "reorganización", que tal vez fuera más económico que jurídico, sería en general entendido en su sentido amplio como englobando la avenencia y demás actuaciones conexas. Se estimó que hacer una referencia expresa a alguna forma en particular de reorganización sería más bien fuente de incertidumbre. Se observó, además, que de intentarse hacer una lista de procesos de reorganización se correría el riesgo de excluir algunos tipos de proceso que se deseaba incluir. Si bien hubo acuerdo general en que se deseaba hacer referencia al proceso concordatario, el Grupo de Trabajo no juzgó oportuno llegar a una decisión definitiva sobre la mejor manera de lograrlo y aplazó la consideración de este punto para una etapa ulterior de su

labor. Se sugirió como posibles enfoques el de definir el término de "reorganización" de forma que englobara los procesos concordatarios, o el de referirse a estos procesos en una guía eventual para la incorporación del nuevo régimen al derecho interno.

109. Se hicieron cierto número de sugerencias o preguntas referentes al texto, como la de que se suprimiera el término "órgano" por ser poco claro y estar, en todo caso, incluido en las nociones de "persona o autoridad"; la de que se aclarara que los términos "control o supervisión" se referían al patrimonio y no a la persona del deudor; y la de que la reorganización podía referirse tanto al patrimonio como a los negocios del deudor. En las deliberaciones, se volvió a suscitar la cuestión de si la definición dada del proceso tenía por objeto hacerla aplicable a las insolvencias de personas naturales, aun cuando se tratara de insolvencias, por así decirlo, de consumidores.

Párrafo 2)

110. Se estimó en general que el párrafo 2) enunciaba una regla para el reconocimiento de procesos extranjeros y no un elemento que hubiera de figurar en una definición de "proceso extranjero" por lo que convendría tratar este punto en alguna otra parte del texto. Se expresó también el parecer de que tal vez resulte confuso hablar de que no deberá entenderse por "proceso extranjero" ningún proceso que no tenga alguna conexión sustancial con una jurisdicción extranjera, ya que, conexión o no conexión, ese proceso sería un proceso abierto ante una jurisdicción extranjera.

B. Definición de "representante extranjero"

111. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el siguiente anteproyecto de definición de "representante extranjero":

"Por 'representante extranjero' se entenderá el síndico, administrador u otro representante de una masa patrimonial debidamente nombrado en un proceso extranjero que esté [expresamente] autorizado por ley o por alguna resolución de un tribunal (órgano administrativo) para actuar en relación a un proceso extranjero que afecte al deudor o sus activos."

112. Se expresó la inquietud de que definir al "representante extranjero" por referencia a los diversos términos por los que se le designaba en diversas jurisdicciones podría ocasionar incertidumbre en aquellos países en los que esos términos no fueran familiares y podría tener el efecto no deseado de ser una definición indebidamente restrictiva, ya que la lista sería inevitablemente incompleta. Se sugirió con éxito la solución alternativa de basar la definición en las funciones desempeñadas por el representante extranjero, al igual que se hacía en el artículo 2 b) y d) del proyecto de convenio de la Unión Europea. Se observó además que ese enfoque encajaría muy bien con el criterio funcional seguido para la definición de "proceso extranjero".

113. Se instó al Grupo de Trabajo a que evitara incluir el término "expresamente" en la definición, ya que era poco habitual que un Estado designara un representante de la insolvencia para la finalidad expresa de actuar en el extranjero. Se observó que lo normal solía ser que se designara un representante o administrador con el mandato general de actuar en todo lo relativo al deudor y su patrimonio.

114. A la luz de las deliberaciones y de los pareceres expresados, el grupo de redacción oficioso reformuló el proyecto de disposición como sigue:

"Por 'representante extranjero' se entenderá toda persona u órgano debidamente designado en un proceso extranjero que esté autorizado por ley, por un tribunal o por otra autoridad competente para actuar en relación con los activos o los negocios del deudor."

115. Se consideró en general que la versión revisada de la definición de "representante extranjero" era en principio aceptable. Ahora bien, se expresaron algunas inquietudes sobre algunos puntos precisos de su redacción. Se expresó la inquietud de que las palabras "actuar en relación con los activos o los negocios del deudor" introdujeran cierta incertidumbre, ya que en diversos ordenamientos era posible que más de una persona estuviera facultada para "actuar en relación con los activos o los negocios del deudor", sin que hubieran de ser necesariamente representantes de la insolvencia. Entre ellas figurarían, por ejemplo, jueces, personal contable, y síndicos supervisores. En respuesta a esa inquietud, se decidió sustituir las palabras "actuar en relación con los activos o los negocios del deudor" por un texto que dijera algo así como: "administrar o supervisar los activos del deudor en el marco de un proceso de reorganización o de liquidación". Se objetó que esa sugerencia pudiera llevar a la exclusión de los procesos en los que el deudor conservara la administración, es decir, del tipo de la "suspensión de pagos", en los que el deudor seguiría controlando su patrimonio, pudiéndose considerar por ello que seguía en el ejercicio de sus funciones de administración, pese a que habría de hacerlo bajo la supervisión de una autoridad judicial o administrativa. Una solución alternativa, que evitaría excluir ese tipo de procesos, era la de referirse al ejercicio de las facultades de administración o supervisión de los activos o negocios del deudor, dado que, como se indicó anteriormente, el llamado "deudor en posesión de su patrimonio" ("*debtor in possession*") conservaría el ejercicio de esas facultades. Se objetó a esa sugerencia que la referencia a las facultades de administración o de supervisión no aclaraba lo bastante cuáles eran las personas u órganos que se encargarían de ellas y a los que se hacía referencia.

116. A raíz de las deliberaciones, el Grupo de Trabajo convino en que tal vez bastara para atender a las inquietudes expresadas con adoptar un texto que dijera algo así como "una persona o un órgano designado ... para reorganizar los activos o los negocios del deudor, o para liquidar su patrimonio" ya que ese texto respondería en particular a la inquietud de que quedara claro que no se excluía a los representantes de procesos en los que el deudor siguiera en posesión de su patrimonio o en los que se hubiera procedido únicamente a una suspensión de pagos.

117. Se expresó la inquietud de que la palabra "debidamente" diera la impresión de que el tribunal requerido podría denegar su reconocimiento a un representante extranjero en razón de que su nombramiento no fuera conforme al derecho procesal de la jurisdicción de origen. Prevalció el parecer de que no era esa la intención de la regla enunciada, por lo que debería suprimirse el término "debidamente".

C. Cooperación judicial

118. El Grupo de Trabajo examinó un anteproyecto de disposición sobre cooperación judicial que decía:

"1) Cuando se hayan abierto sendos procesos colectivos de insolvencia ante un tribunal de este país y ante un tribunal de otro país, ambos tribunales estarán facultados para cooperar con el otro tribunal a los efectos de lograr una eficiente administración de los activos y las deudas u obligaciones del deudor.

2) El administrador cumplirá toda orden del tribunal que tenga por objeto asegurar la cooperación prevista en el párrafo anterior.

3) La cooperación entre [tribunales] estará sujeta:

a) a los requisitos procesales del tribunal;

b) al amparo debido a los acreedores locales contra todo perjuicio o inconveniente no justificado;

c) a los principios de orden público."

119. Se recordó que la anterior disposición fue elaborada en respuesta al parecer expresado en la fase inicial de las deliberaciones del Grupo de Trabajo (véanse párrs. 75 y 76) de que haría falta una disposición sobre cooperación

judicial para regular el fenómeno de la pluralidad de procesos de insolvencia secundarios. Se señaló que una disposición sobre este tema sería particularmente útil a los jueces de países en los que no se dispusiera actualmente de una autorización o marco legislativo para la cooperación judicial y en los que la falta de esa base legislativa constituiría un obstáculo para la adopción de medidas judiciales al servicio de la cooperación. En las deliberaciones sobre los pormenores del proyecto de artículo, se suscitaron cierto número de cuestiones que serán descritas a continuación. Durante el examen de esas cuestiones, se instó al Grupo de Trabajo a que no perdiera de vista la finalidad básica de esta disposición que era la de habilitar a los tribunales para el cometido de la cooperación judicial, lo que a su vez constituía uno de los objetivos básicos de todo el proyecto.

Párrafo 1)

120. Se suscitaron cuestiones respecto a los tipos de situación posibles en las que se pretendía que fuera aplicable el proyecto de disposición sobre cooperación judicial. Esas situaciones posibles abarcarían, según cual fueran, el ámbito de aplicación previsto de la disposición, el supuesto de un proceso principal acompañado de uno o más procesos secundarios que estarían de algún modo subordinados o en algún modo circunscritos respecto del proceso principal; el supuesto de la existencia de dos procesos paralelos en los que cada tribunal juzgara que su competencia era por así decir "primaria"; y el supuesto de un proceso "auxiliar" abierto en alguna jurisdicción para recabar asistencia judicial para un proceso de insolvencia extranjero. Se sugirió que el que se hubiera suscitado esas cuestiones en las deliberaciones repercutiría no sólo en el contenido actual de la disposición, sino que sugería además la posible necesidad de que fuera preciso abordar más en detalle en alguna etapa posterior el examen de si el instrumento preparado debería regular más a fondo la cuestión de la pluralidad de procesos. La indagación básica podría abordar, por ejemplo, la cuestión de cómo se determinaría la prelación de un proceso sobre otro. Se observó también que tal vez no fuera necesario penetrar en esos extremos al menos en lo que respecta a la actual disposición sobre cooperación judicial, que en esencia debía ser una declaración general de principios en materia de cooperación, dejándose que el tribunal competente adoptara las medidas que procediera en el marco de sus facultades y a la luz de las circunstancias del caso.

121. En lo que respecta al tipo de situación en que se deseaba que la disposición de cooperación judicial fuera aplicable, se observó que la disposición actual preveía en general el caso de que se estuvieran celebrando dos o más procesos simultáneamente. El texto actual no había previsto expresamente el supuesto de un proceso auxiliar, por lo que se instaba al Grupo de Trabajo que considerara la conveniencia de ampliar al respecto el alcance de la disposición actual. No se objetó nada a que se ampliara el alcance de la disposición actual.

122. Se suscitó la cuestión de si sería conveniente o, por lo demás viable, definir cuáles serían las medidas a las que se hacía referencia al hablar de "cooperación". Si bien se estuvo en general de acuerdo en que podría ser útil precisar esta noción, en particular para aquellas jurisdicciones en las que los jueces requirieran alguna indicación del tipo de medidas que podrían adoptar, se expresaron dudas sobre la conveniencia de definir la "cooperación" en cuanto tal. Se expresó la inquietud de que, de formularse, esta definición tuviera el efecto no deseable de limitar el grado de flexibilidad de que disponen los jueces, limitando así sus facultades para configurar las medidas de modo que se adecuaran mejor a las circunstancias de los casos que les fueran presentados, con el resultado de que tal vez se limitara así el alcance de la cooperación.

123. No obstante, el Grupo de Trabajo se sintió en general inclinado en favor del parecer de que podía acomodarse en algún modo el deseo de dar una descripción o indicación de lo que se entendía por "cooperación" sin poner en peligro la flexibilidad requerida para adaptar la cooperación lo posible a las circunstancias del caso. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo se mostró favorable a la sugerencia de que se intentara confeccionar una lista indicativa o ilustrativa, es decir no exhaustiva, de posibles medidas de cooperación.

124. Como punto adicional relativo a la definición de lo que, en un caso dado, constituiría cooperación, se señaló a la atención del Grupo de Trabajo la posibilidad de que se organizara la cooperación entre los tribunales mediante

la aprobación por los tribunales de un protocolo especial relativo a los diversos aspectos de la coordinación y en el que se concertara la cooperación entre los tribunales y las partes interesadas. Se recordó que el Concordato elaborado por la Asociación Internacional de la Abogacía constituía un acuerdo modelo que podría servir a este respecto.

Párrafo 2)

125. Cierta número de intervenciones pidieron que se aclarara la finalidad del párrafo 2) y cuáles eran las partes a las que esa regla iba dirigida. Se preguntó en concreto si la obligación impuesta al administrador de cumplir todo mandamiento emanado del tribunal con el fin de velar por la cooperación prevista sería aplicable al administrador nombrado por el tribunal requerido, o quizás también al administrador extranjero cuyo reconocimiento hubiera sido solicitado.

126. En respuesta a esa pregunta, se observó que la finalidad inicial del párrafo 2) era la de proporcionar una vía de comunicación, a los tribunales que no estuvieran facultados para ponerse en comunicación directa con los tribunales de una jurisdicción extranjera, habilitándolos para hacerlo por conducto del administrador local designado por el propio tribunal. La disposición iba dirigida en su forma actual al tribunal local y al administrador del país que fuera a dar el reconocimiento. Se reconoció, al mismo tiempo, que en algunas jurisdicciones se insistía particularmente en la función que incumbía a los administradores interesados en lo relativo a la cooperación o coordinación, por lo que no se les asignaba a los tribunales la responsabilidad primaria a este respecto. Se sugirió que convendría reconocer este enfoque insistiendo en el deber de los administradores de cooperar entre sí, ampliando al efecto el alcance del párrafo 2) para que se refiriera también al administrador extranjero.

127. La sugerencia de que se ampliara el alcance del párrafo 2) para que fuera aplicable también al representante extranjero no suscitó en sí objeciones. Sin embargo, se dijo que, en algún lugar del texto que se estaba preparando, debería preverse una "comparecencia limitada" del representante extranjero ante el tribunal local. Con ello no se pretendía exponer al representante extranjero, ni a los activos colocados bajo su administración, al pleno control jurisdiccional del tribunal requerido. Se convino en que, por su importancia para los aspectos básicos del acceso a los tribunales y del reconocimiento, ésta era una cuestión a la que sería preciso dedicar mayor atención que lo que permitía el actual período de sesiones, lo que no significaba, sin embargo, que la preparación de un proyecto de disposición sobre cooperación judicial tuviera que esperar necesariamente a que se ultimaran estas deliberaciones.

128. Se sugirió, respecto del texto del párrafo 2), que cabría reformularlo de forma que se refiriera a la autorización que había de darse al tribunal para emitir órdenes que dieran curso a la cooperación, en vez de exigir a los administradores que dieran cumplimiento a esas órdenes. Se dijo que con ello se evitaría una declaración expresa sobre a quiénes iba dirigido este artículo, así como las demás cuestiones conexas anteriormente mencionadas (párrs. 125 y 126). Se sugirió también que cabría reformular este párrafo de forma que no diera lugar a la interpretación errónea de que el administrador podría ignorar aquellas órdenes del tribunal que no fueran dictadas para los fines de la cooperación.

129. Se ultimaron las deliberaciones sobre el párrafo 2) con la observación de que tal vez el Grupo de Trabajo podría proceder a un examen más detenido de las cuestiones suscitadas cuando tuviera ante sí una disposición más elaborada sobre cooperación judicial en la que se recogieran las observaciones que se habían hecho al examinarse el párrafo 1).

Párrafo 3)

130. Se expresó apoyo a la inclusión de una disposición conforme a la del párrafo 3), que el texto que se estaba preparando respondiera a la preocupación de que se tuvieran en cuenta los derechos de los acreedores locales y los intereses procesales y de orden público del Estado requerido.

131. En cuanto a la formulación concreta del párrafo 3), se sugirió que sería conveniente aclarar debidamente la referencia a las posibles limitaciones a la cooperación enunciadas en los incisos a), b) y c), a fin de garantizar que se entendieran, como se pretendía, a modo de posibles limitaciones a la cooperación y no como fuentes de autorización para ella. Se instó a que en toda nueva formulación en este sentido se cuidara de evitar la sugerencia de que cualquier tipo de cooperación podría ser denegada tan pronto como se detectara alguna posible incoherencia, aunque fuera insignificante, con el procedimiento local, los intereses de los acreedores locales o los principios de orden público.

132. Se planteó una pregunta con respecto al significado de la referencia, en el inciso b), al amparo debido a los acreedores locales contra "todo perjuicio o inconveniente no justificado". En respuesta se dijo que, si bien, por razón de su propia índole, la insolvencia causaba perjuicios e inconvenientes a los acreedores, la disposición en cuestión trataba de obtener que los Estados que promulgaran el texto jurídico que se estaba preparando no se vieran impedidos de amparar a sus acreedores locales contra cualquier tipo de discriminación o de inconveniente particularmente gravoso. Se citó como ejemplo el caso de que se impidiera que los acreedores locales reclamaran sus créditos en el proceso extranjero.

133. Se cuestionó también si el inciso b) era realmente necesario, dado que la noción de amparo a los acreedores locales podía considerarse incluida en la referencia a los principios de orden público que figuraba en el inciso c). Si bien se reconoció que cabía abreviar el texto de esa forma, prevaleció el parecer de que, habida cuenta especialmente del propósito expreso de la disposición, descrito en el párrafo anterior, era aconsejable separar esta norma de la referencia general a los principios de orden público.

D. Efectos del reconocimiento

134. El Grupo de Trabajo examinó el siguiente anteproyecto de disposición sobre los efectos del reconocimiento:

- "1) El reconocimiento de un proceso extranjero por una autoridad competente:
- a) Tendrá efecto suspensivo sobre:
 - i) el comienzo o la continuación de toda actuación judicial, administrativa o civil contra el deudor o sus activos, de no tratarse de un proceso colectivo para la liquidación de activos o el saldo de deudas ("proceso local"), y
 - ii) la transferencia por el deudor de cualquier derecho sobre sus activos;
 - b) Habilitará al representante extranjero, a reserva de los principios de orden público, para requerir al deudor o a otras personas a deponer verbalmente o a presentar información electrónica o por escrito sobre los actos, la conducta, los activos y las deudas u obligaciones del deudor;
 - c) Habilitará al representante extranjero para asumir la custodia y administración de los activos del deudor, a reserva de los derechos reales;
 - d) Habilitará al representante extranjero para intervenir en procesos locales;
 - e) Habilitará al representante extranjero para solicitar ante el tribunal cualquier otra medida cautelar apropiada que un síndico pueda pedir con arreglo a la ley del tribunal ante el que el proceso extranjero haya sido entablado (de no estar prohibida por la ley del lugar) [y del tribunal ante el que se haya entablado la demanda cautelar], a reserva en todo caso de:

- i) los requisitos procesales del tribunal o de la autoridad que haya de conocer de esa solicitud;
 - ii) el amparo debido a los acreedores locales contra todo perjuicio o inconveniente no justificado;
 - iii) los principios de orden público.
- 2) El reconocimiento de un proceso extranjero seguirá surtiendo esos efectos en tanto que no sean modificados o extinguidos por el tribunal o la autoridad local competente.
- 3) Todo representante extranjero podrá solicitar directamente ante el tribunal o la autoridad competente el reconocimiento de un proceso extranjero y la adopción de medidas cautelares.
- 4) Cuando sea conveniente proteger los activos o los intereses de los acreedores, podrán otorgarse medidas provisionales a instancia de un representante extranjero, con tal de que se dé la notificación requerida por el tribunal de las medidas por él decretadas. Salvo resolución en contrario del tribunal o de la autoridad competente, las medidas así decretadas surtirán efecto mientras no se adopte una decisión respecto de la solicitud de reconocimiento del proceso extranjero."

135. Si bien el Grupo de Trabajo era consciente de que habría de reanudar más adelante su examen de los supuestos que habrían de darse para el reconocimiento, se observó que las disposiciones presentadas eran un reflejo del punto a que se había llegado en las deliberaciones sobre los efectos que habrían de atribuirse al reconocimiento del proceso extranjero (véanse párrs. 54 a 59). De conformidad con las sugerencias que el Grupo de Trabajo hizo suyas en el curso de las anteriores deliberaciones, el proyecto de artículo reflejaba un enfoque bifurcado como sigue: los incisos a) a d) del párrafo 1) enumeraban los efectos a que daría lugar automáticamente el reconocimiento del proceso extranjero mientras que en el inciso e) se le daba al tribunal requerido la posibilidad de conceder las medidas cautelares adicionales que juzgara oportunas en las circunstancias del caso. La concesión de medidas adicionales debería ser compatible con los requisitos procesales locales, el amparo de los acreedores locales contra todo perjuicio o inconveniente no justificado y el respeto de los principios de orden público.

136. El régimen del proyecto de artículo presentado contenía además: una disposición en el párrafo 2) por la que se disponía que el reconocimiento siguiera surtiendo efecto en tanto que el tribunal o la autoridad competente no decidiera modificar esos efectos o darlos por terminados; el reconocimiento, a tenor del párrafo 3) del derecho del representante extranjero a solicitar directamente su propio reconocimiento ante el tribunal o ante otra autoridad competente; y el reconocimiento, en el párrafo 4), de la facultad del tribunal requerido para otorgar medidas cautelares o provisionales, de entender que pudieran estar justificadas.

Párrafo 1)

Inciso a)

137. Se hicieron diversas observaciones tanto de fondo como de forma sobre las disposiciones de efecto suspensivo enunciadas en el inciso a). Se observó que la regla suspensiva del apartado i) sería difícilmente aceptable para aquellas jurisdicciones que excluían a los créditos garantizados del trato común acordado a los demás créditos en el proceso de insolvencia, a tal punto que las medidas ejecutorias al respecto estarían exentas de toda medida suspensiva de la ejecución de los créditos individuales. Se expresó el parecer de que tal vez fuera ésta una cuestión en la que los Estados desearían que el texto elaborado les ofreciera más de una opción.

138. Otra observación fue la de que algunos ordenamientos tal vez desearan extender aún más el alcance de la regla

suspensiva enunciada, de modo que se suspendieran no sólo las acciones individuales, sino incluso las acciones colectivas de los acreedores. Se observó, en respuesta, que sería posible obtener esa ampliación del efecto suspensivo del reconocimiento conforme al proyecto de artículo presentado al Grupo de Trabajo, al facultarse al tribunal para otorgar medidas cautelares en el inciso e).

139. En las deliberaciones sobre el párrafo 1), se instó al Grupo de Trabajo en varias de las intervenciones a que considerara la posibilidad de supeditar la suspensión prevista en el inciso a) a toda exclusión de la misma que dimanara de los principios de orden público. La primacía eventual de los principios de orden público había sido ya enunciada como directriz o factor limitativo de la concesión de las medidas cautelares discrecionales no incluidas en la lista mínima, como podía verse en el inciso e), así como en el inciso b), respecto de la facultad automática del representante extranjero para recabar información en el Estado requerido que le hubiera otorgado reconocimiento.

140. Se dijo, en pro de que se supeditara la aplicabilidad del efecto suspensivo de esas disposiciones a su eventual exclusión por razones de orden público, que no sería posible efectuar en una regla general por la que se excluyera el reconocimiento del representante por motivos de orden público, la distinción que debía hacerse entre la decisión básica de reconocimiento y la aplicabilidad de los posibles efectos de ese reconocimiento en un caso dado, ya que alguno de esos efectos podría ser contrario a los principios de orden público del Estado requerido. Se citaron como ejemplos adicionales de motivos por los que cabría excluir la aplicabilidad del efecto suspensivo el de las acciones por lesiones corporales, las acciones maritales, por concepto de estado civil, por concepto de alimentos y diversas actuaciones de tipo penal y administrativo. Se expresó también el parecer de que el texto de las disposiciones suspensivas adolecía de una posible falta de limitaciones respecto de su aplicabilidad a los efectos de la lista mínima, por ejemplo, respecto de la duración de la suspensión o de otros efectos.

141. En respuesta a esas sugerencias, se expresó el parecer de que debería obrarse con cautela para no insistir demasiado en el texto en excepciones que limitaran el alcance de lo que ya se había convenido que era una lista de los efectos mínimos del reconocimiento para que se pudiera proteger de manera expeditiva el patrimonio del deudor de su eventual disipación y para lograr los objetivos básicos del acceso a los tribunales y del reconocimiento de las actuaciones incoadas. Se sugirió a ese respecto que se prestara la debida atención a las consideraciones de orden público en la decisión de reconocimiento así como en la consideración por el tribunal de toda impugnación eventualmente interpuesta por razones de orden público de alguno de los efectos del reconocimiento.

142. El Grupo de Trabajo tomó nota de las observaciones efectuadas en orden a si debía preverse expresamente la exclusión por motivos de orden público de las disposiciones suspensivas, y tomó nota también de que las cuestiones suscitadas serían examinadas en futuros períodos de sesiones a la luz de los textos adicionales que le fueran presentados al respecto.

143. Entre las observaciones adicionales cabe citar la mención de que la regla del inciso a) ii) respecto de la suspensión de la transferencia de los activos del deudor fuera supeditada a una excepción en favor de las transferencias que pudieran venir impuestas por el giro normal de los negocios. Se citó como ejemplo de este tipo de transferencia, que la autoridad supervisora podría presumiblemente aprobar, el pago de las remuneraciones de los empleados. No se hicieron objeciones a esa sugerencia, al reconocerse la necesidad de no obstaculizar la práctica habitual en este campo. En materia de redacción se sugirió que tal vez no se entendiera con igual facilidad en todas partes la noción de una "suspensión" del inicio del proceso, en vez de del proceso ya en marcha, por lo que tal vez convendría reformular esta regla, y que, como se había señalado anteriormente en las deliberaciones, la expresión "el saldo de deudas" sería revisada y alineada con la terminología revisada que se adoptara para el resto del texto.

Inciso b)

144. El Grupo de Trabajo observó que el inciso b), que se refería al derecho del representante extranjero a requerir la presentación de información relativa a los negocios del deudor como a uno de los temas de la lista mínima de los

efectos del reconocimiento, lo hacía a reserva de limitaciones de orden público en el Estado que otorgaba el reconocimiento. Se observó que este enfoque determinaría que la disposición fuese más aceptable en los ordenamientos jurídicos que no estaban acostumbrados ni al grado ni a los procedimientos de búsqueda de información que se aplicaban en algunos otros ordenamientos jurídicos. Se expresó la opinión de que esas preocupaciones podrían mitigarse aún más si se formulaba la disposición a reserva de los principios del derecho local. No obstante, la inclusión de una nueva salvedad de esa índole no contó con demasiado apoyo. Se señaló que la intención del texto jurídico era en realidad configurar la norma local en la materia, aunque eso significara que debieran modificarse a ese respecto la práctica o las normas tradicionales. También se formuló una advertencia contra la imposición de condiciones, respecto de éste y otros efectos de la lista mínima, que pudieran complicar el proceso de hacer efectivo el reconocimiento en la medida en que pudiera peligrar el logro de los objetivos básicos perseguidos. Al mismo tiempo, se observó en una serie de intervenciones que, en su forma actual, esta regla no habilitaría al representante extranjero para buscar información haciendo caso omiso del derecho procesal local.

145. El Grupo de Trabajo se inclinaba, no obstante, por que se hiciera referencia expresa, en un futuro proyecto de la disposición, a la obtención por el representante extranjero de una orden judicial a los efectos de poder requerir la presentación de información. Se consideró que esa referencia podría servir para responder a las inquietudes que se habían expresado sin comprometer la eficacia de la disposición.

146. Durante el debate, se señaló a la atención del Grupo de Trabajo la cuestión de la interrelación de los requisitos en materia de información con las normas relativas al secreto profesional. En respuesta, se señaló que era más probable que ese tipo de consideraciones que, por cierto, según se dijo no se referían directamente a la labor de los contadores, fuesen más pertinentes en el contexto de actuaciones civiles o penales, que en el contexto de procesos de insolvencia. Se observó, no obstante, que podría suscitarse un problema de secreto profesional en los procesos de insolvencia en razón del secreto bancario.

147. En lo que respecta a la referencia a la información electrónica, el Grupo de Trabajo observó que en una etapa posterior se examinaría la necesidad de considerar la posibilidad de armonizar la terminología empleada para describir esas formas de información con la terminología utilizada en otros textos jurídicos de la CNUDMI, incluidos los que estaba preparando la Comisión en la esfera del intercambio electrónico de datos concretamente.

Inciso c)

148. Como se había observado con respecto a otros efectos del reconocimiento en la lista mínima de efectos, se planteó la cuestión de si sería conveniente prever limitaciones de alguna índole a esos efectos. La observación hecha en el contexto del inciso c) se refería a posibles exenciones, por ejemplo, las relativas a los bienes familiares.

149. Se intercambiaron opiniones en cuanto a la manera más apropiada de expresar la exención de "derechos reales", es decir, los derechos de terceros sobre ciertos tipos de bienes muebles. Se expresó la opinión de que esa terminología especial tal vez no se entendería en todas partes. Por consiguiente, se sugirió que cabría mejorar el texto actual refiriendo la norma al derecho del representante extranjero a asumir tan ampliamente la custodia y el control de los activos como lo permitiera el derecho local. No obstante, esta manera de formular esta regla no obtuvo demasiado apoyo, dado que se estimó que carecía del grado de precisión requerido.

150. A un nivel más fundamental, se preguntó si bastaría con exceptuar a los derechos reales únicamente de este efecto concreto del reconocimiento y no, en particular, del efecto suspensivo previsto en el inciso a). Se dijo que una exención más amplia de los derechos reales, que en algunas jurisdicciones se tenían por exceptuados de los procesos de insolvencia, contribuiría a una mayor aceptabilidad del texto que se estaba preparando. Una opinión contraria sostuvo que era desaconsejable extender la exención de los derechos reales a otros efectos del reconocimiento, dado que esto atenuaría el valor del reconocimiento en cuanto a la protección de los activos contra su dispersión, y puesto que los titulares de derechos reales estarían en todo caso facultados, conforme al párrafo 2), para solicitar el

levantamiento de la suspensión.

151. En el curso del debate, se planteó la pregunta de si la exención de los derechos reales de los efectos de las disposiciones relativas al reconocimiento impediría que se anulara toda transferencia por el deudor de esos derechos reales efectuada en perjuicio de otros acreedores. En respuesta se dijo que esa exención de los derechos reales del texto jurídico no debía considerarse necesariamente como un impedimento para evitar la realización de esas transferencias. También se señaló que el enfoque adoptado en una serie de jurisdicciones para determinar la ley aplicable a estas cuestiones se basaba en la noción de la *lex rei sitae* (la ley del lugar de la cosa).

152. Tras deliberar sobre los asuntos planteados en relación con el inciso c), el Grupo de Trabajo opinó que esta disposición y las cuestiones suscitadas deberían seguir examinándose, particularmente a la luz de otras disposiciones del texto jurídico a medida que se fueran elaborando.

Inciso d)

153. El Grupo de Trabajo observó que la razón para enunciar la regla del inciso d), por la que se habilitaba al representante extranjero para intervenir en procesos locales, estaba en el hecho de que la suspensión del proceso prevista en el inciso a) no afectaba a los procesos colectivos locales.

Inciso e)

154. El Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia de que se añadiera una indicación de que las medidas otorgadas por el tribunal seguirían surtiendo efecto con carácter provisional, de conformidad con el régimen previsto en el párrafo 4), por tratarse de remedios opcionales que el tribunal estaba facultado para otorgar a tenor del inciso e).

155. Hubo acuerdo general con el enfoque del inciso e), de que sus apartados i) a iii) pudieran servir en algunos casos para limitar la concesión al representante extranjero de medidas cautelares no previstas entre los efectos de la lista mínima (incisos a) a d)). Se observó, no obstante, que tal vez fuera posible redactar la referencia a esos factores de modo que quedara aún más claro que habían de servir como posible límite de la obligación de otorgar medidas cautelares adicionales y no como fuente de autoridad para otorgarlas. Se sugirió a este respecto que las palabras "a reserva de" tal vez no resultaran lo bastante claras.

156. El Grupo de Trabajo consideró detenidamente la forma y el alcance de la remisión en el inciso e) a la ley del foro del tribunal requerido para la determinación de si cabía otorgar medidas cautelares no incluidas en la lista de efectos mínimos. Se observó que la aplicación de la ley del Estado requerido tendría la ventaja adicional de que su régimen sería familiar y fácil de entender para el tribunal requerido. Si bien se expresó el parecer de que la aplicación de la ley extranjera resultaría tal vez más aceptable de adoptarse el nuevo régimen en forma de convención en vez de como ley modelo, se observó que existían precedentes de que se hiciera remisión en las leyes nacionales relativas a la insolvencia al derecho extranjero a efectos de la determinación de los efectos del reconocimiento. El Grupo de Trabajo no hizo suya, sin embargo, la posición de que convendría que el texto preparado se remitiera únicamente a esa ley.

157. El Grupo de Trabajo asignó particular importancia a la práctica habitual de los representantes extranjeros de procurar obtener la convalidación por la jurisdicción requerida de las facultades que les hubieran sido conferidas en su propia jurisdicción, es decir en la jurisdicción del proceso que fuera a ser reconocido. Se dijo que el mayor riesgo de problemas estaba en que el representante extranjero deseara ejercer facultades que el ordenamiento jurídico del Estado requerido no conociera ni expresa ni tácitamente, por lo que convendría hacer alguna remisión a la ley del proceso extranjero. Se reconoció en general, al mismo tiempo, que en mayor o en menor medida no cabía prever la

concesión de asistencia más allá de lo previsto en la lista de efectos mínimos sin hacer alguna referencia al derecho local del tribunal requerido.

158. En vista de las anteriores consideraciones, hubo considerable apoyo para que se retuviera el enfoque del proyecto de disposición de que las facultades del representante extranjero se determinaran con arreglo a la ley del lugar donde se hubiera abierto el proceso extranjero. Al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo se mostró favorable a que se retuviera en esencia la salvedad que figuraba en el proyecto de inciso por la que se excluía la concesión de facultades al representante extranjero que fueran conformes al derecho de su país pero que fueran contrarias a las prohibiciones del derecho local.

159. Más allá de estos puntos de acuerdo generalizado, se hicieron diversas sugerencias sobre la posibilidad de ampliar la aplicación del derecho local como fundamento para dar efectos al reconocimiento que no figuraran en la lista de efectos mínimos, y sobre cuál pudiera ser el punto de equilibrio ideal entre la remisión al derecho extranjero y la aplicación del derecho local.

160. Cierta número de intervenciones hablaron de las ventajas que podría tener para los intereses de los acreedores y la optimización del valor del patrimonio, el que se permitiera al representante extranjero que escogiera sus facultades de entre las ofrecidas por su propio derecho y el derecho del Estado requerido. Se observó que ese enfoque serviría para desalentar la práctica de algunos deudores de evadirse a lugares donde los controles fueran menos rígidos y fuera más fácil dispersar o sustraer de algún otro modo los activos a la administración de la insolvencia. Sin embargo, esas ventajas serían en cierto modo contrarrestadas por la renuencia de los Estados a otorgar al representante extranjero, por vía de su reconocimiento en una jurisdicción extranjera, más poderes de los que dispondría en su propia jurisdicción de origen.

161. Se hicieron otras observaciones respecto a la combinación idónea del régimen local y del extranjero para la determinación de las facultades del representante extranjero y de las medidas adicionales que cabría otorgarle más allá de las previstas en la lista de efectos mínimos. Se observó que cabría distinguir entre el derecho extranjero como fuente de las facultades o poderes del representante extranjero, y el derecho local como fuente de los procedimientos por los que podrían hacerse efectivas esas facultades. Se observó de modo análogo que cabría considerar al derecho local como fuente de la autoridad requerida para dar efectividad a los derechos del representante extranjero, conforme a un marco analítico que resultaría atractivo para aquellos ordenamientos que insistían particularmente en la distinción que había de hacerse entre la existencia de un derecho y su fuerza ejecutoria. Se observó además que toda solución por la que se tratara de combinar el régimen aplicable en cada uno de los dos países suscitaría la dificultad de tener que delimitar la esfera de aplicación de cada uno de esos regímenes.

162. Se hizo también referencia a la posibilidad de que podría ser útil hacer una distinción entre el supuesto de un proceso meramente auxiliar o accesorio y el supuesto de un proceso paralelo de insolvencia. Se expresó el parecer de que sería más fácil dictar una regla para el primer caso que para el segundo. Se dijo, no obstante, que el problema de la compatibilidad de las medidas requeridas con el derecho local seguiría estando presente en el supuesto de un proceso auxiliar al igual que en el supuesto de un proceso paralelo.

163. Se sugirió que cabría acomodar diversos de los factores anteriormente mencionados incorporando a la disposición una cláusula por la que se pidiera al tribunal que tuviera "debidamente en cuenta" tanto la ley del foro del proceso extranjero como su propio derecho interno. Un enfoque algo diferente que despertó cierto interés fue la posibilidad de formular una disposición en la que no se hiciera referencia ni a uno ni al otro de los ordenamientos jurídicos posiblemente aplicables, sino que se dejara el asunto en manos del tribunal. Se sugirió que ese enfoque permitiría al representante extranjero solicitar aquellas medidas que juzgara necesarias para el desempeño de su misión, y que el tribunal requerido podría responder a su solicitud en sentido parecido, concediendo aquellas medidas que juzgara oportunas y que estuviera facultado para otorgar. En apoyo de este enfoque se dijo que sería conforme a la presunción básica de que se otorgara la mayor medida posible de asistencia y cooperación.

164. Se observó asimismo que al configurar las disposiciones a este respecto se deberían tener en cuenta los tipos de procedimientos y prácticas previstos en el Convenio de La Haya sobre la práctica de la prueba en el extranjero, en particular respecto a la noción de que la actividad del representante extranjero había de ser compatible con el derecho local. Se sugirió a este respecto que la práctica desarrollada al amparo de este Convenio podría servir de guía de lo que los Estados estarían dispuestos a aceptar en la materia.

165. Al concluir sus deliberaciones sobre cuál sería la ley aplicable respecto de las medidas que se autorizaran más allá de las previstas en la lista de efectos mínimos del reconocimiento, el Grupo de Trabajo observó que la opinión dominante era favorable a la aplicación de la ley del foro del proceso extranjero. Al mismo tiempo, se opinó en general que habría de hacerse referencia a alguna limitación fundada en las prohibiciones que pudiera haber en el derecho local. La idea de que la aplicación del derecho local no debería dar lugar a que las facultades del representante extranjero fueran superiores a las que tendría conforme a su propio derecho fue también en general bien recibida. Hechas esas precisiones, cabe decir que el Grupo de Trabajo convino en que las cuestiones suscitadas merecían un examen más detenido, por lo que decidió que volvería a examinarlas en una fase ulterior de sus deliberaciones.

166. A efectos de la redacción se observó que se sustituiría el término "síncico" del inciso e) por el término "representante extranjero". Se sugirió también que la expresión "con arreglo a la ley" pudiera resultar demasiado restrictiva. Se hizo una sugerencia de carácter más bien estructural en el sentido de que los asuntos regulados por el inciso e) podrían ser tal vez tratados en una disposición sobre cooperación judicial.

Párrafo 2)

167. Se preguntó cuál era la función exacta del párrafo 2). Se expresó la inquietud de que hubiera cierta incoherencia entre el párrafo 2) y la intención del párrafo 1) y se dijo que por lo tanto, tal vez sería mejor suprimirlo. En respuesta, se observó que el objetivo de la disposición era servir de base para que una parte perjudicada por los efectos del reconocimiento pudiera entablar una demanda cautelar a fin de sustraerse a esos efectos. A la luz de este análisis, se sugirió que un enfoque más claro podría ser decir claramente que existía el derecho a entablar una demanda cautelar para sustraerse a los efectos del reconocimiento. A este respecto, se planteó la cuestión de si la disposición para modificar los efectos del reconocimiento debía aplicarse únicamente a los efectos que eran automáticos, o también a los que se derivaran del ejercicio por el tribunal de su discreción conforme a las facultades previstas en el inciso e) del párrafo 1).

168. La disposición tenía además la función de afrontar la situación que se presenta en algunas jurisdicciones donde los efectos del reconocimiento, en particular las medidas de naturaleza provisional, podrían prescribir automáticamente después de transcurrido cierto plazo. Se observó, no obstante, que podía entenderse que la disposición no se ocupaba de las medidas provisionales, tratadas en el párrafo 4), pero para las cuales podría resultar necesaria una norma de esa índole, sino de los efectos del reconocimiento, que no precisaban tal vez de una regla sobre la duración de sus efectos.

169. A raíz del debate que antecede se planteó no obstante la cuestión de si debería incluirse alguna disposición sobre la vigencia o el momento de la extinción de los efectos del reconocimiento. Un enfoque sostenía que podía suponerse que al asignar efectos, el tribunal garantizaría que permanecieran en vigor mientras fuera necesario. También se sugirió que en una medida u otra, algunos de los efectos automáticamente dejarían de tener importancia o caducarían una vez que hubieran cumplido su propósito a raíz de la evolución natural de los acontecimientos relacionados con esos efectos. Se expresó la opinión de que podría resultar conveniente incluir una disposición que determinara con cierto grado de seguridad la cuestión del período de vigencia o la extinción de los efectos del reconocimiento.

170. En el debate se planteó la cuestión del efecto que podría atribuirse a la terminación del proceso extranjero,

especialmente en lo que respecta a la cuestión de la extinción de los efectos del reconocimiento. Una cuestión conexas fue la de si deberían existir requisitos especiales en materia de publicación relacionados con la terminación del proceso extranjero o con la extinción de los efectos del reconocimiento. Se expresó la opinión de que la imposición de algún tipo de formalidad en relación con la extinción de los efectos del reconocimiento podría tener cierto valor, dados los efectos del reconocimiento sobre los derechos de los acreedores locales. Se observó a este respecto que era probable que en el derecho local figuraran disposiciones respecto de los requisitos de publicación y que en vista de ello bastaría con referirse a "la notificación que fuera requerida por el tribunal local". Al mismo tiempo, se reconoció que podría resultar difícil confiar en esta solución, de no existir en alguna jurisdicción una publicación adecuada en la que pudiera darse por sentado que los acreedores buscarían las notificaciones de ese tipo.

171. El Grupo de Trabajo observó que seguiría deliberando sobre las cuestiones suscitadas sobre la base de disposiciones que se elaboraran a la luz del debate que antecede.

Párrafo 3)

172. El Grupo de Trabajo expresó que a su modo de ver, la palabra "directamente" en el párrafo 3) estaba destinada a establecer el derecho del representante extranjero a presentar directamente una demanda ante el tribunal requerido, en lugar de verse obligado a proceder por algún conducto indirecto, como sería la vía diplomática. Se observó, sin embargo, que el propósito de la disposición no era anular los requisitos que pudieran ser aplicables en determinadas jurisdicciones en cuanto a la comparecencia con el asesoramiento a la representación de letrados locales.

173. En lo que respecta al lugar en el que debía figurar el párrafo 3), se expresó la opinión de que sería más apropiado que figurara al comienzo de la disposición que se estaba examinando.

Párrafo 4)

174. El Grupo de Trabajo apoyó en general la inclusión de una disposición que autorizara al tribunal requerido a disponer la adopción de medidas provisionales en circunstancias apropiadas a solicitud del representante extranjero. Este enfoque obtuvo apoyo debido a que, en ausencia de esa posibilidad, los efectos del reconocimiento, en particular la suspensión de la demanda de un acreedor individual y de la transferencia de los activos, sólo podrían obtenerse una vez que se hubiera adoptado una decisión respecto de la solicitud de reconocimiento, lo que a menudo significaría que no quedarían muchos activos para proteger.

175. Se planteó una pregunta relativa a si el Grupo de Trabajo, en una posterior redacción del párrafo 4), desearía considerar la posibilidad de identificar alguna medida provisional que pudiera contemplarse, o si simplemente se dejaría que el asunto se resolviera conforme a la ley local. Algunas de las medidas cuyo examen se sugirió se referían a la colocación de los activos bajo la custodia del representante extranjero, facultando al representante extranjero a embargar determinados activos y prohibiendo el cumplimiento de la ejecución de créditos de los acreedores contra los activos del deudor.

176. El Grupo de Trabajo expresó su reconocimiento de que la disposición, tal como estaba redactada actualmente, permitía la adopción de medidas provisionales a instancia de parte si la adopción de esas medidas estaba prevista por las leyes locales.

177. En lo que respecta a cuestiones de redacción, se observó que era posible que la expresión "mientras no se adopte ninguna decisión respecto de la solicitud de reconocimiento del proceso extranjero" no se entendiera y que podría redactarse más claramente como sigue: "hasta que el tribunal haya adoptado una decisión respecto de la solicitud de reconocimiento del proceso extranjero". También se sugirió que se aclarara que los activos a los que se hacía referencia al comienzo del párrafo 4) eran naturalmente los del deudor.

E. Prueba que ha de darse de un proceso extranjero

178. El Grupo de Trabajo examinó un anteproyecto de disposición sobre la prueba relacionada con un proceso extranjero que decía:

- "1) La existencia de un proceso extranjero se probará mediante una copia certificada conforme de los documentos probatorios de la apertura del proceso.
- 2) El nombramiento de un representante extranjero se probará mediante una copia certificada conforme de la orden o decisión de nombramiento o mediante otra prueba satisfactoria para el tribunal.
- 3) Podrá requerirse una traducción a un idioma oficial del país en el que se esté tramitando el proceso local.
- 4) Se presumirá que un proceso extranjero ha sido válidamente incoado en la jurisdicción extranjera, salvo que se pruebe que no existía una conexión sustancial entre el deudor y esa jurisdicción."

179. Se observó que la anterior disposición reflejaba las opiniones expresadas por el Grupo de Trabajo en una etapa anterior de las deliberaciones (véanse párrs. 36 a 38 y 113) de que debería disponerse la manera por la que el tribunal requerido pudiera cerciorarse de que el representante extranjero gozaba de poderes de su jurisdicción para actuar en el extranjero, en particular respecto de los activos situados en el extranjero. Se observó, al mismo tiempo, que se había formulado el proyecto de disposición con miras a evitar mencionar un requisito de autorización explícita para actuar en el extranjero, ya que se había observado que ese tipo de requisito podría no ser conforme con la práctica actual. Se observó a este respecto que el nombramiento de un representante estaría normalmente redactado en términos generales, sin limitaciones territoriales de su habilitación para actuar.

180. Se observó además que los párrafos 1) y 2) habían sido redactados en términos que reflejaran el parecer de que bastaría con presentar una copia certificada conforme del auto de nombramiento, o en su ausencia, de otra prueba del nombramiento. Se observó asimismo que la presunción del párrafo 4) de que el proceso extranjero había sido válidamente incoado estaba basada en el parecer de que no debían ponerse obstáculos innecesarios que impidieran que el representante extranjero actuara con rapidez en orden a la preservación de los activos.

Párrafos 1) y 2)

181. Si bien se estuvo de acuerdo en que los párrafos 1) y 2) regulaban de modo aceptable el problema de la debida acreditación del representante extranjero ante el tribunal competente de la jurisdicción requerida, se hicieron varias observaciones. Para comenzar, se dijo que los párrafos 1) y 2) podrían ser interpretados erróneamente como requiriendo la presentación por separado de dos documentos, uno por el que se probara la apertura del procedimiento extranjero y otro por el que se probara el nombramiento del representante extranjero, cuando de hecho podría haber casos en los que el tribunal extranjero emitiera un único documento en el que se acreditara uno y otro punto. Se hicieron varias sugerencias de redacción para atender a esa inquietud, entre ellas la de incorporar el párrafo 2) al párrafo 1); la de sustituir "se probará" por "podrá probarse"; y la de combinar los párrafos 1) y 2) en un párrafo que dijera algo así como: "Deberá probarse tanto la apertura del proceso extranjero como el nombramiento del representante extranjero. Esa prueba podrá hacerse en forma de una copia certificada conforme de esos actos o en alguna otra forma requerida por el tribunal".

182. Se observó además que la referencia a "otra prueba satisfactoria para el tribunal" pudiera ser contraria a la finalidad de remitirse expresamente a la resolución u otra decisión del tribunal por la que se hubiera designado al representante extranjero, introduciendo así cierta medida de incertidumbre. A fin de aminorar esta inquietud, se sugirió que se aclarara en el párrafo 2) que sólo se exigiría alguna otra prueba de no presentarse prueba de la

resolución u otra decisión por la que el tribunal hubiera efectuado el nombramiento. Se observó que cabría aclarar aún más la disposición requiriendo la presentación de una copia certificada conforme de la norma legal pertinente en aquellos casos, de haber alguno, en los que la autoridad del representante extranjero le hubiera sido concedida por ley. Se observó además que la referencia a que la orden del tribunal o la decisión de alguna otra autoridad competente fuera certificada conforme podría dar lugar a incertidumbre, a menos que se aclarara que lo que se requería era que el autor del documento diera alguna indicación de su autenticidad y no que el documento fuera "legalizado", trámite bastante más complejo en el que habría de intervenir alguna autoridad administrativa o que habría de efectuarse por vía diplomática o consular.

183. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con el contenido de los párrafos 1) y 2) y pidió a la Secretaría que los revisara a la luz de las inquietudes y sugerencias expresadas.

Párrafo 3)

184. Si bien se expresó el parecer de que la regla enunciada en este párrafo era de por sí obvia y por ello innecesaria, así como la inquietud de que suscitara la cuestión de si la traducción había de ser certificada conforme, el Grupo de Trabajo se mostró reacio a suprimir el párrafo 3) por opinar que el requisito eventual en el enunciado podría ser útil y facilitar la aceptación del texto.

Párrafo 4)

185. Se expresaron una serie de inquietudes en cuanto a la formulación exacta del párrafo 4). Una de ellas se relacionaba con el hecho de que la referencia a la apertura "válida" del proceso extranjero podría sugerir que el tribunal que otorgaba el reconocimiento debería examinar si el proceso extranjero se había incoado de conformidad con los requisitos procesales detallados de la jurisdicción extranjera. El examen por el tribunal que otorgaba el reconocimiento debería en cambio limitarse a la cuestión de la competencia. Se opinó en general que el examen de cuestiones como la inicialmente mencionada trascendía de la autoridad del tribunal que otorgaba el reconocimiento. Para atender a la inquietud suscitada, se sugirió redactar el párrafo 4) como sigue: "No se reconocerá un proceso extranjero, de no existir una conexión sustancial entre el deudor y la jurisdicción en la que se haya incoado ese proceso". También se sugirió que se suprimiera el párrafo 4), dado que cabría abordar esta cuestión en el párrafo 2) de la definición de "proceso extranjero". Esa sugerencia no obtuvo suficiente apoyo debido a que el Grupo de Trabajo, en su examen de esa disposición (véase el párr. 110), opinó en general que esa regla se refería al reconocimiento de un proceso extranjero, por lo que debería colocarse en otro lugar.

186. Se observó además que algunos casos poco comunes en los que el proceso extranjero cumplía con los requisitos jurisdiccionales, pero tal vez no mereciera el reconocimiento, podrían tratarse como motivos de orden público. Se citó como ejemplo el caso de un proceso extranjero en el que el deudor y el representante extranjero actuaran en colusión con el propósito de ocultar activos. En el debate se expresó también la opinión de que el contenido del requisito de la "conexión sustancial" diferiría según que el reconocimiento requerido fuera para un proceso auxiliar o para un proceso paralelo.

187. Otra inquietud era la de que sólo cabría resolver adecuadamente la cuestión de la competencia del tribunal requerido, de resolverse también adecuadamente la cuestión de la competencia del tribunal del Estado requirente, dado que podría haber una interacción entre ambas cuestiones. A fin de atender esa inquietud, se sugirió que la competencia internacional de un tribunal en el que se incoara un proceso de insolvencia podría ser tratada globalmente, como se hacía en el artículo 3 del proyecto de convenio de la Unión Europea. En este contexto, se expresó la opinión de que era necesario prestar atención a la posibilidad de que las disposiciones sobre reconocimiento pudieran tener el efecto de limitar la propia competencia del Estado que otorgaba el reconocimiento para incoar un proceso local.

188. Se expresó asimismo la opinión de que era importante determinar la etapa del proceso extranjero en la que se consideraría que se producía la "apertura" efectiva del proceso de insolvencia extranjero a los efectos de otorgarle el reconocimiento. Se observó a este respecto que las jurisdicciones variaban en cuanto a las diligencias y etapas involucradas en la apertura de un proceso. Se observó además que esa cuestión revestía cierta importancia, dado que la demanda de medidas cautelares provisionales a la jurisdicción requerida se presentaba estando aún pendiente la demanda de apertura de un proceso de insolvencia en el Estado requirente.

189. Si bien el Grupo de Trabajo convino en que la cuestión de la competencia era importante y debería ser resuelta en el nuevo texto, no se mostró dispuesto a adoptar una decisión definitiva con respecto a lo que podría ser una solución aceptable. Por lo tanto, se decidió dejar el párrafo 4) entre corchetes para volver a examinarlo en el futuro.

V. FUTURA LABOR

190. Tras concluir sus deliberaciones como se describe más arriba, el Grupo de Trabajo oyó una serie de intervenciones relativas a los progresos realizados en el actual período de sesiones y otras cuestiones propuestas.

191. Se opinó en general que se habían realizado progresos apreciables con respecto a una serie de cuestiones importantes, entre las que figuraban las definiciones de "proceso extranjero" y "representante extranjero", los efectos del reconocimiento, la cooperación judicial y la prueba del proceso extranjero. Se afirmó que el hecho de que el Grupo de Trabajo hubiera iniciado un debate provechoso y de que hubiera examinado varios anteproyectos de disposición en este período de sesiones creaba un marco apropiado para poder proseguir con su labor.

192. Se mencionaron una serie de cuestiones sobre las que se trabajaría en el futuro, entre las que cabe mencionar: la competencia del tribunal extranjero y el reconocimiento de esa competencia por un tribunal del Estado requerido; la aplicabilidad de los proyectos de disposición a procesos auxiliares o a procesos paralelos, y su aplicabilidad en los supuestos en que no se haya abierto un proceso local; la definición de deudor y la de proceso de reorganización; las cuestiones de cortesía internacional y reciprocidad; el alcance de la cooperación judicial; la posibilidad de que el representante extranjero comparezca ante el tribunal requerido sin quedar sometido a su plena jurisdicción ("comparecencia limitada"); la concesión de un trato idéntico a los acreedores extranjeros que a los nacionales, así como la forma y el plazo de las notificaciones a dar a los acreedores extranjeros; el proceso de equiparación de pagos a los acreedores titulares de créditos comunes; el reconocimiento de los arbitrios o impuestos extranjeros; el mecanismo para la conclusión de un proceso limitado o auxiliar; los efectos del reconocimiento y de las medidas cautelares provisionales en los acreedores con créditos garantizados, en particular en materia de derechos reales y de reservas de la propiedad; la compensación en un contexto transfronterizo; las excepciones a las medidas cautelares automáticas; el pago de las deudas contraídas con el deudor; el mecanismo para modificar o poner término a medidas cautelares provisionales; la distribución y repatriación de activos; y la conservación de activos en un contexto de insolvencia transfronteriza mediante la creación de un marco jurídico para el otorgamiento de medidas cautelares provisionales, en particular con respecto a los activos en poder de terceros en virtud de órdenes judiciales o de contratos.

193. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara para su próximo período de sesiones proyectos de disposición sobre cooperación judicial y acceso y reconocimiento, teniendo en cuenta las opiniones y sugerencias expresadas en el período de sesiones en curso. Se observó que, de conformidad con una decisión adoptada por la Comisión en su 28º período de sesiones⁶, el 19º período de sesiones del Grupo de Trabajo se celebraría en Nueva York, del 1º al 12 de abril de 1996.

Notas

¹ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 28º período de sesiones (1995), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17)*, párrs. 382 a 393. En esa decisión, la Comisión cambió el nombre del Grupo de Trabajo, que dejó de llamarse Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional y pasó a adoptar su título actual, si bien se conservará la secuencia de su numeración anterior.

² Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 26º período de sesiones (1993), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/48/17)*, párrs. 302 a 306. La nota de información que sirvió de base para las deliberaciones de la Comisión durante su 26º período de sesiones está recogida en el documento A/CN.9/378/Add.4.

³ El informe sobre el Coloquio de la CNUDMI-INSOL relativo a la insolvencia transfronteriza presentado por la Secretaría a la Comisión en su 27º período de sesiones figura en el documento A/CN.9/398.

⁴ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 27º período de sesiones (1994). *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/49/17)*, párrs. 215 a 222.

⁵ El informe del Coloquio Judicial presentado por la Secretaría a la Comisión en su 28º período de sesiones figura en el documento A/CN.9/413.

⁶ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17)*, párr. 449.