



Asamblea General

Distr. general
6 de marzo de 2009

Original: español

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
36° período de sesiones
Nueva York, 18 a 22 de mayo de 2009

Proyecto de notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza

Recopilación de las observaciones recibidas de gobiernos

Índice

	<i>Página</i>
II. Recopilación de las observaciones.....	2
A. El Salvador.....	2
B. España.....	3
C. México.....	6



II. Recopilación de las observaciones

A. El Salvador

La República de El Salvador detalla a continuación las observaciones y sugerencias recibidas por parte de la Superintendencia del Sistema Financiera a este respecto:

“En el análisis realizado, la Superintendencia ha manifestado las siguientes observaciones:

1. Destaca que a pesar de que los conceptos y procedimientos que se encuentran en el texto, son de gran interés para las operaciones mercantiles internacionales, es mínimo el vínculo que existe en la aplicación legal entre la Superintendencia como órgano fiscalizador y las entidades que están sujetas a este control. Por cuanto, las leyes que rigen el actuar de tales entidades cuentan con mecanismos de control, y en algunos casos, de salida ordenada del mercado que involucran procedimientos especialísimos tendientes a minimizar el impacto hacia el público.
2. Por otra parte, es importante mencionar que actualmente en El Salvador se está coordinando la creación de un Anteproyecto de la Ley de Recuperación Empresarial, la cual tiene tres objetivos claros en su desarrollo:
 - 1º Terminar con empresas inviables devolviendo bienes inoperantes a la economía productiva;
 - 2º Recuperar las empresas con dificultades, salvando así muchos empleos;
 - 3º Fomentar la oferta de crédito.

Dicho estudio se encuentra en pleno vigor, ya que se están recopilando experiencias que abonen en la formulación de la Ley, con la finalidad de regular efectivamente la temática; por ello es conveniente que muchos de los principios rectores y conceptos fundamentales recopilados, constituyan referentes en lo que es aplicable en la redacción de la proyectada ley local.

3. Se considera que las Notas tienen como objeto brindar orientación a profesionales y jueces sobre los aspectos de la cooperación en casos de insolvencia transfronteriza (P.6).

4. La Superintendencia sugirió que los escenarios que se presentan en las diversas modalidades de insolvencia deben ser precisados con claridad.

5. A la vez, hizo énfasis en el segundo apartado del Glosario, relacionado a los términos, expresiones y sus definiciones (P.8.d), donde cree conviene tener presente que el concepto "crédito" difiere de su acepción en materia financiera, entendiéndose como la operación activa de financiamiento, siendo más bien alusiva del derecho de cobro que corresponde al acreedor, por lo que es necesario acentuar la claridad de esa discrepancia semántica.

6. Hizo referencia a los procedimientos de insolvencia, en los cuales pretenden cobrar validez de las aludidas Notas, es viable enfatizar que en nuestro derecho positivo mercantil vigente, los únicos trámites que le conforman son el Juicio Universal de Quiebra y el de Suspensión de Pagos, los cuales, por diferentes factores, se encuentran en desuso.

7. Se estima que la aseveración con la que inicia la referencia de antecedentes al marco legislativo para la insolvencia transfronteriza (P.10), es sostenible, en el sentido que la tendencia de aumento del número de casos de insolvencia transfronteriza no se ha reflejado en el número de regímenes jurídicos adoptados al efecto.

8. Es necesario que exista total claridad respecto de la relación jurídica entre los Acuerdos Transfronterizos, la Ley Modelo y la legislación doméstica de cada parte.

9. Menciona que es oportuno destacar en lo relativo a la elaboración de Acuerdos Transfronterizos sobre insolvencia, en lo referente al idioma que se usará en la redacción de los mismos, se ha establecido en tal documento que ello podrá redactarse en idioma inglés y francés, es decir el idioma de los países participantes, pero que las comunicaciones sólo se entablarán en uno de los dos idiomas, tema que nos parece que atenta contra el principio de igualdad y que eventualmente podría perjudicar a una de las partes, es decir a la que no tiene posibilidad de girar las comunicaciones en su propio idioma (P.41).

10. También es pertinente destacar que en el Proyecto de Notas se hace alusión en su redacción a varias presunciones (P.54), lo cual no es procedente, por cuanto los efectos jurídicos de las presunciones pueden vulnerar derechos y garantías procesales resguardados en las legislaciones primarias de las partes; en consecuencia, convendría modificar su redacción y volverla más explícita, es decir establecer con claridad y seguridad los efectos derivados de una determinada actuación y no presumirlos.

11. En las notas se encuentra una contradicción entre las pautas de comunicación establecidas para las partes relacionadas con la insolvencia, sobre las cuales no se fija un mayor control o restricciones, (P.81), frente a la confidencialidad reconocida expresamente e inherente a la información que al deudor concierne, tales como los secretos comerciales que resulten de la labor de investigación y desarrollo de una empresa o datos concernientes a su clientela (P. 86); para el caso, quizá sería conveniente revisar la redacción propuesta en lo referido al derecho a comparecer y ser oído (p.56). Convendría de igual manera definir con meridiana precisión a qué se refiere el concepto “todo otro interesado” y qué autoridad o instancia es la que califica ese legítimo interés, a fin de abonar en la armonización acotada”.

B. España

Proyecto de sugerencias y observaciones que remite el gobierno de España al documento A/CN.9/WG.V/WP.83 (WP.83), de UNCITRAL/CNUDMI

1. Introducción

12. El A/CN.9/WG.V/WP.83 (WP.83) es un documento muy importante en cuanto que presenta la situación actual de los acuerdos transfronterizos en materia de insolvencia con efectos supranacionales.

13. Ese documento sin duda, será objeto de estudio y constituirá, como tantos otros documentos de UNCITRAL, un texto seminal, pues atesora un conjunto de interesantes perfiles: junto al ejercicio de poner por delante el panorama de los acuerdos transfronterizos que han venido utilizándose en la práctica, ordena su

contenido, el momento idóneo para su concertación, compara sus contenidos, ejercicio al que acompaña de unas “cláusulas modelo”, y acaba con la síntesis, en anexo, de los treinta y dos casos que sirvieron para el documento.

14. Aquí sólo se pretende remitir una serie de sugerencias y observaciones de índole formal (de las que se separan las idiomáticas, propias de la versión en nuestro idioma) y otras de fondo. Antes, sin embargo, se ha de volver a felicitar a la Secretaría por la labor realizada.

2. Sugerencias y observaciones

2.a) Formales

15. La vinculación del WP.83. desde la nota de la Secretaría que lo presenta, con el artículo 27.c) de la Ley Modelo (número marginal 1) quizá habría de centrarse más en el 27.d), pues si es verdad que con la coordinación de la administración de los bienes del deudor que los protocolos logran, alcanza importantes porcentajes de mejora en el rendimiento económico de los procedimientos de insolvencia [lo cual, ciertamente, conduce al 27.c)], también resulta patente la naturaleza judicial de esos acuerdos transfronterizos [aconsejando el encuadre en el 27.d), como acertadamente señala la carta del Secretario General con la que solicita las observaciones].

16. En el párr.14 se hace elenco de los Estados que han adoptado la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza de UNCITRAL. España no figura ahí, ni en la web de UNCITRAL a la que remite la nota al pie (número 6). Sin embargo, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en su exposición de motivos declara: “la nueva regulación se inspira también en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza, recomendada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 52/158, de 15 de diciembre de 1997”. Y en su normativa, sin entrar en el detalle de todos los preceptos relativos a lo supranacional, el artículo 227 ordena las obligaciones de cooperación, en línea con los ordinales 25, 26 y 27 de la Ley Modelo; en el artículo 226 acerca de las medidas cautelares, se advierte la semejanza con el número 3 del artículo 15 y 20 de la Ley Modelo (entre otras instancias); el 229 y 230, sobre la regla del pago, y el 32 de la Ley Modelo guardan cierto paralelismo. En definitiva, convendría que se incluyese la referencia a España como uno de los ordenamientos que ha adaptado la Ley Modelo de UNCITRAL.

17. La secuencia en los números marginales: que no empiece de nuevo en cada sección con número romano, para impedir que se entienda el documento de modo parcial, también porque no hay parte en él que carezca de interés ni sirva para las demás.

18. Las referencias a los casos que sustentan las letras d) y j) del III.A, probablemente puedan ir mejor en nota al pie (y destacando su particular singularidad o rareza). De seguir en el texto impondrían que las demás letras fuesen acompañadas con los casos correspondientes.

19. El contenido de la letra i) del marginal 8, en el III.A, probablemente está fuera de lugar, en tanto que, sin dejar de ser verdad cuanto afirma, quizá no corresponde al elenco de efectos directos de los acuerdos transfronterizos. Dicho de otro modo, no es una finalidad de un acuerdo (o de varios) sino la consecuencia que resulta al

reflexionar sobre ellos: en efecto, los acuerdos transfronterizos dan una pauta para componer un marco de principios generales en la materia, más eso no es el resultado de un acuerdo, ni de varios, sino de la reflexión ponderada acerca de ellos. Quizá ello dé pie a agrupar en una sección propia las cláusulas modelo que contiene el documento.

20. El título del Anexo quizá haya de simplificarse porque los casos que en él constan se emplean en otros lugares del WP.83 y no sólo en el III.B.

2. b) Idiomáticas

21. Quizá contribuya a la generalidad del texto, en la versión en nuestro idioma, que la finalidad y los objetivos de las Notas, vayan en el título del documento sin artículo determinado, con lo que la rúbrica del WP.83 sería “Notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación transfronterizas en procedimientos de insolvencia”. En igual punto del título, probablemente convenga revisarlo para que lo transfronterizo califique a los procedimientos de insolvencia, más que a la cooperación, comunicación y coordinación, de modo que el título sea: “Notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza”. De ese modo se alinearé, de entrada, con lo indicado en el par. I; “Las presentes Notas tienen por objeto dar orientación a los profesionales de la insolvencia y a los jueces sobre los aspectos prácticos de la cooperación y la comunicación en casos de INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA” (énfasis añadido).

22. En el marginal 15 (del III.A), la frase, siguiente a la referencia de la nota al pie 18, presenta un problema de coherencia; dice “El acuerdo determinará, tanto en lo sustantivo como el procesal”, y debería decir: “El acuerdo determinará, tanto en lo sustantivo como en lo procesal” si bien es posible que el pasaje pueda recibir una versión diferente.

23. Quizá sea preferible que la referencia en nuestro idioma a las directrices Court-to-Court Guidelines, sea de ese modo, como figura, entre otros, en el marginal 51 del III.B, y no como Directrices europeas (en el glosario de la Introducción, entre otros lugares). En cualquier caso, con una referencia unitaria.

24. Otro tanto cabe decir del modo de citar el Concordato. En el III.B, marginal 76, se dice “los principios del Cross-Border Insolvency Concordat (en adelante el Concordat)”, cuando antes se emplean otras denominaciones para (se supone que) igual documento: véase, por ejemplo, nota al pie 41 (en página 44), nota al pie 35 (página 42), marginal 51 (del III.B), nota al pie 21 (página 31), entre otras instancias.

25. El primer párrafo del marginal 77 no se entiende demasiado bien y se solicita la revisión de la traducción. Es posible que si el término en inglés local, fuese traducido por nacional mejorase la versión en nuestro idioma, pero quizá requiera algún otro retoque.

26. Parece haber una errata en el modo verbal del modelo de cláusula 10, primera frase: ha de ser el futuro, como en la segunda, no el condicional.

27. En el número marginal 120, la última frase, segundo pasaje, parece adolecer de la ausencia de un sujeto que podría ser “trato”, de modo que donde dice: “o pactarse que el otorgable a ciertos créditos será negociado ulteriormente en un protocolo que determine los plazos”, dijese: “o pactarse que el trato otorgable a ciertos créditos será negociado ulteriormente en un protocolo que determine los plazos”.

2. c) Sustantivas

28. Ha de acentuarse el carácter pragmático de todo el documento: es fruto de una multiplicidad de casos (que se abren en 1992, Maxwell) y de un conjunto de acuerdos generales (concordatos protocolos, etc.) y de otros *ad hoc*; de unos universales y de otros acerca de temas muy específicos). La idea está ausente en el inicio del WP.83 y se apunta, sin embargo, en el número marginal 5 de la nota de la secretaría que precede al WP.83. Sería importante que ese párr. 5 se ampliase ligeramente (para llamar la atención acerca del método en la elaboración de las Notas) y que se integrase (quizá con los números marginales precedentes acerca de la historia y la razón de ser del WP.83) en el comienzo del WP.83. Para ello puede servir pasar a ese lugar el número marginal 3, de letra A, del número romano III.

29. En la primera frase del marginal 122 parece afirmarse algo muy importante, cuyo alcance es sustancialmente reducido por el ejemplo. La primera frase podría permitir que se entendiese, por ejemplo, que un crédito subordinado puede alcanzar prelación y subir de categoría. Más el ejemplo aclara que se trata de que el acuerdo altere, dentro de la categoría de créditos subordinados, sin salir de ella, el lugar de un crédito. Esto parece posible (con la justificación aducida en ese pasaje del WP.83: el Derecho de otro país en el que se lleva un procedimiento de insolvencia relacionado), pero no más. De ahí que convenga corregir la primera frase. Quizá bastaría con sustituir la copulativa “o” y la preposición “de”, por la preposición “en” y el artículo “la”. Así diría “Los acuerdos pueden también dilucidar ciertas cuestiones de la prelación en la subordinación” [en la versión inglesa sería la sustitución de la copulativa “and” por la preposición “in”, (probablemente, seguida del artículo determinado, de modo que dijese: “Agreements may also address issues of priority in the subordination.”)]. Muy seguramente, no convenga hablar de acuerdos que afecten la prioridad en otras categorías de créditos, si no hay ejemplos que sirvan para sustentarlos.

30. La letra a) del número marginal 178 quizá dice más de lo que se pretende señalar, pues todo apunta al necesario consentimiento de todo nuevo tribunal, más aún si está situado en un país que es nuevo con respecto a los nacionales en el acuerdo preexistente.

C. México

31. Para efectos del procedimiento de cooperación y coordinación en casos de insolvencia transfronteriza en México, la celebración de acuerdos transfronterizos en el manejo de procedimientos concursales se fundamenta principalmente en dos elementos.

32. Por su parte, el texto del Título XII de la ley de Concursos Mercantiles que adopta la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza de la CNUDMI, contiene como normas fundamentales los artículos 304 y 305, en los cuales se destaca:

Capítulo IV

De la cooperación con tribunales y representantes extranjeros

Artículo 304.- Colaboración de los Tribunales extranjeros. En los asuntos indicados en el artículo 278 de esta Ley, el juez, el visitador, el conciliador o el síndico, deberán cooperar, en el ejercicio de sus funciones y en la medida en que sea posible, con los tribunales y representantes extranjeros. El juez, el visitador, el conciliador o el síndico, estarán facultados, en el ejercicio de sus funciones, para ponerse en comunicación directa sin que sean necesarias cartas rogatorias u otras formalidades con los tribunales o los representantes extranjeros.

Artículo 305.- Medios de colaboración internacional. La cooperación de la que se trata en el artículo 304 podrá ser puesta en práctica por cualquier medio apropiado, y en particular mediante:

- i) El nombramiento de una persona o de un órgano para que actúe bajo la dirección del juez, del conciliador, del visitador o del síndico;
- ii) La comunicación de información por cualquier medio que el juez, el visitador, el conciliador o el síndico, consideren oportuno;
- iii) La coordinación de la administración y la supervisión de los bienes y negocios del Comerciante;
- iv) La aprobación o la aplicación por los tribunales de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos, y
- v) La coordinación de los procedimientos que se estén siguiendo simultáneamente respecto de un mismo Comerciante.

33. El principio genérico de Derecho Procesal Mercantil Mexicano contemplado en el artículo 1051 del Código de Comercio, en el sentido de que el procedimiento preferente para las partes será el que éstas acuerden:

Artículo 1051 - El procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes con las limitaciones que se señalan en este libro, pudiendo ser, un procedimiento convencional ante Tribunales o un procedimiento arbitral.

La ilegalidad del pacto o su inobservancia cuando esté ajustado a la ley, pueden ser reclamadas en forma incidental y sin suspensión del procedimiento, en cualquier tiempo anterior a que se dicte laudo o sentencia.

El procedimiento convencional ante tribunales se regirá por lo dispuesto en los artículos (sic) 1059 y 1053, y el procedimiento arbitral por las disposiciones del título cuarto de este libro.

34. Por otra parte, los acreedores que litigan y son parte en un juicio concursal deben concurrir y aceptar las disposiciones que suponen los acuerdos transfronterizos, lo cual, se considera de difícil consecución en un procedimiento en donde existe un gran número de acreedores.