



Asamblea General

Distr. general
25 de mayo de 2009*
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

42° período de sesiones

Viena, 29 de junio a 17 de julio de 2009

Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor realizada en su 36° período de sesiones (Nueva York, 18 a 22 de mayo de 2009)

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-4	2
II. Organización del período de sesiones	5-10	3
III. Deliberaciones y decisiones	11	4
IV. Cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza	12-15	4
V. Tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia	16-124	5
A. Cuestiones de ámbito internacional	16-55	5
B. Cuestiones internas	56-124	13
VI. Repercusión de la insolvencia en una garantía real sobre propiedad intelectual	125-127	26

* Este documento se presentó a traducción con menos de 10 semanas de antelación a la fecha de apertura del período de sesiones de la Comisión debido al tiempo que se necesitó para preparar el informe final tras la clausura del período de sesiones del Grupo de Trabajo, el 22 de mayo de 2009.



I. Introducción

1. En su 39º período de sesiones, celebrado en 2006, la Comisión convino en que el tema del tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia estaba ya lo suficientemente desarrollado como para remitirlo al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) a fin de que éste lo examinara, y acordó que se diera a dicho Grupo de Trabajo la flexibilidad necesaria para que pudiera presentarle recomendaciones apropiadas sobre el alcance de su futura labor y la forma que debería revestir, en función del contenido de las soluciones que propusiera frente a los problemas que pudiera determinar en relación con el tema.

2. En su 31º período de sesiones, celebrado en Viena del 11 al 15 de diciembre de 2006, el Grupo de Trabajo se manifestó de acuerdo en que la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza ofrecían una sólida base para la unificación de los regímenes de la insolvencia, y en que la labor que se venía realizando tenía por objeto complementar esos textos, no sustituirlos (véase A/CN.9/618, párr. 69). Un posible método de trabajo podría consistir en el examen de las disposiciones enunciadas en los textos existentes que pudieran ser de interés en el contexto de los grupos de empresas y en la determinación de las cuestiones que requerirían un debate más a fondo, así como la preparación de recomendaciones suplementarias. Otras cuestiones, aunque fueran de interés para los grupos de empresas, podrían tratarse del mismo modo que en la Guía Legislativa y en la Ley Modelo. Se sugirió asimismo que el resultado eventual de esta labor revistiera la forma de recomendaciones legislativas respaldadas por un análisis de las consideraciones normativas del caso (A/CN.9/618, párr. 70).

3. En su 32º período de sesiones, celebrado en mayo de 2007, el Grupo de Trabajo continuó su examen del tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia basándose en notas de la Secretaría relativas al régimen aplicable a los grupos de empresas tanto en el ámbito nacional como en el internacional (A/CN.9/WG.V/WP.76 y Add.1). Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no examinó el tratamiento que se da en el ámbito internacional a los grupos de empresas, que se expone en el documento A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2.

4. En su 33º período de sesiones, celebrado en noviembre de 2007, en su 34º período de sesiones, celebrado en marzo de 2008, y en su 35º período de sesiones, celebrado en noviembre de 2008, el Grupo de Trabajo prosiguió su análisis del régimen aplicable a los grupos de empresas (hasta entonces denominados “grupos de empresas”) en situaciones de insolvencia, basándose para ello en las notas de la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.78 y Add.1, A/CN.9/WG.V/WP.80 y Add.1 y A/CN.9/WG.V/WP.82 y Add.1 a 4).

II. Organización del período de sesiones

5. El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), que estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 36º período de sesiones en Nueva York del 18 al 22 de mayo de 2009. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Australia, Belarús, Benin, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Colombia, España, Ecuador, Egipto, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, Grecia, Guatemala, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Letonia, Malasia, Marruecos, México, Nigeria, Noruega, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Senegal, Sudáfrica, Suiza, Tailandia, Uganda y Venezuela (República Bolivariana de).

6. Asistieron también al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Afganistán, Angola, Bangladesh, Bélgica, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, Filipinas, Ghana, Indonesia, Iraq, Irlanda, Lituania, Mauritania, Qatar, República de Moldova y Turquía.

7. Asistieron asimismo al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

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

b) *Organizaciones intergubernamentales invitada*: Comisión Europea y Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO);

c) *Organizaciones internacionales no gubernamentales invitadas*: American Bar Association, American Bar Foundation, Asociación Internacional de Abogados, Confederación Internacional de Mujeres Especializadas en Insolvencia y Reestructuración (IWIRC), INSOL International, International Credit Insurance and Surety Association, Grupo de Trabajo Internacional sobre el Régimen Europeo de la Insolvencia (IWGEIL), International Insolvency Institute, Inter-Pacific Bar Association y Unión Internacional de Abogados (UIA).

8. El Grupo de Trabajo eligió la siguiente Mesa:

Presidente: Sr. Wisit Wisitsora-At (Tailandia)

Relator: Sra. Haini Hassani (Malasia)

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

a) Programa provisional anotado (A/CN.9/WG.V/WP.84);

b) Una nota de la Secretaría sobre el tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.85 y Add.1);

c) Una nota de la Secretaría sobre la cooperación, la comunicación y la coordinación transfronterizas en procedimientos de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.86 y Add.1 a 3);

d) Una nota de la Secretaría sobre el examen del trato que se da a la propiedad intelectual en la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.87);

e) Una propuesta de los Estados Unidos de América sobre financiación posterior a la solicitud de apertura de un procedimiento (A/CN.9/WG.V/WP.88); y

f) Una adición a una nota de la Secretaría, sobre el proyecto de anexo a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas referente a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual y, en particular, sobre las repercusiones de la insolvencia de un licenciante o de un licenciatario de propiedad intelectual sobre una garantía constituida sobre los derechos de la parte insolvente, nacidos de un acuerdo de licencia (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4).

10. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Examen de la cooperación, la comunicación y la coordinación transfronterizas en los procedimientos de insolvencia, el tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia y los efectos de la insolvencia en una garantía real constituida sobre propiedad intelectual.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

11. El Grupo de Trabajo inició su examen de la cooperación, la comunicación y la coordinación en los procedimientos de insolvencia basándose en el documento A/CN.9/WG.V/WP.86 y Add.1 a 3, y prosiguió su examen del trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia basándose en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.85 y Add.1, A/CN.9/WG.V/WP.88 y en otros documentos a los que se hace remisión en aquéllos. El Grupo de Trabajo examinó asimismo los efectos de la insolvencia en una garantía real sobre propiedad intelectual basándose en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.87 y A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4 y en un extracto del informe del Grupo de Trabajo VI sobre la labor de su 15º período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/XV/CRP.1/Add.5). A continuación se recogen las deliberaciones que sobre estos temas mantuvo el Grupo de Trabajo y las decisiones que adoptó al respecto.

IV. Cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza

12. El Grupo de Trabajo inició sus debates sobre la cooperación, la comunicación y la coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza basándose en el documento A/CN.9/WG.V/WP.86, que contiene un proyecto de notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza (en adelante “las Notas”).

13. El Grupo de Trabajo expresó su reconocimiento por las Notas y puso de relieve la utilidad que tenían para los profesionales de la insolvencia y para los

jueces, así como para los acreedores y otras partes interesadas, particularmente en el contexto de la crisis financiera actual. A este respecto, se consideró que las Notas eran muy oportunas al ser aplicables a un gran número de casos de gran envergadura y complejidad y también por ser el primer documento que ha preparado una organización internacional sobre el tema de los acuerdos transfronterizos. El Grupo de Trabajo agradeció también que se hubieran incorporado al documento las sugerencias formuladas respecto del anterior proyecto de las Notas (A/CN.9/WG.V/WP.83), que fue distribuido entre los países para que formularan observaciones.

14. El Grupo de Trabajo recordó la decisión que había adoptado en su último período de sesiones (véase A/CN.9/666, párr. 21) de aplazar hasta una etapa ulterior la determinación del título definitivo de las Notas. Respecto de ese título se sugirió que se sustituyera el término “Notas” por el de “principios rectores” o “recomendaciones” en materia de protocolos y de cooperación, comunicación y coordinación. Algunas delegaciones respaldaron esas propuestas, si bien se recordó que, en el anterior período de sesiones, se sugirió que, dado que el documento era puramente descriptivo, no ofrecía directrices y, por lo tanto, no debería tenerse por una guía. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que el título de las Notas fuera: “Guía de prácticas de cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza”, por considerar que cualificándolo con el término “prácticas” se paliarían las reservas anteriormente expresadas respecto del término “guía”. El Grupo de Trabajo señaló que habría que modificar en consecuencia toda mención que se hiciera del título en el proyecto de documento.

V. Tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia

A. Cuestiones de ámbito internacional

16. El Grupo de Trabajo reanudó sus deliberaciones sobre la cuestión del tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia basándose en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.85 y Add.1, empezando por las cuestiones de carácter internacional enunciadas en el documento A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1.

1. El centro de coordinación de un grupo de empresas

Proyectos de recomendación 1 y 2

17. El Grupo de Trabajo recordó los debates que mantuvo en su anterior período de sesiones (véase A/CN.9/666, párr. 31) y los fines por los que podía resultar conveniente designar a una de las empresas del grupo para que actúe como centro de coordinación del grupo a fin de dar así cumplimiento a los objetivos enunciados en el párrafo 5 del documento A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1. Se recordó, en particular, que el centro de coordinación debería ser considerado como la primera empresa entre sus iguales, por lo que no debería ser dotada de facultades por razón de actuar como centro de coordinación.

18. Si bien en general las delegaciones apoyaron el cumplimiento de los objetivos establecidos en el párrafo 5, se opinó que la determinación del centro de

coordinación de un grupo de empresas entrañaba una serie de dificultades dimanantes de la previa necesidad de determinar el centro de los principales intereses de cada deudor en particular. Entre esas dificultades cabe destacar la de saber si la determinación de un centro de coordinación situado en un Estado sería vinculante o, al menos, reconocida en otros Estados, y la de convenir en cuál sería el Estado que debería encargarse de hacer tal determinación. Según una opción propuesta, esta función correspondería al foro del Estado en donde se hubiera abierto el procedimiento inicial contra una empresa del grupo. Mientras que según otra correspondería al foro del Estado con el que se tratara de coordinar el procedimiento. En apoyo de esta última opción, se observó que si ubicar el centro de coordinación en el primer Estado no estaba legitimado, sería improbable que el segundo Estado estuviera dispuesto a cooperar.

19. Otras dificultades señaladas fueron: la de tener que velar por que ese centro cumpla funciones de índole procesal y no sustantiva; la necesidad de dotarlo de suficiente margen de flexibilidad para poder tener en cuenta las peculiaridades de cada caso; la necesidad de actuar con prontitud al designar un centro de coordinación, lo que aconsejaba evitar el recurso a criterios complejos; la necesidad de evitar que las partes traten de buscar abusivamente el foro más conveniente; la de definir la función que proceda encomendar a la entidad coordinadora; la de evitar nombrar un centro de coordinación salvo cuando ello resulte útil o necesario para lograr una reorganización global de un grupo; y la necesidad de distinguir entre el cometido que corresponde a cada tribunal en materia de coordinación y cooperación y que corresponde a la empresa coordinadora. Con respecto a este último punto, se observó que, en su anterior período de sesiones, el Grupo de Trabajo no procedió a examinar si esa coordinación sería iniciada y dirigida por el tribunal encargado de sustanciar el procedimiento respecto de la empresa coordinadora o por el representante de la insolvencia interesado (véase A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1, párr. 6).

20. Una gran mayoría de delegaciones estuvo de acuerdo en que la decisión por la que un tribunal determinara cuál era el centro de coordinación de un grupo de empresas no debería ser vinculante para otros Estados. Los tribunales de otros Estados podrían aceptar tal decisión, pero su desacuerdo al respecto no debería impedir que hubiera coordinación y cooperación entre los distintos tribunales.

21. Se observó que muchos casos de insolvencia transfronteriza de grupos de empresas se dirigían desde la cúpula del grupo, particularmente en materia de coordinación y cooperación. Además, se estimó que, de ser este el caso, de poco serviría tratar de designar formalmente la empresa cúpula del grupo para que actuara como centro de coordinación, pues ésta no obtendría facultades más amplias ni mayor reconocimiento de su cometido del que ya gozaría *de facto* como miembro más importante del grupo. Se respondió que el principal motivo para tratar de designar un centro de coordinación era el de resolver conflictos eventuales entre foros concurrentes. Sin embargo, se señaló que, de no ser vinculante la decisión por la que se designara el centro de coordinación, poco aportaría una recomendación sobre la designación de un centro de coordinación a las otras disposiciones sobre cooperación y coordinación judicial. Se señaló asimismo que en algunos casos podría resultar conveniente que existieran varios centros de coordinación para los diferentes subgrupos o unidades empresariales de un grupo.

22. Si bien algunas delegaciones se declararon partidarias de mantener en el texto una recomendación relativa al centro de coordinación, el Grupo de Trabajo no logró definir una función clara para dicho centro, que complementara lo ya aconsejado por las recomendaciones más generales sobre coordinación y cooperación entre los tribunales y los representantes de la insolvencia. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo convino en examinar los otros proyectos de recomendación antes de decidir acerca de la necesidad de una recomendación sobre el centro de coordinación.

23. Tras nuevas deliberaciones, el Grupo de Trabajo convino en suprimir los proyectos de recomendación 1 y 2 debido a que la determinación de una entidad coordinadora de un grupo de empresas no entrañaría ninguna ventaja jurídica a causa del carácter no vinculante de tal determinación. Dado que, sin embargo, el Grupo de Trabajo reconocía la conveniencia de que una entidad asumiera una función rectora en la cooperación, se convino en que se destacara en el comentario la importancia de que una de las entidades del grupo actuara con funciones de coordinación.

2. Modo de facilitar la cooperación y la comunicación

Proyecto de recomendación 3

24. El Grupo de Trabajo observó que el proyecto de recomendación 3 se basaba en el artículo 25 de la Ley Modelo y lo hacía debidamente extensivo al supuesto de un grupo de empresas. Una delegación sugirió respecto del proyecto de recomendación que las referencias a la cooperación se complementaran con una referencia a la coordinación que podría encomendarse a una entidad coordinadora. Se replicó que si se imponía a los tribunales y a los representantes de la insolvencia una obligación general de cooperar, valiéndose de diversos medios o instrumentos, como podía ser el caso de las notas, no resultaba necesario designar una entidad coordinadora. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 3.

Proyecto de recomendación 4

25. Se señaló que el mérito del proyecto de recomendación 4 radicaba en el hecho de que autorizaba y alentaba a los representantes de la insolvencia a adoptar las medidas que fueran necesarias para asegurar la coordinación entre todos los procedimientos entablados contra empresas de un mismo grupo, evitando así que se diera una interpretación restrictiva de sus funciones al respecto. Se observó también que la recomendación de que se facilitara la coordinación era de por sí suficiente y hacía innecesaria toda referencia a un centro de coordinación. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 4.

Proyecto de recomendación 5

26. Se sugirió sustituir en la primera línea del proyecto de recomendación 5, las palabras “al tribunal” por “a un tribunal”. Frente a esta sugerencia se puntualizó que, dado que la finalidad de las recomendaciones era que fueran reflejadas en el derecho interno, esas palabras se referían al tribunal interno competente, por lo que no procedía que el texto dijera “un tribunal”. Por razones similares, se señaló que, en los proyectos de recomendación, las palabras “en ese Estado” eran superfluas.

El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 5 y convino en que la Secretaría se ocupara de todo cambio de redacción que proceda.

Proyecto de recomendación 6

27. Se puso de relieve que el proyecto de recomendación 6 era útil al hacer extensivo el artículo 26 de la Ley Modelo a los grupos de empresas y al autorizar debidamente a los representantes de la insolvencia, que suelen ser los que entablan la comunicación, a ponerse en contacto con los tribunales o representantes extranjeros. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 6.

Proyecto de recomendación 7

28. Una amplia mayoría de delegaciones se declaró partidaria de que se eliminaran los corchetes, dejándose como estaba el texto del proyecto de recomendación a fin de que resulte aplicable de forma amplia y flexible, en particular a situaciones en que el tribunal tal vez no desempeñe una función muy activa en la comunicación transfronteriza. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 7, pero suprimiendo, en la versión inglesa, el término *two-way*, antes de la palabra *communication* (es decir, la noción de “bilateral”), a fin de reflejar mejor la naturaleza de las comunicaciones que se mantienen entre múltiples partes.

Proyecto de recomendación 8

Corchetes

29. Algunas delegaciones se declararon partidarias de mantener el texto actual de la recomendación, pero suprimiendo los textos entre corchetes, a fin de alinearla con la recomendación 7.

Encabezamiento

30. Se planteó la cuestión de si, en el encabezamiento de la recomendación 8, debería insertarse la fórmula que figura en la recomendación 7 “en la medida en que lo permita la ley aplicable”, o de si bastaría con las remisiones que se hacían en ese sentido en los apartados b) y e). Se pidió a la Secretaría que estudiara la procedencia de hacer remisión, en el texto de esta recomendación, a la ley (o derecho interno) aplicable.

Apartado a)

31. El Grupo de Trabajo convino en sustituir las palabras “deberán ser objeto de un acuerdo entre” por las palabras “deberán ser determinados por”.

Apartado b)

32. Se sugirió sustituir la palabra “deberá” por “podrá”, de modo que la notificación sea optativa y no obligatoria. Se sugirió asimismo que la disposición relativa a la notificación fuera determinada por el tribunal. Ninguna de esas dos propuestas obtuvo apoyo.

Apartados d) a e): Confidencialidad

33. Se formularon reservas por estimarse que los apartados d) y e), al tratar la confidencialidad como cuestión supletoria, no cumplían el principio de la transparencia, que debería regir todo procedimiento de insolvencia. Además, se observó que, en su forma actual, los apartados c), d) y e) no eran coherentes entre sí. Para paliar esos problemas se formularon diversas sugerencias, por ejemplo: i) que el apartado e) se limite a tratar asuntos administrativos de modo que los derechos sustantivos no se vean afectados; ii) que se reformule el encabezamiento de la recomendación en términos que permitan que los tribunales y los diversos participantes adopten decisiones acerca de las cuestiones enunciadas en los apartados a) a e); iii) que las partes interesadas puedan objetar toda decisión que las obligue a tratar cierta información como confidencial; iv) que, en el apartado e), se sustituya “deberán” por “podrán”, a fin de dejar claro el carácter excepcional de ese apartado; v) que, dado que esas cuestiones no fueran abordadas en la Ley Modelo, tampoco deberían ser tratadas en los proyectos de recomendación. Frente a esta última sugerencia, se dijo que el proyecto de recomendación 8 se refería expresamente a los grupos de empresas supranacionales y que el Grupo de Trabajo no debía sentirse limitado sólo por el hecho de que no hubiera abordado esas cuestiones anteriormente; vi) que se suprima el apartado e), dado que una disposición que permita declarar confidenciales algunas de las comunicaciones se prestaba a abusos. En el Grupo de Trabajo hubo delegaciones que se opusieron a esa sugerencia por estimar que podrían darse situaciones que justificaran la confidencialidad, con lo cual el apartado e) daba a la recomendación un equilibrio adecuado.

34. Tras deliberar, las delegaciones convinieron en general en que el proyecto de recomendación 8 debería limitarse a disponer que la confidencialidad sería una excepción. Por ello, el Grupo de Trabajo convino en que, después de las palabras “deberán tratarse”, se insertaran las palabras “, sólo en casos excepcionales,”.

Protección de los derechos de las partes afectadas

35. Otra cuestión planteada fue la de que se asegurara que la información que se tuviera por confidencial no fuera comunicada si ello iba en detrimento de los derechos de alguna parte. Se señaló que esta cuestión era dissociable del carácter confidencial de la comunicación, de que trataba el apartado e), en el cual no se abordaba el contenido de la información comunicada. A fin de proteger la información confidencial, se propuso que se agregara al proyecto de recomendación un nuevo párrafo f) del siguiente tenor:

“En toda comunicación deberían respetarse las reglas de rango imperativo de los países entre los que se realice la comunicación, así como los derechos sustantivos de las partes afectadas, en particular la índole confidencial que la ley aplicable reconozca a la información.”

36. Frente a esta propuesta se argumentó, por una parte, que la protección de los derechos sustantivos no entraba en el ámbito del régimen de la insolvencia, sino que se regulaba en otras ramas del derecho, como el derecho de los contratos o el derecho constitucional. Pero, por otra parte, se consideró que la inserción de un nuevo apartado sobre la protección de los derechos de las partes afectadas era necesaria, habida cuenta de que la autorización de comunicaciones directas en un

contexto transfronterizo constituía una novedad para muchos ordenamientos jurídicos. El término “sustantivo” suscitó reparos por estimarse que tal vez no sería suficiente, ya que los derechos de las partes podrían ser también de carácter procesal. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que se agregara al proyecto de recomendación 8 un nuevo apartado f) del tenor propuesto, en el que se hiciera también referencia a los derechos de carácter procesal.

37. Se observó que la recomendación 111 de la Guía Legislativa trataba sobre el carácter confidencial de la información y se estimó que cabría remitirse a esa recomendación en el comentario que acompañe a los proyectos de recomendación. Se recordó que, en el párrafo 182 de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno, se explicaba que la puesta en práctica de la cooperación estaba sujeta a toda regla imperativa aplicable en el Estado promulgante, por lo que, en un eventual comentario, cabría remitirse también a ese párrafo.

Proyecto de recomendación 9

38. El principio enunciado en el proyecto de recomendación 9 obtuvo apoyo general. En cuanto a la redacción, se formularon varias propuestas para que quedara más clara la finalidad de la recomendación. Por ejemplo, se propuso que se revisara el encabezamiento de la recomendación de modo que dijera que “el régimen de la insolvencia debería especificar que, en aras de una mayor seguridad jurídica, debería interpretarse que toda comunicación realizada conforme a las presentes recomendaciones constituirá”, o bien “reflejará”, modificándose en consecuencia la apertura de cada uno de los párrafos. Otra delegación propuso que se revisara el proyecto de recomendación 9 sustituyéndolo por el texto siguiente:

“El régimen de la insolvencia debería especificar que el intercambio de comunicaciones con arreglo a las presentes recomendaciones no dará lugar a:

- a) Transacción o renuncia alguna, por parte del tribunal, de alguna facultad o responsabilidad suya ni de su autoridad;
- b) La resolución, en cuanto al fondo, de alguna cuestión controvertida de la que conozca el tribunal del lugar o el tribunal extranjero;
- c) Renuncia, por alguna de las partes, de alguna de sus recomendaciones o derechos sustantivos;
- d) Ni a merma alguna de la validez de una orden dictada por el tribunal del lugar o por el tribunal extranjero.”

39. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de esta propuesta, a reserva de las revisiones que deban efectuarse para alinear el texto del proyecto de recomendación con el de otros proyectos de recomendación.

Proyecto de recomendación 10

40. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con la propuesta de que sería conveniente incluir en el texto una recomendación del tenor del proyecto de recomendación 10. No obstante, se formularon reservas acerca de la utilización de la palabra “conjunta” para describir el tipo de audiencia prevista. Se sostuvo que el texto debía dejar claro que no habría una fusión de audiencias y que cada tribunal celebraría su propia audiencia de conformidad con los requisitos de la ley del foro,

pero que, no obstante, los tribunales podrían deliberar conjuntamente o colaborar entre sí. Se propuso que en el proyecto de recomendación se autorizara al tribunal a celebrar una audiencia en coordinación con un tribunal extranjero. Esta propuesta recibió un amplio apoyo.

41. También se sugirió que, para mayor claridad, se insertara, en el texto del proyecto de recomendación y con los cambios de redacción pertinentes, el contenido de la nota de pie de página referente a esa recomendación. Esta sugerencia también obtuvo un amplio apoyo.

42. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 10 con las revisiones propuestas.

Proyecto de recomendación 11

43. Según una propuesta formulada respecto del proyecto de recomendación 11, tal vez sería conveniente que algunos de los detalles, en particular la segunda frase del apartado a) y los ejemplos mencionados en el apartado e), se trasladaran a un eventual comentario sobre la recomendaciones, a fin de no dar a entender que los ejemplos citados eran exhaustivos. Esta propuesta obtuvo un amplio apoyo.

44. En cuanto a su texto se señaló que las palabras iniciales del apartado c) eran superfluas, pues ya figuraban en la parte introductoria del proyecto de recomendación.

45. Se observó que, a tenor del artículo 26 de la Ley Modelo, la cooperación entre representantes de la insolvencia estaba sujeta a supervisión judicial. Se puso en tela de juicio la conveniencia de adoptar ese criterio en el proyecto de recomendación 11 o el criterio de que la supervisión del tribunal sólo fuera necesaria cuando se tratara de cuestiones sustantivas, como las enunciadas en el apartado e). Frente a este argumento, se sostuvo que, dado que el requisito de supervisión judicial enunciado en el artículo 26 de la Ley Modelo se limitaba específicamente a las cuestiones que entraran en el ámbito del artículo 1 de la misma, no era necesario seguir ese criterio en el proyecto de recomendación 11 ni supeditar la cooperación a tal supervisión. Además, se señaló que las palabras “en la medida en que lo permita la ley” serían suficientes para tener en cuenta todo requisito del derecho interno en materia de supervisión judicial. Prevalció la opinión de que la supeditación prevista al derecho interno aplicable era suficiente, por lo que no sería necesario prever una mayor supervisión judicial. Se sugirió que en los comentarios a los proyectos de recomendación se analizara el alcance de toda remisión que se hiciera a la ley aplicable, así como los distintos enfoques que adoptaban los regímenes de la insolvencia.

46. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 11 con las revisiones indicadas.

Proyecto de recomendación 12

47. Se propuso ampliar el texto de la recomendación 12 a fin de mencionar, por ejemplo, el lugar de celebración del acuerdo y los medios de comunicación utilizables, así como ciertos medios modernos como la videoconferencia. En respuesta se dijo que la primera frase, tal como estaba redactada, ya enunciaba suficientemente el principio general y que habría que suprimir la segunda frase. La

supresión de la segunda frase obtuvo un apoyo general. Se sugirió asimismo que el proyecto de recomendación 12 se antepusiera al proyecto de recomendación 11. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con el contenido de la recomendación 12 una vez suprimida su segunda oración y con la inversión del orden de los proyectos de recomendación 11 y 12.

3. Recurso a acuerdos transfronterizos

Proyecto de recomendación 13

48. Respecto del requisito de la aprobación judicial, se sugirió que se enunciara el texto en términos más generales que sean también aplicables a autoridades no judiciales o no supervisoras, como un ministerio, cuya aprobación sea necesaria para ciertos aspectos de un acuerdo transfronterizo como, por ejemplo, de irse a efectuar una distribución con pagos en divisas. A fin de prever esa posibilidad, se sugirió que en el proyecto de recomendación se requiera la aprobación de los tribunales “o de cualquier otra autoridad competente”. En sentido contrario, se opinó que basta con hacer referencia a los tribunales y que no había que agregar al texto el requisito de aprobación por esas otras autoridades. A fin de conciliar esos pareceres, se propuso que se dispusiera que los representantes de la insolvencia y otras partes interesadas deberían estar autorizadas a concertar tales acuerdos “en la medida en que lo permita la ley o en el modo en que lo exija la ley”, omitiendo toda referencia a una aprobación por parte de los tribunales.

49. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 13 con la revisión indicada.

Proyecto de recomendación 14

50. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación, a reserva de que se sustituyeran las palabras “autorizar a los tribunales a” por “facultar a los tribunales para”.

4. Fomento de la coordinación: el representante de la insolvencia

Proyecto de recomendación 15

51. El Grupo de Trabajo apoyó en general la idea de que se pudiera nombrar un mismo representante de la insolvencia para distintos procedimientos de insolvencia, ya que con ello se facilitaría la coordinación entre ellos. Sin embargo, se expresaron reservas por estimarse que ello daría lugar a conflictos de interés, problema ya analizado en el contexto de las cuestiones de ámbito interno (véase A/CN.9/666, párr. 102, respecto de la recomendación 27, renumerada ahora 231) y acerca de la necesidad de insertar una disposición que prevea adecuadamente esa eventualidad. La sugerencia de alinear el texto de la recomendación 15 con el de la recomendación 231 obtuvo apoyo.

52. Se observó que el proyecto de recomendación 230 (véase A/CN.9/WG.V/WP.85), que preveía el nombramiento de un único o mismo representante para insolvencias en el ámbito interno, lo condicionaba a que “el tribunal determine que redundará en provecho de la sustanciación de los procedimientos de insolvencia” y se propuso que esas palabras o palabras como “en

los casos apropiados” se insertaran en el proyecto de recomendación 15. Esa formulación del texto obtuvo apoyo.

53. Otra de las reservas se refería al final de la segunda frase del proyecto de recomendación y a la necesidad de que el representante de la insolvencia quede sujeto a la supervisión del foro competente en cada uno de los Estados en que sea nombrado para ejercer sus funciones. Con ese fin, se propuso que se revisara el final de la segunda frase, de modo que el representante estuviera sujeto a la “supervisión de cada uno de los tribunales que lo haya nombrado”. Esta propuesta recibió un amplio apoyo.

54. Una gran mayoría de las delegaciones apoyó la propuesta de que se sustituya la palabra “autorizar” por “facultar” o “permitir”, a fin de armonizar el texto del proyecto de recomendación con el del proyecto de recomendación 14.

5. Forma del texto que se prepare sobre los grupos de empresas en situaciones de insolvencia en un contexto internacional

55. El Grupo de Trabajo observó que, pese a estar referidos al tratamiento internacional de los grupos de empresas, los proyectos de recomendación se ocupaban del contenido de la legislación interna, por lo que cabría agregarlos a una tercera parte de la Guía Legislativa, junto con los proyectos de recomendación relativos a las cuestiones internas. Se reconoció que, si bien podría ser conveniente dar al texto la forma de una Ley Modelo, tal vez no sería realista preparar un texto de esa índole en la etapa actual, teniendo en cuenta el tiempo que podría requerir su negociación, la necesidad actual de que se prevean soluciones para los grupos de empresas a la luz de la crisis financiera mundial, y la dificultad de saber si podía contarse con el apoyo necesario para su negociación. El Grupo de Trabajo convino en que los proyectos de recomendación relativos al tratamiento internacional de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia se incorporaran a la Guía Legislativa como su tercera parte, presentándola en forma idéntica a la de sus dos primeras partes.

B. Cuestiones internas

56. El Grupo de Trabajo prosiguió su examen del tratamiento interno de los grupos de empresas basándose en el documento A/CN.9/WG.V/WP.85.

Glosario

a) Grupo de empresas

57. La propuesta de suprimir la referencia a “una participación importante en su capital” recibió cierto apoyo por considerarse que tal factor resultaría difícil de definir y que bastaba con la noción de “control”. Tras deliberar, prevaleció la opinión de que convenía mantener en la definición el criterio de la participación importante en el capital.

b) Empresa

58. El Grupo de Trabajo recordó que en anteriores deliberaciones se había acordado excluir del término “empresa” a las instituciones financieras y a otras

instituciones especializadas, al igual que se hacía en el artículo 1.2 de la Ley Modelo y en el párrafo 11 del capítulo I de la segunda parte de la Guía Legislativa. Se convino en revisar la nota 1 de pie de página a fin de recordar claramente esa exclusión.

c) Control

59. Una delegación propuso que en la definición se sustituyera la conjunción “y” por “o”, con miras a dar a la definición mayor flexibilidad, por estimarse que su enunciado actual resultaba innecesariamente limitativo. Se respondió a esa propuesta que la cuestión fue largamente debatida en anteriores reuniones y que ambos conceptos se consideraban necesarios. Tras deliberar, prevaleció la opinión de que debería mantenerse en el texto la conjunción “y”.

d) Coordinación procesal

60. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la explicación que se daba de “coordinación procesal” en el apartado d).

e) Consolidación patrimonial

61. Algunas delegaciones declararon preferir la segunda opción de la definición, enunciada entre corchetes, por estimar que la noción de “puesta en común” o “mancomunar” expresaba mejor el sentido que tenía la consolidación patrimonial. No obstante, prevaleció el parecer de que a expresión “como si formaran parte de una única masa de la insolvencia” resultaba preferible a la de “crear una única masa de la insolvencia”.

1. Solicitación conjunta

Cláusula de finalidad

Frase introductoria: “dos o más empresas de un grupo”

62. Se planteó la cuestión de si las palabras “dos o más”, referidas a las empresas de un grupo, eran redundantes y podían suprimirse, pues en la definición del concepto de “grupo de empresas” ya se explicaba que podía tratarse de dos o más empresas de un grupo. Esta propuesta no obtuvo apoyo.

Apartado d)

63. Se expresó una reserva en el sentido de que el enunciado actual del apartado d) de la cláusula de finalidad daba a entender que la presentación de una solicitud conjunta era el único criterio por el que el tribunal podía decidir si procedía admitir o no la coordinación procesal. A fin de paliar el problema, se propuso que se suprimiera el apartado d), o que se insertara la palabra “suplementario” después de “mecanismo”, o que se agregara una nota al pie de la página en la que se aclarara que la solicitud conjunta no era un requisito para dar curso a la coordinación procesal sino que simplemente facilitaba al tribunal el examen de la cuestión. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la cláusula de finalidad agregándole la nota de pie de página que se había propuesto.

Proyecto de recomendación 199

64. Se expresó el temor de que las últimas palabras del proyecto de recomendación 199 “que cumplan el requisito de apertura aplicable” induzcan a error dando a entender que las empresas del grupo deberán cumplir colectivamente ese criterio de apertura. A fin de subsanar el problema, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 199, sustituyendo, sin embargo, las palabras “que cumplan el requisito de apertura aplicable” por las palabras “, siempre que cada una de ellas satisfaga el criterio de apertura aplicable”.

Proyecto de recomendación 200

65. Se convino en insertar, en el encabezamiento de la recomendación, las palabras “El régimen de la insolvencia debería especificar que”.

Apartado a)

66. El Grupo de Trabajo convino en que, en aras de la coherencia, se reprodujera también, en el apartado a) del proyecto de recomendación 200, el texto enmendado propuesto para la recomendación 199.

Apartado b)

67. Se observó que podrían darse situaciones en las que fuera conveniente que un acreedor, que no fuera necesariamente un acreedor de cada una de las empresas del grupo, se sumara a los otros acreedores para presentar una solicitud conjunta. A fin de prever ese caso, se sugirió que el texto del apartado b) dijera: “Uno o más acreedores, siempre y cuando entre los acreedores solicitantes figuren acreedores de cada una de las empresas del grupo que vaya a ser objeto de una solicitud conjunta”. Esta propuesta recibió escaso apoyo. Predominó la opinión de que toda persona a la que se permita presentar una solicitud conjunta debía ser acreedora de cada una de las empresas del grupo que se incluyeran en la solicitud conjunta, pues se estimó que, de adoptarse un criterio diferente, podrían incumplirse las disposiciones relativas a la apertura de procedimientos previstas en muchos regímenes internos, dando pie a abusos.

68. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 200 con las revisiones arriba señaladas respecto del encabezamiento del apartado a).

Proyecto de recomendación 201

69. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 201.

2. Coordinación procesal*Cláusula de finalidad*

70. No obtuvo apoyo la propuesta de que se extienda el alcance del apartado b) a los criterios de equidad y eficiencia administrativa. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la cláusula de finalidad.

Proyecto de recomendación 202

71. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 202.

Proyecto de recomendación 203

72. Se planteó la cuestión de si la referencia que se hacía al “tribunal” debería hacerse también en plural (“el tribunal y los tribunales”), a fin de aclarar que podría haber más de un tribunal interesado. Se señalaron al Grupo de Trabajo los proyectos de recomendación 201 y 207, en cuyas notas 6 y 8 de pie de página se hacía referencia a la cuestión del tribunal competente. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 203 y convino en que en el comentario se reflejara el debate acerca de los tribunales.

Proyecto de recomendación 204

73. El Grupo de Trabajo convino en suprimir las palabras “de conformidad con el régimen de la insolvencia”.

74. Se propuso que, en la lista de ejemplos enunciados en el proyecto de recomendación 204 se insertara el nombramiento de un único o mismo representante de la insolvencia, por tratarse de uno de los medios más eficaces para facilitar la coordinación procesal. En respuesta, se expresaron distintos pareceres. Según uno de ellos, la lista era de carácter ilustrativo y no era necesario que previera todos los medios posibles; además, la cuestión del nombramiento de un único o de un mismo representante de la insolvencia ya se abordaba en la disposición de finalidad relativa al nombramiento de un único o mismo representante de la insolvencia, que figuraba en la parte F. Según otros, debían categorizarse los ejemplos por referencia a los tribunales y representante de la insolvencia, suprimiéndose estos últimos, pues ya se hacía referencia a ellos en el proyecto de recomendación 206, sino que se trasladaran todos ellos al comentario. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en mantener los ejemplos en el texto del proyecto de recomendación y hacer también mención del nombramiento de un único o un mismo representante de la insolvencia.

Proyecto de recomendación 205

75. Se dijo que puesto que la expresión “o posteriormente” era demasiado vaga y podía prestarse a abusos, sería preferible que se fijara un plazo concreto para la presentación de toda solicitud de coordinación procesal. Se respondió que el enunciado actual expresaba mejor la flexibilidad requerida para esta disposición. A fin de responder al temor expresado, se formularon varias propuestas, como la de insertar, después de “o posteriormente”, las palabras “siempre que ello sea posible” o “siempre que lo permita la ley aplicable”; la de sustituir el texto “o posteriormente” por: “o si el curso de las actuaciones lo permite”; o la de insertar en el texto una segunda frase que diga: “El régimen de la insolvencia debería especificar el plazo para la presentación de la solicitud de coordinación procesal”. Se propuso también que se insertara al pie de la página una nota del tenor de la nota relativa al proyecto de recomendación 220. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 205 con la inclusión de la nota de pie de página propuesta.

Proyecto de recomendación 206

76. Se sostuvo que el tribunal debería poder entablar, por iniciativa propia, la coordinación procesal. El Grupo de Trabajo recordó que ya había examinado esta cuestión en su anterior período de sesiones (A/CN.9/666, párr. 55) y que se había

decidido que, dado que en general la Guía no preveía que los tribunales actuaran por iniciativa propia en cuestiones de insolvencia, convendría seguir ese criterio de la Guía. Se señaló que la procedencia de que un tribunal actúe por iniciativa propia respecto de la coordinación procesal se analizaba en el comentario que figuraba en los párrafos 22 a 24 de A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3.

77. Una delegación partidaria de que, en el proyecto de recomendación 206, se previera la posibilidad de que el tribunal actuara por iniciativa propia observó que podrían darse situaciones en las que fuera conveniente recurrir a una coordinación procesal, pero en las que las partes facultadas para presentar una solicitud, con arreglo al proyecto de recomendación 206, no hicieran uso de ese derecho. Se consideró también que, a menos que en estas recomendaciones se previera dicha posibilidad respecto de los procedimientos de insolvencia, tal vez el derecho procesal general no lo permitiera. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que se insertara en el texto una disposición del siguiente tenor: “El régimen de la insolvencia podrá facultar al tribunal para dictar por iniciativa propia una orden de coordinación procesal”.

Proyecto de recomendación 207

78. Se sugirió, en cuanto a la redacción, que el texto del proyecto de recomendación 207 se alineara con el del proyecto de recomendación 203 e hiciera referencia únicamente a “el tribunal”, suprimiéndose las palabras “o los tribunales”. A fin de aclarar con quién habría que mantener coordinación, se propuso que, en la primera frase, después de la palabra “coordinar”, se agregaran los términos “con cualquier otro tribunal competente”. Esta propuesta obtuvo un amplio apoyo.

79. Con respecto a la segunda frase, una delegación propuso que se puntualizara que la lista no era exhaustiva y que, con ese fin, se enunciara la frase del siguiente modo: “Esas medidas pueden abarcar, por ejemplo, procedimientos coordinados, audiencias conjuntas y el intercambio y la divulgación de información”. El Grupo de Trabajo, recordando que había convenido en no utilizar la expresión “audiencias conjuntas” en relación con cuestiones de ámbito internacional, observó que tales audiencias no planteaban las mismas dificultades en el ámbito interno, por lo que cabía mencionarlas en esa disposición. Se aprobó el contenido del proyecto de recomendación 207 con las revisiones propuestas.

Proyecto de recomendación 208

80. El Grupo de Trabajo aprobó la propuesta de que se mantuviera el texto de la segunda frase, eliminando los corchetes. No obtuvo apoyo la propuesta de que se sustituyeran los verbos “modificar” y “revocar” por “enmendar” y “anular”, por estimarse que los términos “modificar” y “revocar” se ajustaban a las palabras empleadas tanto en la Ley Modelo como en la Guía Legislativa.

Proyectos de recomendación 209 y 210

81. Se observó que debería insertarse al pie de la página correspondiente al proyecto de recomendación 209 la misma nota que figura bajo el proyecto de recomendación 201. Con esta adición añadida, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de los proyectos de recomendación 209 y 210.

3. Financiación posterior a la apertura de un procedimiento

Cláusula de finalidad

82. Recibió un amplio apoyo la propuesta consistente en que se limitara el alcance del apartado d) a las empresas del grupo interesadas en la financiación posterior a la apertura agregando, al final del apartado, después de “entre todas las empresas”, la palabra “interesadas”.

83. El Grupo de Trabajo examinó una serie de propuestas enunciadas en los párrafos 8 a 16 del documento A/CN.9/WG.V/WP.85 relativas a los proyectos de recomendación sobre la financiación posterior a la apertura de un procedimiento.

Proyecto de recomendación 211

84. Una gran mayoría de las delegaciones convino en general en que en el proyecto de recomendación 211 se enunciara el principio general que debería regir la concesión de fondos tras la apertura de un procedimiento en el contexto de un grupo de empresas y en que en dicho proyecto se hicieran referencias al otorgamiento de una garantía real y de cualquier otro tipo de garantía, y también en que las condiciones para el otorgamiento de tal financiación se expusieran por separado en otra recomendación.

85. Con este fin, se estimó que los apartados a) a c) del proyecto de recomendación 211 podrían ser suficientes si se adoptaban suprimiendo las palabras que figuraban en el apartado c) después de la primera coma. Según otra propuesta, el proyecto de apartado a) podría ser suficiente, pues era lo bastante genérico para englobar lo dispuesto en los proyectos de apartado b) y c). Frente a esta propuesta se argumentó que los apartados b) y c) no coincidían necesariamente con lo dispuesto en el apartado a) y que daban más detalles sobre los posibles modos en que cabría proporcionar fondos a una empresa tras la apertura de un procedimiento.

86. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en aceptar la primera propuesta, manteniendo los apartados a) a c) del proyecto de recomendación 211, con la supresión del texto indicado.

87. Se señaló, respecto de su texto, que debería alinearse el enunciado del encabezamiento del proyecto de recomendación 211 al ámbito de aplicación de la recomendación, poniendo en claro que tanto el proveedor como el beneficiario de la financiación posterior a la apertura eran ya objeto de un procedimiento de insolvencia.

88. Con respecto a las condiciones aplicables a la concesión de fondos tras la apertura, el Grupo de Trabajo basó sus deliberaciones en la versión de la recomendación 211 que figuraba en los párrafos 10 y 15 de A/CN.9/WG.V/WP.85. Se formularon diversas propuestas acerca del modo en que cabría enunciar esas condiciones.

89. Una gran mayoría de delegaciones convino en que debería requerirse al representante de la insolvencia que hiciera las determinaciones previstas en el apartado a) de la versión del proyecto de recomendación 211 que figuraba en el párrafo 15 del documento y que determinara también la cuestión de los perjuicios enunciada en el apartado c) de esa versión. Se expresó cierto temor acerca de la responsabilidad en que podría incurrir un representante de la insolvencia al que se

exigiera hacer tal determinación. Se respondió que esa decisión era realmente una cuestión de asignación del riesgo que debía adoptarse caso por caso, pero que no era un tema que debiera abordarse en el proyecto de recomendación. Se recordó asimismo que la recomendación 63 se expresaba en esos mismos términos.

90. Una gran mayoría de delegaciones convino también en que tanto el tribunal como los acreedores deberían asumir una función en lo que respecta al otorgamiento de financiación posterior a la apertura y que esa función debería especificarse en la variante enunciada en los apartados b) y c) de la versión del proyecto de recomendación 211 que figuraba en el párrafo 15 del documento. Se observó que el cometido asignado a los tribunales y a los acreedores variaba mucho de un régimen de la insolvencia a otro y que, por consiguiente, convendría que en el proyecto de recomendación se adoptara un criterio flexible que permitiera que los Estados, que asignaban un cometido mayor a los tribunales, obraran de igual modo en lo que respecta a la aprobación de financiación posterior a la apertura y que, al mismo tiempo, permitiera que los Estados, que condicionaban la financiación al consentimiento de los acreedores, siguieran dicho criterio. El enunciado actual del apartado c) no especificaba la parte a la que correspondería hacer tal determinación, pero cabía interpretarlo como incluyendo al tribunal. Frente al temor de que el requisito de que los acreedores dieran su “consentimiento” podría resultar demasiado restrictivo, estimándose que sería preferible exigir que no hubieran formulado objeciones, el Grupo de Trabajo recordó que en la recomendación 63 se hablaba del “consentimiento”. Se sugirió que en el comentario se analizaran los medios para la obtención del consentimiento.

91. Tras deliberar, se propuso que cabría considerar el enunciado de la última frase de la recomendación 63 como una posible opción para responder a algunos de los temores expresados. Entre las delegaciones predominó el parecer de que convenía apoyar esa propuesta.

92. El Grupo de Trabajo convino en que se especificara en una recomendación que las salvaguardias enunciadas en las recomendaciones 65 a 67 eran aplicables a la financiación posterior a la apertura prevista en el contexto de los grupos de empresas. Se convino también en que se precisara igualmente en una recomendación que la recomendación 63 era aplicable a la empresa miembro de un grupo que obtuviera la financiación posterior a la apertura.

Proyecto de recomendación 212

93. La propuesta de que se exigiera en el proyecto de recomendación que habría de obtenerse el consentimiento de los acreedores o la aprobación del tribunal en lo que respecta a la prelación otorgada al crédito así obtenido recibió poco apoyo por estimarse que la recomendación 64, en la que este proyecto de recomendación se basaba, requería que esa prelación se especificara en el régimen de la insolvencia y no preveía esos requisitos suplementarios. Ante una pregunta relativa al alcance de la palabra *priority* (grado de prelación), se respondió que este concepto podía interpretarse en sentido amplio entendiéndose como el rango de prelación eventual que cabría atribuir a una parte y se sugirió que se examinara esa cuestión en el comentario. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 212.

Proyectos de recomendación 213 y 214

94. El Grupo de Trabajo convino en que los proyectos de recomendación 213 y 214 podían suprimirse.

95. Se propuso la siguiente versión revisada de los proyectos de recomendación relativos a la financiación posterior a la apertura de un procedimiento y el Grupo de Trabajo convino en proseguir su examen de esas recomendaciones, en un futuro período de sesiones, sobre la base de esa versión.

1. Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre la financiación otorgada tras la apertura de un procedimiento a un miembro de un grupo de empresas tienen por objeto:

a) Facilitar la obtención de fondos para mantener en marcha o asegurar la supervivencia de los negocios de los miembros de un grupo de empresas que sean objeto de un procedimiento de insolvencia, o para preservar o incrementar el valor de su propia masa de la insolvencia;

b) Facilitar la aportación de fondos por otros miembros de un mismo grupo de empresas, así como por miembros de ese grupo que sean ellos mismos objeto de un procedimiento de insolvencia;

c) Velar por la debida protección de los intereses de quienes aporten fondos tras la apertura de un procedimiento y de toda parte interesada cuyos derechos puedan verse afectados por esa aportación de fondos; y

d) Propiciar el objetivo de lograr una distribución equitativa entre todos los miembros del grupo afectados de los beneficios y perjuicios que puedan derivarse de esa aportación de fondos tras la apertura de un procedimiento.

2. Contenido de las disposiciones legales

Financiación tras la apertura de un procedimiento otorgada, por un miembro del grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia, a otro miembro del grupo que también lo sea

211A. El régimen de la insolvencia debería permitir que un miembro de un grupo de empresas que sea objeto de un procedimiento de insolvencia:

a) Adelante fondos, tras la apertura de su procedimiento, a otra empresa del grupo que sea también objeto de un procedimiento;

b) Otorgue, tras la apertura de su procedimiento, una garantía real sobre sus propios bienes en respaldo de un crédito obtenido por otro miembro del grupo que sea también objeto de un procedimiento; y

c) Negocie, tras la apertura de su procedimiento, una garantía u otra forma de afianzamiento del reembolso de la financiación concedida a otro miembro del grupo que sea también objeto de un procedimiento.

211B. Cabrá [aportar] [adelantar o facilitar] fondos tras la apertura de un procedimiento, conforme a lo previsto en la recomendación 211A, cuando el representante de la insolvencia del miembro del grupo, que adelante los fondos

u otorgue una garantía real o negocie alguna otra forma de garantía o afianzamiento:

a) Determine que esos fondos son necesarios para mantener el funcionamiento o asegurar la supervivencia del negocio de esa otra empresa del grupo;

b) Determine que son necesarios para preservar o incrementar el valor de la masa de la insolvencia de esa otra empresa; y

c) Determine [, con arreglo al régimen de la insolvencia,] que cualquier perjuicio que se ocasione a los acreedores será compensado por el beneficio reportado por el adelanto de esos fondos o por la garantía real u otra forma de afianzamiento otorgada.

211C. El régimen de la insolvencia tal vez exija que el tribunal competente autorice o que los acreedores consientan en que se facilite financiación tras la apertura de un procedimiento, conforme a lo previsto en las recomendaciones 211A y 211B.

Financiación tras la apertura de un procedimiento obtenida, por un miembro del grupo que sea objeto de un procedimiento, de otro miembro del grupo que también lo sea

211D. Con arreglo a la recomendación 63, una empresa del grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia podrá obtener financiación, tras la apertura de un procedimiento, cuando el representante de la insolvencia de esa empresa del grupo determine que ese crédito es necesario para mantener o asegurar la supervivencia del negocio de su empresa o para preservar o incrementar el valor de su masa de insolvencia. El régimen de la insolvencia tal vez exija que se obtenga una autorización judicial o que los acreedores consientan en que dicha empresa obtenga la financiación negociada tras la apertura del procedimiento.

Prelación asignable a la financiación negociada tras la apertura de un procedimiento

212. El régimen de la insolvencia debería especificar el rango de prelación aplicable a la financiación otorgada tras la apertura de un procedimiento por un miembro de un grupo de empresas que sea objeto de un procedimiento de insolvencia a otro miembro del grupo que también lo sea.

Garantía real en respaldo de un crédito otorgado tras la apertura de un procedimiento

213. Las recomendaciones 65, 66 y 67 son aplicables al otorgamiento de una garantía real conforme a lo previsto en la recomendación 211A b).

Financiación posterior a la solicitud de apertura de un procedimiento

96. El Grupo de Trabajo examinó este tema basándose en el documento A/CN.9/WG.V/WP.88. Se observó que la financiación posterior a la solicitud de apertura era una especie de medida cautelar necesaria para aliviar la situación de la empresa de un grupo en situación precaria, dado que durante el período que media

entre la solicitud y la apertura del procedimiento es difícil obtener la financiación indispensable para seguir adelante. El Grupo de Trabajo convino en incluir el texto propuesto en el comentario con todo cambio que proceda y pidió a la Secretaría que determinara el lugar de inserción apropiado. Además, el Grupo de Trabajo convino en que en el comentario se aclarara la distinción entre financiación posterior a la solicitud de apertura y la financiación posterior a la apertura del procedimiento, particularmente en lo relativo a las salvaguardias, y dejó abierta la posibilidad de que se formulara un proyecto de recomendación sobre financiación posterior a la solicitud de apertura para que fuera examinado ulteriormente.

4. Disposiciones en materia de impugnación

Cláusula de finalidad

97. Se expresaron inquietudes acerca de la cláusula de finalidad y la necesidad de que reflejara claramente que se trataba de actuaciones incoables en el marco de un grupo de empresas. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que estudiara la posibilidad de presentarle algún nuevo texto a este respecto, para su futuro examen.

Proyecto de recomendación 215

98. La propuesta de suprimir la segunda frase del proyecto de recomendación 215 no recibió apoyo. Se formuló otra sugerencia consistente en que se adoptara un criterio bien definido para la impugnación de operaciones sospechosas en el contexto de un grupo de empresas, que fuera o bien más flexible o bien más estricto que el aplicable respecto de las operaciones con un único deudor. Se propuso, a dicho fin, que el proyecto de recomendación indicara si el criterio aducible para la impugnación había de ser el perjuicio causado a todo el grupo de empresas o sólo el causado a la empresa del grupo interesada. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en no especificar criterio alguno en el proyecto de recomendación 215, sino en mantener en su texto la lista de ejemplos de factores actualmente enunciados que deberá tener en cuenta el tribunal. El Grupo de Trabajo convino en mantener el contenido del texto que figuraba en los dos pares de corchetes, eliminando los corchetes y suprimiendo, en el segundo de ellos, las palabras “sin perjudicar a los acreedores de la empresa o a las empresas del grupo que hayan participado en ella”. Se aprobó el contenido del proyecto de recomendación 215 con esta modificación.

Proyecto de recomendación 216

99. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 216 sustituyendo, sin embargo, la palabra “podrá” por “deberá”, a fin de dar una mayor seguridad a los acreedores.

5. Consolidación patrimonial

Cláusula de finalidad

100. Se recordó al Grupo de Trabajo que el apartado c) fue agregado a la cláusula de finalidad a fin de aclarar el efecto de una orden de consolidación patrimonial. Se apoyó la inclusión del apartado c) en esa cláusula.

Proyecto de recomendación 217

101. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 217.

Proyecto de recomendación 218

102. No se apoyó la sugerencia de que se insertara la salvedad “a reserva de que se haya abierto un procedimiento de insolvencia” al comienzo del texto del encabezamiento, por estimarse que la insolvencia no debía ser un requisito previo de la consolidación patrimonial, dado que los supuestos esbozados en los apartados a) y b) pudieran dar lugar a que se incluya una entidad aparentemente solvente en la orden de consolidación patrimonial. A título de ejemplo, se señaló que pudiera muy bien suceder, en el contexto de un entramado fraudulento, que se establezca una entidad sin acreedor alguno para que actúe como depositaria de los activos por lo que, al ser difícil solicitar la apertura de un procedimiento contra dicha entidad con arreglo a la normativa habitualmente aplicable, era importante que se dejara abierta la puerta para incluir a esa entidad en el mandato de consolidación patrimonial.

103. Obtuvo apoyo la sugerencia de que se introdujera en el encabezamiento una cláusula limitativa que dijera “en supuestos muy especiales”.

104. Se sugirió que el texto “un gasto o una demora injustificado” resultaba demasiado vago por lo que convendría insertar en el apartado a) un texto que dijera que la solución propugnada “sería la más provechosa para todos los interesados”. Dicha propuesta no obtuvo apoyo por razón de que se había de evaluar la situación previa a la consolidación y la situación probable a raíz de la misma, lo que resultaría muy difícil en el caso considerado en el apartado a).

105. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación sin que se hiciera la adición a su encabezamiento anteriormente sugerida.

Proyecto de recomendación 219

106. Hubo acuerdo general en que se suprimiera el texto entre corchetes y se aprobó el contenido del proyecto de recomendación con esa supresión. Se convino asimismo en que se examinaran en el comentario algunas situaciones en las que el proyecto de recomendación 219 resultaría útil.

Proyecto de recomendación 220

107. Se aprobó el contenido del proyecto de recomendación 220, pero señalándose la necesidad de alinear su texto con el del proyecto de recomendación 205 en lo concerniente al significado de la fórmula “en cualquier momento ulterior”.

Proyecto de recomendación 221

108. Una propuesta de que se incluyera a los accionistas entre las personas habilitadas para solicitar una consolidación patrimonial no obtuvo suficiente apoyo. Se aprobó el contenido de este proyecto de recomendación.

Proyecto de recomendación 222

109. Se expresó apoyo en favor de que se retuviera el término “consolidada” pudiéndose tal vez insertar en el texto de la recomendación parte de la definición

dada del término “consolidación patrimonial”. Se aprobó el contenido de este proyecto de recomendación con la revisión sugerida. Se convino en que el comentario describiera adecuadamente el efecto de una orden de consolidación patrimonial, a fin de facilitar la comprensión de este remedio.

110. No obtuvo apoyo una propuesta de que se insertara un apartado adicional en el proyecto de recomendación por el que se recomendara que los acreedores no deberían poder mejorar su posición a resultas de una orden de consolidación patrimonial. Se reconoció, no obstante, que se trataba de una cuestión muy importante, pero que toda recomendación debería ser formulada con suma atención, dado que era probable que algunos acreedores salieran mejor parados que otros a resultas de la consolidación. Se sugirió que cabría limitar el efecto de la recomendación a los créditos salariales y a las garantías reales de los acreedores. El Grupo de Trabajo decidió examinar esa posibilidad en un futuro período de sesiones.

Proyecto de recomendación 223

111. Se convino en insertar la fórmula “en lo posible” en el texto del encabezamiento de esta recomendación, conforme se sugería en el párrafo 23 de A/CN.9/WG.V/WP.85. Se convino también en que se sustituyera al comienzo del apartado b) el texto “El tribunal determine” por “Se determine que”. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 223 con esos cambios.

Proyecto de recomendación 224

112. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación, tras indicar que la fórmula que se habría de insertar en el encabezamiento del proyecto 223 debía ser insertada igualmente en el proyecto de recomendación 224.

Proyectos de recomendación 225 y 226

113. Se aprobó el contenido de estos proyectos de recomendación.

Proyecto de recomendación 227

114. Se convino en insertar la palabra “ya” antes de la palabra “adoptados” y se aprobó una recomendación de que se hiciera esa misma adición en el proyecto de recomendación 228. Se aprobó, con esa adición, el contenido de este proyecto de recomendación.

Proyectos de recomendación 228 y 229

115. Se aprobó el contenido de estos proyectos de recomendación.

6. Representante de la insolvencia

Cláusula de finalidad

116. El Grupo de Trabajo convino en que se retirara el texto entre corchetes que figura en el apartado a).

Proyectos de recomendación 230 y 231

117. Se aprobó el contenido de estos proyectos de recomendación.

Proyecto de recomendación 232

118. El Grupo de Trabajo convino en que se retuviera el texto entre corchetes, pero tal vez reformulándolo ligeramente para que enuncie con más claridad la intención de este proyecto de recomendación. Se pidió a la Secretaría que tuviera en cuenta lo sugerido al revisar este texto. En ese entendimiento, se aprobó el contenido de este proyecto de recomendación.

Proyecto de recomendación 233

119. Se convino en que se reflejaran asimismo en el proyecto de recomendación 233, los cambios convenidos para el proyecto de recomendación 232. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de este proyecto de recomendación.

Proyecto de recomendación 234

120. Se convino en que se alineara, a grandes rasgos, el texto de este proyecto de recomendación con el del proyecto de recomendación 11 concerniente a las cuestiones internacionales, así como en que debía retenerse el texto entre corchetes. En este entendimiento, se aprobó el contenido de este proyecto de recomendación.

7. Plan de reorganización*Cláusula de finalidad*

121. Se hicieron diversas propuestas respecto del texto “a fin de preservar el empleo y, siempre que proceda, amparar el valor de las inversiones”, entre las que cabe citar las de que se suprima este texto o se altere el orden de sus elementos. Se recordó en que ese texto se había utilizado en la cláusula de finalidad de las recomendaciones del capítulo IV de la segunda parte de la Guía Legislativa, tras deliberar al respecto, se convino en retener el texto conforme estaba.

Proyecto de recomendación 235

122. Se aprobó el contenido de este proyecto de recomendación.

Proyecto de recomendación 236

123. Se aprobó el contenido de este proyecto de recomendación con la retención del término “voluntariamente” y la sustitución en la primera línea del verbo “podrá” por “deberá”.

8. Ubicación de las secciones relativas al representante de la insolvencia y al plan de reorganización

124. Respondiendo a la propuesta de que se reconsiderara el orden en el que aparecían las secciones F y G, se observó que figuraban en el mismo orden que en la Guía Legislativa. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la

Secretaría que estudiara algo más esta cuestión, teniendo en cuenta su ubicación en la Guía Legislativa.

VI. Repercusión de la insolvencia en una garantía real sobre propiedad intelectual

125. El Grupo de Trabajo inició su debate sobre los problemas de la repercusión de la insolvencia en una garantía real sobre propiedad intelectual que le habían sido remitidos por el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales), basándose en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.87 y A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4, así como en un extracto del informe del Grupo de Trabajo VI sobre la labor realizada en su 15º período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/XV/CRP.1/Add.5).

126. El Grupo de Trabajo señaló que, según se había previsto, el texto del documento A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4 figuraría en el comentario agregado al proyecto de anexo de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas, relativo a las garantías reales sobre propiedad intelectual. El Grupo de Trabajo expresó su reconocimiento por la coordinación mantenida entre los Grupos de Trabajo V y VI, estimando que esa coordinación era particularmente importante para lograr que hubiera coherencia entre estas dos Guías Legislativas de la CNUDMI.

127. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las partes del comentario referentes a la repercusión de la insolvencia de un licenciante o de un licenciario de propiedad intelectual en una garantía real constituida sobre los derechos de esa parte en virtud de un acuerdo de licencia, conforme a lo expuesto en los párrafos 22 a 40 del documento A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4 y en las conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo VI, así como en las revisiones que éste introdujo, en su 15º período de sesiones, que figuraban en el extracto del informe del Grupo de Trabajo VI sobre la labor realizada en su 15º período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/XV/CRP.1/Add.5). En particular, el Grupo de Trabajo convino en que se suprimieran los corchetes en el texto del párrafo 36 de A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4. Se señaló que, a fin de garantizar la coherencia con la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, convendría sustituir, en el apéndice de A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4, el término “administrador de la insolvencia” por “representante de la insolvencia”.
