



Asamblea General

Distr. general
3 de abril de 2007
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

40º período de sesiones

Viena, 25 de junio a 6 de julio de 2007

Facilitación de la cooperación, la comunicación directa y la coordinación de los procedimientos de insolvencia transfronterizos

Nota de la Secretaría

1. En su 38º período de sesiones (2005), la Comisión tuvo a su disposición una serie de propuestas para su labor futura sobre los regímenes de la insolvencia (A/CN.9/582 y Add.1 a 7), que incluyen la utilización de protocolos en casos de insolvencia transfronteriza. Del 14 al 16 de noviembre de 2005 se celebró en Viena un coloquio internacional para analizar éste y otros temas propuestos.
2. En su 39º período de sesiones (2006), la Comisión analizó el informe de dicho coloquio (A/CN.9/596) y observó que la propuesta relativa a los protocolos de insolvencia transfronterizos complementaba y guardaba una estrecha relación con el fomento y la utilización de un texto ya adoptado por la Comisión, a saber, la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, que se había adoptado en 11 Estados como base de legislación y que suscitaba un creciente interés y debates cada vez más intensos. La Comisión estimó que sería apropiado estudiar la forma en que podría facilitarse la aplicación de las disposiciones sobre coordinación y cooperación de la Ley Modelo poniendo a la disposición de la comunidad internacional de expertos en derecho, de alguna manera, la experiencia jurídica y judicial acumulada en cuanto a la negociación, utilización y contenido de los protocolos.
3. La Comisión convino en que la labor inicial de recopilación de la experiencia práctica registrada en la negociación y utilización de los protocolos de insolvencia transfronterizos debería facilitarse oficiosamente mediante consultas con jueces y profesionales de la insolvencia. La finalidad de la presente nota es presentar un informe preliminar sobre los progresos realizados en esta labor al examen de la Comisión.



4. La Secretaría celebró consultas con jueces y profesionales de la insolvencia, tomando como punto de partida la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, concretamente la autorización prevista en los artículos 25 y 26 para facilitar la cooperación entre los tribunales, así como la comunicación directa y las formas de cooperación enunciadas en el artículo 27. Las consultas se centraron en lo que requerían los jueces para facilitar la comunicación entre los tribunales y, respecto de las actividades de coordinación, giraron en torno a la utilización de los protocolos, mencionándose ejemplos concretos, y a la manera en que tales protocolos habían resultado de especial utilidad en esos casos.

5. Se hizo observar que los protocolos se han utilizado en diversos casos transfronterizos para lograr distintos objetivos. Tales protocolos no requieren un formato determinado y se han concebido para abordar cuestiones específicas de un determinado caso, previendo flexibilidad para poder ser modificados si se produce un cambio de circunstancias. Habida cuenta de que se elaboran específicamente teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, los protocolos pueden ser objeto de negociación en diferentes oportunidades. En algunos casos, las partes pueden iniciar las negociaciones con antelación a la apertura de un procedimiento de insolvencia; en otros casos, un protocolo puede negociarse tras la apertura del procedimiento, a veces por sugerencia del juez que presida el tribunal, y puede tratar de determinadas cuestiones controvertidas y puede revestir el carácter de una medida de emergencia. Las disposiciones de un protocolo generalmente abarcan cuestiones procesales, y en algunos casos, sustantivas. Pueden ser cuestiones relativas a la gestión, la solución de reclamaciones, las notificaciones, la coordinación de la enajenación o preservación de los bienes, las medidas para evitar la duplicación de tareas, la minimización de honorarios y gastos, el intercambio de información, el deslindamiento de responsabilidades por créditos, la elaboración de un plan de reorganización y el acceso a los tribunales.

6. No todos los protocolos son reconocidos o aprobados por el tribunal, pero cuando se los reconoce o aprueba, pueden tener diferentes efectos; en algunos casos pueden devenir vinculantes para algunas partes; en otros casos, no. Se observó que en algunos ordenamientos jurídicos la cuestión más ardua en lo referente a la utilización de protocolos para facilitar la coordinación y cooperación podría ser de índole jurídica o judicial, y no sería la cuestión formal de saber si el juez podría estar o no facultado para reconocer un protocolo o sugerir a las partes la utilización de un acuerdo semejante. En algunos casos, ello dependía de si los jueces estimaban que podían comunicarse directamente entre sí o de si preferían que las cuestiones de coordinación fuesen resueltas por los representantes legales o representantes de la insolvencia. En otros casos, podría ser relevante conocer la utilización de los protocolos y tener experiencia al respecto.

7. Además de la utilización de los protocolos, se debatieron otros problemas de cooperación y la manera en que ésta se podría facilitar entre representantes de la insolvencia, entre tribunales y entre representantes de la insolvencia y tribunales. Se señalaron algunas de las diversas limitaciones que podrían afectar a las comunicaciones directas, a saber, la naturaleza misma de los procedimientos de insolvencia de que se trate, las salvaguardias aplicables en virtud del derecho interno, los códigos de ética pertinentes, la necesidad de conocer y cumplir los requisitos procesales de otros sistemas jurídicos y dominar el idioma.

8. Se resaltó la importancia de la coordinación y cooperación en el marco de los procedimientos de insolvencia de grupos de sociedades mercantiles y se pusieron de relieve varios problemas; se observó que el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) se disponía a emprender su labor sobre el modo en que habría que regular los grupos de sociedades en supuestos de insolvencia, y que convendría coordinar dicha labor.

9. Si bien los protocolos son esencialmente específicos de cada caso y se han utilizado de diversas maneras para abordar tanto cuestiones procesales como sustantivas, la Secretaría se formó la opinión de que sería posible determinar una problemática común que podría desarrollarse para así proporcionar orientación y asistencia tanto a los profesionales que redactan protocolos como a los jueces que tal vez tengan que examinarlos. Se preparó un proyecto de esquema de posibles notas sobre la cooperación transfronteriza, incluidos los protocolos transfronterizos, que se presenta seguidamente.

10. El proyecto de esquema de posibles notas sobre la cooperación transfronteriza se examinó en el séptimo Coloquio Judicial Multinacional patrocinado por la CNUDMI, la INSOL y el Banco Mundial, celebrado en la Ciudad del Cabo (Sudáfrica) el 17 y 18 de marzo de 2007. Entre los participantes figuraron 65 jueces y altos funcionarios de 42 países.

11. Los participantes de varios países indicaron que tenían poca experiencia en lo concerniente a cooperación y coordinación transfronterizas en casos de insolvencia y a los protocolos en particular y que, por consiguiente, estaban poco familiarizados con el concepto de cooperación transfronteriza presentado en la Ley Modelo. Se expresó el reparo de que los jueces carecían a menudo de la base legislativa prevista por la Ley Modelo, aunque se señaló que, en algunos sistemas jurídicos, los jueces habían podido desempeñar un papel activo como facilitadores de la cooperación sin necesidad de modificaciones legislativas. En el debate se destacó la creciente importancia no sólo de tomar en consideración las cuestiones relacionadas con la cooperación transfronteriza en los casos de insolvencia y la necesidad de acceso a información sobre la manera de facilitar esa cooperación, sino también, en un plano más amplio, los vínculos entre la atracción de inversión exterior y la adecuación de las leyes sobre otorgamiento y ejecución de garantías y de los regímenes y sistemas en materia de insolvencia. Se estimó que una participación mayor en los instrumentos internacionales podía ser de ayuda a los países para establecer un marco jurídico que contribuyera a atraer inversiones.

12. Los participantes con experiencia en materia de protocolos subrayaron su utilidad para facilitar la coordinación y la cooperación, señalando que un protocolo correctamente redactado podía ser de gran utilidad a los jueces que actuaban en casos transfronterizos, incluso en los casos que implicaban a grupos de sociedades mercantiles. El debate puso de relieve algunos de los problemas con que los jueces se enfrentan en los casos de insolvencia transfronteriza y la forma en que los protocolos podían contribuir, por ejemplo a resolver cuestiones procesales, evitar posibles conflictos acerca de cuestiones tanto sustantivas como procesales, y abordar cuestiones como la elección del derecho aplicable que tal vez no se contemplan en las leyes nacionales ni en la Ley Modelo.

13. Los participantes no familiarizados con la utilización de los protocolos expresaron algunas reservas, en particular respecto de las diferencias procesales y sustantivas existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos y la forma en que podrían abordarse. En el debate se recalcó la necesidad práctica, en todo examen de cómo facilitar la cooperación transfronteriza en los casos de insolvencia, de abordar esas diferencias sustantivas y procesales entre los ordenamientos jurídicos, como se señala en la sección V, apartado g) del párrafo 7, y tener en cuenta la diversidad de situaciones y tradiciones jurídicas nacionales que pudieran afectar a la cooperación transfronteriza, inclusive la utilización de los protocolos.

14. Se expresaron opiniones diferentes acerca de la comunicación transfronteriza y, en particular, sobre la procedencia de la comunicación directa entre los jueces y las posibilidades que éstos tienen de comunicar directamente. Por ejemplo, se hizo observar que en algunos países la comunicación entre los jueces encargados de casos transfronterizos estaba sometida a normas y prácticas y no podía efectuarse directamente sino en forma oficial por conducto del juez decano o presidente del tribunal. Toda consideración de cómo facilitar la comunicación transfronteriza, incluso mediante la adopción de la Ley Modelo, requería tener en cuenta el efecto de las diferentes tradiciones y prácticas jurídicas, así como aspectos y enfoques culturales, sobre la forma en que la comunicación podía tener lugar y las salvaguardias que serían precisas en diferentes circunstancias. Se hizo observar que el derecho y la práctica en materia de comunicación entre tribunales en los casos transfronterizos estaban aún en fase de desarrollo.

15. Varios participantes resaltaron la importancia de adoptar la Ley Modelo para establecer el marco jurídico de la cooperación transfronteriza, así como la conveniencia de facilitar orientación, siguiendo las pautas indicadas en el proyecto de esquema que figura a continuación, a los jueces y los profesionales del derecho sobre la manera en que podría lograrse la cooperación para asegurar una coordinación efectiva en los casos transfronterizos.

**NOTAS DE LA CNUDMI SOBRE LA COOPERACIÓN, LA COMUNICACIÓN,
Y LA COORDINACIÓN TRANSFRONTERIZAS EN
PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA**

Proyecto de esquema de contenido

I. Preámbulo

1. En el preámbulo se abordarían cuestiones comunes a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, como por ejemplo, la importancia del reciclaje de los recursos económicos para fomentar la estabilidad económica; la necesidad de promover una administración ordenada y eficiente de los procedimientos de insolvencia; la necesidad de armonizar y coordinar actividades; la necesidad de evitar llegar a un punto muerto en los procedimientos de insolvencia; y la conveniencia de dar seguridad jurídica y previsibilidad a los procedimientos de insolvencia, en especial a aquellos que se desarrollen en un marco transfronterizo.

II. Introducción a la cooperación judicial

2. En la Guía para la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza se hace hincapié en el carácter central que tiene la cooperación en los casos de insolvencia transfronteriza, para que los procedimientos puedan sustanciarse de manera eficaz y se optimicen sus resultados. Si bien en la Ley Modelo se prevé la autorización para llevar a cabo actividades de cooperación transfronteriza, no se establece un enfoque uniforme sobre la forma en que se podría lograr dicha cooperación. Por lo tanto, el objetivo de la presente labor consistiría en brindar orientación en dicho sentido, basada en la experiencia y la práctica, a los profesionales del derecho y a los jueces.

3. Algunas de las cuestiones que se abordarán en la introducción abarcarán el examen de las razones por las cuales los tribunales se remiten a decisiones de otros tribunales; la determinación de diversas cuestiones que deben plantearse ante los respectivos tribunales; la búsqueda de un denominador común entre las partes participantes; y ejemplos de actividades de cooperación judicial, en especial respecto de la utilización de los protocolos transfronterizos.

III. Protocolos transfronterizos

4. Un instrumento singular para facilitar la cooperación y la coordinación internacionales es el protocolo transfronterizo. El núcleo de la labor propuesta está constituido por una guía sobre la negociación y utilización de los protocolos transfronterizos, en la que se abordarían las siguientes cuestiones.

A. Cuestiones preliminares

1. *Introducción*

En la introducción se haría hincapié en el hecho de que no existe un formato uniforme para los protocolos y que éstos deben adecuarse a los problemas concretos de cada caso, dándoles la suficiente flexibilidad para poder adaptarse a cambios en las circunstancias.

2. *Ventajas de los protocolos*

En esta sección se debatirían las ventajas que ofrece la utilización de los protocolos, a saber, que se crea una mayor seguridad jurídica, se gestionan las expectativas de las partes; se facilita la reestructuración; se fomenta la eficacia de la administración; se contribuye a reducir gastos evitando la duplicación de tareas así como en la competencia por bienes; y la reducción de controversias.

3. *Circunstancias en las que los protocolos pueden servir para facilitar la cooperación y la coordinación transfronterizas de los procedimientos*

En esta sección figuraría una descripción de la utilización de los protocolos tanto en las situaciones en que fuera necesaria la aprobación judicial como en las que no lo fuera, y en que, por ende, el tribunal no interviniera en el protocolo; tanto en el ámbito nacional como en el internacional, en los casos transfronterizos que tuvieran lugar procedimientos paralelos y hubiera grupos de sociedades mercantiles; y también en el marco de procedimientos judiciales de insolvencia así como de aquellos que requieran una supervisión judicial mínima.

4. *Efecto de los protocolos*

En esta sección se abordaría el alcance de los posibles efectos que un protocolo pudiera tener, incluida la necesidad de distinguir entre las disposiciones concebidas para surtir efectos jurídicos y las que constituyen declaraciones de buena voluntad; la cuestión de si las partes contratantes quedarán obligadas por un protocolo; así como las ventajas que ofrece la aprobación judicial.

5. *Autorización necesaria para concertar un protocolo*

En esta sección se abordaría la facultad o capacidad de las partes para concertar un protocolo y la manera en que podrían tratarse las cuestiones procesales y sustantivas.

6. *Método y procedimiento para la negociación de un protocolo*

7. *Aprobación y declaración de admisibilidad judiciales*

En esta sección se abordarían los requisitos para obtener la aprobación de un protocolo, incluidas la capacidad de las partes para concertar un protocolo; el procedimiento para obtener la aprobación; y las limitaciones de las que podrían ser objeto la aprobación y la declaración de admisibilidad judiciales.

8. *Salvaguardias*

Las salvaguardias consignadas en un protocolo pueden dividirse entre las que siempre deben figurar en él y las que cabe incluir en un protocolo cuando se requiera.

Las disposiciones obligatorias podrían ser las destinadas a evitar que se excluya la aplicación de una orden judicial o de normas de orden público. Las disposiciones que cabe incluir en un protocolo podrían ser las relativas a la revelación a partes interesadas; a la protección de los derechos de terceros no signatarios; y a la facultad de recurrir a los tribunales en caso de controversia.

9. *Posibles problemas y medios de resolución*

En esta sección se abordarían algunos de los problemas que podrían plantearse respecto de los protocolos, así como de la necesidad de garantizar que el protocolo pudiera adecuarse a los cambios de circunstancias que se produzcan; la necesidad de poder recurrir a los tribunales para resolver determinadas cuestiones; y las limitaciones respecto de los efectos del protocolo.

10. *Anexos*

Cabría incluir modelos de cláusulas extraídos de determinados protocolos que abordan algunas de las cuestiones enunciadas precedentemente a los efectos de ilustrar cómo se han tratado esas cuestiones y cómo se han redactado los textos de las disposiciones pertinentes.

B. Ejemplos de contenidos típicos de un protocolo [esta sección podría incluirse en el texto o adjuntarse como anexo]

En esta sección se citarían ejemplos de disposiciones que figuran en protocolos con objeto de dar orientación sobre los tipos de cuestiones que comúnmente se tratan en tales documentos, entre las que cabe destacar:

1. *Considerandos*

- a) Alcance y objetivo del protocolo;
- b) Partes interesadas y signatarios;
- c) Autenticación del protocolo;
- d) Idioma del protocolo y de las comunicaciones.

2. *Definiciones e interpretación*

A fin de asegurar un entendimiento uniforme de los conceptos en los diferentes Estados a los que concierne un protocolo, en muchos de ellos se incluyen definiciones y reglas de interpretación previamente convenidas.

3. *Procedimientos*
 - a) Prelación de los procedimientos;
 - b) Suspensión de los procedimientos;
 - c) Elección del derecho aplicable.
4. *Cooperación entre representantes de la insolvencia*
 - a) División del ejercicio de las facultades y asignación de responsabilidades entre los tribunales y las partes en el protocolo;
 - b) Financiación posterior a la apertura de un procedimiento: los bienes que pueden ser objeto de garantías reales y las prelación correspondientes;
 - c) Salvaguardia de bienes;
 - d) Utilización y enajenación de bienes;
 - e) Reconocimiento de los derechos de prelación;
 - f) Presentación y aprobación de créditos y la distribución de pagos entre los acreedores.
5. *Comunicación*
 - a) Contenido de las notificaciones y método para efectuarlas;
 - b) Tipo de información que se intercambia y medios para realizar el intercambio;
 - c) Confidencialidad;
 - d) Métodos y frecuencia de las comunicaciones y pacto “para evitar sorpresas”;
 - e) Necesidad de transparencia.
6. *Cortesía/deferencia e independencia judiciales*
 - a) Lugar y plazos para iniciar los procedimientos;
 - b) Determinación de las cuestiones objeto de los procedimientos judiciales;
 - c) Determinación de un calendario para los procedimientos y las comparecencias judiciales;
 - d) Derechos a comparecer y a exponer argumentos ante el tribunal.
7. *Disposición relativa a la modificación, revisión y extinción del protocolo*
8. *Controversias relativas al protocolo y modo previsto para dirimir las*
9. *Costas y gastos relacionados con los protocolos y los procedimientos*
10. *Eficacia del protocolo y requisitos previos a la eficacia*

IV. Posibles formas de cooperación en virtud del art. 27 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza

5. Además de la utilización de los protocolos transfronterizos, en las notas sobre la cooperación transfronteriza también se podrían tratar cuestiones más generales en materia de cooperación y comunicación, con arreglo a lo establecido en el artículo 27 de la Ley Modelo de la CNUDMI. Entre tales cuestiones cabría citar las siguientes:

a) El nombramiento de una persona para que actuara bajo las órdenes del tribunal [art. 27 a):

- i) Las circunstancias en las que ello podría ser adecuado;
- ii) La autoridad; ¿la mantiene el juez o es objeto de remisión? ¿La persona nombrada actúa bajo la dirección específica del tribunal o en virtud de su propia autoridad con la venia del tribunal?
- iii) Las salvaguardias en caso de nombrarse tal persona.

b) La comunicación de información según que el tribunal lo considere oportuno [art. 27 b):

- i) La utilización de un protocolo de comunicación inicial.

c) La coordinación de la administración y la supervisión de los bienes del deudor [art. 27 c):

d) La aprobación o la aplicación de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos [art. 27 d): la utilización de los protocolos se regularía tal como se sugirió precedentemente en la sección III;

e) La coordinación de los procedimientos que se estén siguiendo simultáneamente [art. 27 e):

- i) La coordinación en la suspensión de procedimientos;
- ii) La aprobación de planes de reorganización.

f) Otras formas de cooperación [art. 27 f)].

6. Entre las formas de cooperación que no han sido específicamente mencionadas en el artículo 27 se cabría citar las siguientes:

a) Las cuestiones relativas a la competencia y la asignación de controversias entre los tribunales que cooperan para su resolución;

b) La coordinación de la venta y enajenación de los bienes;

c) La coordinación de la presentación, determinación y prelación de créditos;

d) La celebración de audiencias conjuntas;

- e) La autorización de pagos que de otra manera podría ser objeto de impugnaciones;
- f) La constitución de un fondo de recursos.

V. Aspectos prácticos de la cooperación

7. Algunas de las cuestiones prácticas tal vez habría que examinar para facilitar la cooperación y la comunicación podrían ser las siguientes, algunas de las cuales suscitan cuestiones prácticas específicamente relacionadas con los protocolos.

- a) Estado de los procedimientos en diversos ordenamientos;
- b) Alcance de la cooperación – ¿la cooperación abarca cuestiones procesales o sustantivas?
- c) El o los idiomas que deben utilizarse:
 - i) Asegurar que las partes tengan la misma intención;
 - ii) Necesidad de presentar una traducción para obtener la aprobación judicial.
- d) Los métodos de comunicación;
- e) El inicio de la cooperación:
 - i) ¿Quién inicia la cooperación?
 - ii) ¿Quién negocia los protocolos?
 - iii) ¿En qué medida las partes, las personas nombradas y los acreedores deben participar en la cooperación?
- f) Cuestiones relativas a las garantías procesales;
- g) Las diferencias de derecho sustantivo entre los ordenamientos respecto de los protocolos:
 - i) El entusiasmo escéptico que suscitan los protocolos;
 - ii) El reconocimiento de las diversas prelación de los créditos en caso de insolvencia;
 - iii) Las cuestiones relativas a la cultura jurídica;
 - iv) El espíritu de la ley, por ejemplo centrado en política social o en otros objetivos;
 - v) Se puede permitir la aprobación tácita en vez de la aprobación formal o la falta de objeciones si la aprobación formal no está prevista por ambas partes.
- h) Negociar y “poner en un cajón” – en algunos casos, la negociación de un protocolo resolverá las cuestiones pertinentes y quizá no sea necesario remitirse al protocolo durante la sustanciación del procedimiento.

VI. Cuestiones relativas a los grupos de sociedades mercantiles

8. En el marco de los procedimientos de insolvencia relativos a grupos de sociedades mercantiles se han planteado muchos problemas de coordinación y cooperación. Si bien éstos serán problemas de interés para la labor que realizará el Grupo de Trabajo V de la CNUDMI (Régimen de la Insolvencia) al examinar el tema de la insolvencia de los grupos de sociedades mercantiles, también cabría abordarlos al elaborar las notas que se esbozan en el presente documento.

9. Entre algunas de las cuestiones generales caracterizadas como esenciales en el marco de los grupos de sociedades mercantiles figuran la función que cumplen los protocolos en la determinación de las cuestiones relativas a la autoridad entre los representantes de la insolvencia y los tribunales; la pertinencia del estado de solvencia de los miembros de un grupo de sociedades para llevar a cabo las actividades de cooperación; la necesidad de estimar si el valor del grupo de sociedades en su conjunto será mayor que la suma de sus partes para así determinar la manera en la que se coordinarán los procedimientos y se cooperará en ellos; y el principio general que establece que no podrán existir subvenciones cruzadas de los acreedores de diferentes miembros de un grupo de sociedades.
