



Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

45º período de sesiones

Nueva York, 18 de junio a 6 de julio de 2012

[o Viena, 9 a 27 de julio de 2012]

Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor realizada en su 40º período de sesiones

(Viena, 31 de octubre a 4 de noviembre de 2011)

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-3	2
II. Organización del período de sesiones	4-10	2
III. Deliberaciones y decisiones	11	4
IV. Interpretación y aplicación de determinados conceptos enunciados en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza que guardan relación con el centro de los principales intereses	12-37	4
A. Procedimientos que reúnen las condiciones para el reconocimiento conforme a la Ley Modelo: artículo 2	14-19	4
B. Reconocimiento	20-35	6
C. Grupos de empresas	36-37	10
V. Responsabilidades y obligaciones de los directores y ejecutivos en situaciones de insolvencia y de preinsolvencia	38-52	11
A. Forma de posibles principios o directrices.	38	11
B. Determinación de las personas que habrán de asumir las obligaciones	39-41	11
C. Determinación del momento en que nacen los deberes	42-46	12
D. Determinación de las personas beneficiarias de esos deberes	47-48	13
E. La naturaleza de los deberes o de los tipos de conducta indebida	49-50	14
F. Determinación de los recursos ejercitables	51	14
G. Cuestiones transfronterizas	52	14



I. Introducción

1. En su 43º período de sesiones, celebrado en 2010, la Comisión tuvo a su disposición una serie de propuestas relativas a la labor futura sobre el régimen de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.93 y Add.1 a Add.6, y A/CN.9/582/Add.6). Esas propuestas se debatieron en el 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) (véase A/CN.9/691, párrs. 99 a 107) y se formuló una recomendación sobre posibles temas a la Comisión (A/CN.9/691, párr. 104). En otro documento (A/CN.9/709), presentado después de ese período de sesiones del Grupo de Trabajo V, se expuso material para complementar la propuesta de Suiza enunciada en el documento A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5.

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

3. En su 39º período de sesiones, en 2010, el Grupo de Trabajo comenzó sus deliberaciones sobre esos tres temas, basándose en las notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.95 y Add.1, y A/CN.9/WG.V/WP.96). Las decisiones y conclusiones del Grupo de Trabajo figuran en el documento A/CN.9/715. La labor sobre el tema c) fue concluida por el Grupo de Trabajo en su 39º período de sesiones, y la Comisión, en su 44º período de sesiones de 2011, finalizó y adoptó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: la perspectiva judicial.

II. Organización del período de sesiones

4. El Grupo de Trabajo V, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 40º período de sesiones en Viena, del 31 de octubre al 4 de noviembre de 2011. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Canadá, Chile, China, Colombia, Egipto, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Filipinas, Francia, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Malasia, México, Nigeria, Noruega, Paraguay, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Tailandia, Turquía, Ucrania, Uganda y Venezuela (República Bolivariana de).

5. Asistieron también al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Bélgica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, Guatemala, Indonesia, Iraq, Líbano, Panamá, Perú, República Árabe Siria, República Dominicana, Sudán y Suiza.

6. Asistieron asimismo al período de sesiones observadores de: Palestina y la Unión Europea.

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

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

b) *Organizaciones intergubernamentales invitadas*: Comunidad del Caribe (CARICOM);

c) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas*: American Bar Association (ABA), Asociación de Alumnos del Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis, Asociación Internacional de Abogados, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Confederación Internacional de Mujeres Especializadas en Insolvencia y Reestructuración (IWIRC), INSOL International (INSOL), International Credit Insurance and Surety Association (ICISA), International Insolvency Institute, International Swaps and Derivatives Association (ISDA), New York State Bar Association (NYSBA) y Unión de Abogados Europeos.

8. El Grupo de Trabajo eligió la siguiente Mesa:

Presidente: Sr. Wisit Wisitsora-At (Tailandia)

Relator: Sr. Pedro Enrique Amato (Venezuela (República Bolivariana de))

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

a) El programa provisional anotado (A/CN.9/WG.V/WP.98);

b) Una nota de la Secretaría sobre la interpretación y aplicación de determinados conceptos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza relacionados con el centro de los principales intereses (A/CN.9/WG.V/WP.99);

c) Una nota de la Secretaría sobre responsabilidades y obligaciones de los directores y ejecutivos en situaciones de insolvencia y preinsolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.100); y

d) Una propuesta de definición de “centro de los principales intereses” (artículos 2 b) y 16.3) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza) presentada por las delegaciones de España y México y por la Unión Internacional de Abogados (UIA) (A/CN.9/WG.V/WP.101).

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 a) la interpretación y aplicación de determinados conceptos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza relacionados con el centro de los principales intereses; y b) responsabilidades y obligaciones de los directores y ejecutivos en situaciones de insolvencia y de preinsolvencia.

5. Otros asuntos.

6. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

11. El Grupo de Trabajo deliberó sobre los temas siguientes: a) la forma de dar orientación sobre la interpretación y aplicación de determinados conceptos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza relacionados con el centro de los principales intereses; b) las responsabilidades y obligaciones de los directores y ejecutivos en situaciones de insolvencia y de preinsolvencia, sobre la base de los documentos A/CN.9/WG.V/WP.99, A/CN.9/WG.V/WP.100 y A/CN.9/WG.V/WP.101 y demás documentación mencionada en ellos. A continuación se recogen las deliberaciones que el Grupo de Trabajo ha mantenido sobre esos temas y las decisiones adoptadas al respecto.

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

12. El Grupo de Trabajo inició su período de sesiones con un debate general sobre la forma que podría revestir su labor relacionada con la interpretación y aplicación de determinados conceptos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (“la Ley Modelo”) que guardan relación con el centro de los principales intereses, habida cuenta de las cuestiones planteadas en los párrafos 4 y 5 del documento A/CN.9/WG.V/WP.99.

13. El Grupo de Trabajo confirmó que la finalidad de su labor no era modificar la Ley Modelo sino más bien dar una mayor orientación a quienes se encarguen de su utilización y aplicación y facilitar su adopción por un mayor número de Estados. Con ese fin, el Grupo de Trabajo convino en que, como hipótesis de trabajo, habría que centrar la labor en la revisión y la ampliación de las orientaciones dadas en la Guía para la incorporación al derecho interno.

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

1. Requisito de la insolvencia del deudor

14. Se puso de relieve la importancia que tenían, en relación con esta cuestión, el preámbulo de la Ley Modelo, en particular su párrafo e), y la mención, que ya se hacía en la Guía para la incorporación al derecho interno, de la situación de grave precariedad financiera o de insolvencia del deudor. Se sugirió que se diera mayor relieve a esos requisitos, a fin de dar claridad al ámbito de aplicación de la Ley Modelo. Se observó que la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (“la Guía Legislativa”) contenía un comentario y una definición de lo que constituía un procedimiento de insolvencia, inclusive de insolvencia inminente, y que ese material podría ser útil para la Guía de la Ley Modelo.

15. Por otra parte, se sugirió que, dado que el régimen de la insolvencia estaba en continua evolución y que cada vez aparecían más tipos nuevos de procedimientos, tal vez convendría adoptar una interpretación flexible de los conceptos de

“procedimiento extranjero” y de “ley relativa a la insolvencia”, a fin de asegurar que la Ley Modelo abarcara los procedimientos realizados antes de la apertura del procedimiento formal de insolvencia, como las negociaciones con algunos acreedores, y no necesariamente con todos, para la refinanciación del deudor, cuando esos procedimientos no requirieran el acuerdo de todos los acreedores (ya que podía ocurrir que algunos acreedores cobraran íntegramente su deuda) y tal vez tampoco requirieran la aprobación del tribunal. Se respondió que cuando esas negociaciones con los acreedores fueran puramente contractuales y no dieran lugar a la apertura de un procedimiento de insolvencia (como, por ejemplo, un procedimiento agilizado como el que se describe en la Guía Legislativa), todo acuerdo concertado sería ejecutable como un contrato, tanto a nivel nacional como internacional, sin necesidad de su reconocimiento conforme a la Ley Modelo ni de la asistencia que entraña ese reconocimiento. Si bien se reconoció que tal vez se recurriría cada vez más a tipos híbridos de procedimiento para hacer frente a la situación de precariedad financiera de los deudores, se señaló, no obstante, que la Ley Modelo ya preveía ciertas limitaciones respecto del tipo de procedimiento que debería quedar abarcado y que la Guía para la incorporación al derecho interno solamente podía prever un grado limitado de flexibilidad sin modificar el contenido de la Ley Modelo en sí.

16. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que la Guía para la incorporación al derecho interno debería centrarse en los procedimientos de insolvencia tratados en la Guía Legislativa y en los que el deudor se encontrara en una situación de grave precariedad financiera.

2. Elementos de la definición de “procedimiento extranjero”

17. Se observó que había que examinar la relación entre cada uno de los elementos que abarcaba la definición y que era posible que un procedimiento que fuera colectivo no cumpliera otros de los requisitos para quedar abarcado por la definición. En cuanto a lo que constituía un procedimiento “colectivo”, se convino, tras deliberar, en que, como principio general, ese procedimiento debería abarcar todos los bienes y obligaciones del deudor y las reclamaciones de todos los acreedores. Como excepción al último requisito cabría mencionar los procedimientos de los que estuvieran excluidos los acreedores garantizados que, sin embargo, pudieran hacer valer sus derechos al margen del régimen de la insolvencia, o los procedimientos en que los derechos de los acreedores garantizados no se vieran afectados. Si bien se sugirió que un procedimiento pudiera considerarse colectivo cuando se excluyeran otras categorías de reclamaciones por razón de que no deberían verse mermadas, el Grupo de Trabajo convino en hacer únicamente referencia al ejemplo de los acreedores garantizados.

18. El Grupo de Trabajo convino en que en la Guía para la incorporación al derecho interno sería útil incluir un análisis de algunas de las características de los procedimientos que tal vez no entraran en la definición, como los procedimientos que no requirieran supervisión o control judicial o las negociaciones que fueran de naturaleza puramente contractual.

19. Con respecto al elemento de control o supervisión, el Grupo de Trabajo se remitió a las cuestiones planteadas en el párrafo 31 del documento A/CN.9/WG.V/WP.99. Se convino en que era suficiente que el control o la supervisión judicial fuera más potencial que real, y se señaló que en algunos

Estados podría entrañar el control o la supervisión del representante de la insolvencia; que los procedimientos agilizados que se mencionaban en la Guía Legislativa podrían quedar abarcados; y que todo procedimiento en que el tribunal ya no interviniera podría entrar, no obstante, en el ámbito de la definición, siempre y cuando estuviera aún en marcha y no se hubiera clausurado. Se señaló que en el análisis de la Guía Legislativa se señalaba que se adoptaban diversos criterios respecto de la clausura de los procedimientos a raíz de la aprobación de un plan de reorganización.

B. Reconocimiento

20. Con respecto al párrafo 34 del documento A/CN.9/WG.V/WP.99, el Grupo de Trabajo consideró que cabría agregar material explicativo a los párrafos 73 y 128 de la Guía en que se abordaran, en particular, el requisito de tener establecimiento y las razones por las que otros tipos de procedimientos no se habían incluido en el régimen de reconocimiento de la Ley Modelo.

21. En relación con el párrafo 37 del documento A/CN.9/WG.V/WP.99, el Grupo de Trabajo convino en que sería útil hacer una remisión no solamente a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (la perspectiva judicial) sino también a la Guía Legislativa y a la Guía de Prácticas de la CNUDMI sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza. Se opinó que si bien el párrafo 9 de la Guía sobre la incorporación al derecho interno advertía de la importancia que tenía la Guía para los usuarios de la Ley Modelo que no fueran legisladores, el hecho de que se incluyeran en ella más orientaciones destinadas, por ejemplo, a los jueces podría requerir que se revisara el título de la “Guía para la incorporación al derecho interno” agregándole una referencia a la “interpretación”.

1. Factores de importancia para determinar el centro de los principales intereses y para rebatir la presunción

22. El Grupo de Trabajo examinó las cuestiones planteadas en el párrafo 40 del documento A/CN.9/WG.V/WP.99 y la propuesta enunciada en el documento A/CN.9/WG.V/WP.101 acerca de la definición del centro de los principales intereses y de los factores de posible importancia para rebatir la presunción enunciada en el párrafo 3 del artículo 16 de la Ley Modelo, según la cual el centro de los principales intereses del deudor es su domicilio social (o su residencia habitual, en el caso de una persona física).

23. El Grupo de Trabajo estudió la norma de la presunción enunciada en el párrafo 3 del artículo 16 y, en particular, la forma en que se había interpretado una presunción similar enunciada en el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo Europeo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (“el Reglamento CE”). Se observó que, en el caso del Reglamento CE, los tribunales habían considerado que se trataba de una fuerte presunción que únicamente se rebatiría; en casos muy limitados y ante circunstancias excepcionales; en el párrafo 27 se hace referencia a una decisión reciente. Se puso de relieve la diferencia entre la utilización de la presunción en la Ley Modelo y en el Reglamento CE; en la Ley Modelo, el objetivo era el reconocimiento de un procedimiento de insolvencia extranjero y prestar asistencia a ese procedimiento, mientras que en el Reglamento CE se trataba de abrir un procedimiento de insolvencia y

del reconocimiento automático de ese procedimiento por otros Estados de la Unión Europea. Tras deliberar, se convino en que la norma de la presunción enunciada en la Ley Modelo no era la misma que en el Reglamento CE. No obstante, se estimó que había un contraste entre la importancia de la presunción en el párrafo 3 del artículo 16 y las orientaciones dadas en el párrafo 122 de la Guía para la incorporación al derecho interno y que, por tanto, cabía dar más explicaciones. Esta propuesta obtuvo cierto apoyo.

24. En cuanto a los factores que pudieran ser de importancia para rebatir la presunción, una delegación opinó que, a fin de dar claridad y certeza, podría ser apropiado determinar tres o cuatro factores clave que el tribunal habría de examinar al recibir una solicitud de reconocimiento de un procedimiento principal. Los factores clave podrían ser los indicados en el párrafo 42 del documento A/CN.9/WG.V/WP.99, a saber: a) la ubicación de la sede del deudor o del lugar desde donde se desempeñen las funciones administrativas principales; b) el lugar donde se encuentren los directivos de la empresa del deudor; c) la ubicación de los principales bienes del deudor y la ubicación de los acreedores o de la mayoría de los acreedores que se verían afectados por el caso; y m) el lugar que los acreedores reconozcan como centro de actividades de la empresa del deudor. También podrían ser de interés para los hechos concretos de un caso otros factores, como los enunciados en el párrafo 20 del documento A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, aunque no serían tan importantes como los factores clave. El enfoque consistente en que se determinaran algunos factores clave obtuvo cierto apoyo.

25. Según opinó otra delegación, el carácter específico de toda investigación del centro de los principales intereses hacía que no fuera posible o apropiado determinar únicamente algunos factores que fueran aplicables a todos los casos. Se subrayó que lo importante era el análisis global de los factores objetivos pertinentes. En la Guía para la incorporación al derecho interno deberían determinarse varios factores que fueran de interés para rebatir la presunción y deberían citarse como ejemplos, describiéndose lo que esos factores pudieran entrañar y las circunstancias en que pudieran ser pertinentes, sin fijar ninguna prioridad ni determinar el peso que habría que dar a un determinado factor. Los factores deberían presentarse de forma narrativa, y no como una enumeración, ya que una lista podría interpretarse de forma errónea al deducirse que había prioridades o importancias relativas. Este enfoque obtuvo apoyo.

26. Se expresaron reservas sobre la interpretación del texto empleado para describir los factores y sobre el alcance del elemento de verificabilidad requerido en el factor m). Se apoyó en general la idea enunciada en el factor a), si bien se propusieron otros enunciados como “el lugar de la administración central del deudor”. Se observó que el factor b) era demasiado vago y que podría cumplirse, por ejemplo, por referencia al lugar de residencia de la dirección de la empresa, lo cual no era pertinente para la determinación del centro de los principales intereses. Con respecto al factor c) se observó que la ubicación de los bienes del deudor era muchas veces una cuestión clave en la insolvencia y que era improbable que ese factor contribuyera a dar previsibilidad con respecto al centro de los principales intereses. También se expresaron reservas ante la dificultad que entrañaba la aplicación de esos factores en el contexto de un grupo de empresas.

27. En cuanto al factor m), se señaló que, en virtud del Reglamento CE, la verificabilidad era un elemento clave que podría repercutir en otros factores como el

factor a). Se hizo referencia a un caso recientemente resuelto por el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas¹, en el que se decidió que el Reglamento debía interpretarse en el sentido de que el centro de los principales intereses de la empresa del deudor debía determinarse dando mayor importancia al lugar en que se encontrara la administración central de la empresa, que podía determinarse mediante factores objetivos verificables por terceros. Además, el Tribunal resolvió que cuando el lugar en que se encontraran los órganos de gestión y supervisión de la empresa coincidiera con el domicilio social y con el lugar en que se adoptaran las decisiones administrativas de la empresa, de forma que fuera verificable por las partes, la presunción no podía rebatirse. Algunas delegaciones apoyaron la adopción de este enfoque y la inserción de texto pertinente en la Guía para la incorporación al derecho interno, si bien se plantearon cuestiones sobre el significado preciso del requisito de verificabilidad, en particular la identidad de los terceros mencionados y acerca de si la norma era la verificabilidad, por ejemplo, por referencia a documentos formales de los registros de sociedades o por referencia a la información generalmente conocida en el mercado. También obtuvo apoyo la sugerencia de considerar la verificabilidad como factor adicional, y no como factor que repercutiera en otros factores.

28. Obtuvo escaso apoyo la propuesta de adoptar la definición como tal, que figuraba en el documento A.CN.9/WG.V/WP.101. No obstante, el Grupo de Trabajo señaló que los párrafos 1 y 2 se basaban en el Reglamento CE y en la Ley Modelo, respectivamente, y obtuvo cierto apoyo la sugerencia de insertar de alguna forma el párrafo 1 en la Guía para la incorporación al derecho interno. Si bien se expresaron reservas acerca del enunciado concreto de los factores especificados en el párrafo 4 de la definición propuesta, se observó que, en gran medida, esas ideas se reflejaban en los factores enunciados en los documentos de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1 y A/CN.9/WG.V/WP.99 y estaban sujetas a reservas y consideraciones similares con respecto a la interpretación.

29. Obtuvo cierto apoyo la sugerencia de que el juez que abriera el procedimiento extranjero fuera alentado a incluir en la decisión de apertura información acerca de toda prueba que hubiera considerado pertinente para una ulterior solicitud de reconocimiento, conforme a lo señalado en el párrafo 14 del documento A/CN.9/WG.V/WP.99.

30. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que la Guía para la incorporación al derecho interno debería centrarse en la información que incrementara la previsibilidad y diera orientación y asistencia a los jueces de un tribunal receptor al adoptar una decisión sobre el lugar en que se encuentra el centro de los principales intereses. Habría que dar información sobre el motivo por el que la decisión sobre el centro de los principales intereses era tan importante en el contexto de la Ley Modelo y deberían describirse los factores que pudieran ser pertinentes para rebatir la presunción enunciada en el párrafo 3 del artículo 16. Si bien no hubo consenso acerca de si debería haber una enumeración limitada o amplia de los factores o sobre el texto concreto, se pidió a la Secretaría que preparara un material apropiado, teniendo en cuenta las consideraciones planteadas y las conclusiones a las que había llegado el Grupo de Trabajo, a fin de examinarlo en un futuro período de sesiones.

¹ Interdil Srl, en liquidación, caso núm. C-396/09.

2. Efecto del reconocimiento del centro de los principales intereses

31. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si en la Guía para la incorporación al derecho interno deberían tratarse con más detalle los efectos del reconocimiento. Si bien algunas delegaciones propugnaron que se ampliara el comentario y que algunas de las explicaciones, como las que figuraban en el párrafo 143, fueran trasladadas más hacia el principio de la Guía, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que no era preciso abordar más a fondo esa cuestión en la Guía.

3. Repercusiones del fraude

32. El Grupo de Trabajo examinó diversos ejemplos de engaño o de posible fraude, si bien se consideró que probablemente esos términos eran demasiado fuertes para describir ese tipo de comportamiento. Entre estos ejemplos figuraba la utilización de entidades ficticias, las estratagemas fraudulentas denominadas Ponzi, las declaraciones falsas sobre la ubicación del centro de los principales intereses del deudor, el traslado de ese centro con fines indebidos poco antes de la apertura del procedimiento, y los comportamientos engañosos o fraudulentos una vez iniciado el procedimiento de insolvencia. Respecto del traslado del centro de los principales intereses, una delegación opinó que el tribunal receptor debería considerar únicamente la ubicación que se le hubiera presentado; el modo en que se determinara que el centro de los principales intereses se encontraba en ese lugar no era pertinente a efectos del reconocimiento con arreglo a la Ley Modelo. Se señaló que, en varios Estados, el traslado del centro de los principales intereses ante la inminente apertura de un procedimiento de insolvencia se consideraba una actuación legítima basada en la libertad de establecimiento y no plantearía problemas, a menos que se demostrara que era una manipulación encaminada a eludir las repercusiones de la insolvencia. Se señaló asimismo que el traslado del centro de los principales intereses poco antes de abrirse un procedimiento podría ser una decisión sobre la elección del foro encaminada, por ejemplo, a que el procedimiento se entablara en un Estado cuyo régimen de la insolvencia fuera más favorable a la reorganización o a otras soluciones del problema de la insolvencia que convinieran al deudor y que, por lo tanto, no debería plantear problemas. Cuando el centro de los principales intereses indicado fuera ficticio o cuando el procedimiento extranjero se iniciara de forma fraudulenta, el tribunal receptor podría negarse a reconocer el procedimiento y podría invocar la excepción de orden público previsto en el artículo 6 de la Ley Modelo. Cuando la actividad o la actuación engañosa o fraudulenta no pudiera observarse en el momento del reconocimiento, los artículos 17 y 18 de la Ley Modelo permitían al tribunal encargado del reconocimiento reconsiderar su decisión. El Grupo de Trabajo convino en que en el comentario cabría mencionar algunos de esos ejemplos y las posibles soluciones.

4. Momento de determinación del centro de los principales intereses

33. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que en la Ley Modelo no se abordaba la fecha pertinente para la determinación del centro de los principales intereses del deudor en procedimientos de insolvencia extranjeros a efectos de reconocimiento de esos procedimientos. Para tal determinación se sugirieron varias posibilidades: la fecha de solicitud del procedimiento extranjero o la fecha de su apertura (señalándose que en algunos Estados las dos fechas coincidirían), o la fecha de solicitud de reconocimiento del procedimiento extranjero. Se observó que

cada una de esas opciones tenía sus ventajas e inconvenientes. Se opinó que la fecha de solicitud de apertura era más apropiada que la fecha de apertura, especialmente cuando hubiera un lapso de tiempo entre ambas y existiera la posibilidad de que los acreedores y otras partes adoptaran medidas respecto de los bienes del deudor. Si se optaba por la fecha de solicitud de reconocimiento, se comentó que podría haber casos en que, para entonces, se hubiera puesto fin a las actividades de la empresa del deudor, especialmente cuando el reconocimiento se solicitara en una fase tardía del procedimiento extranjero, y en que no pudiera determinarse el centro de los principales intereses o el establecimiento del deudor. En tales casos, la ubicación del representante extranjero puede ser el único lugar que guarde una relación con el procedimiento extranjero. Se sugirió que cuando se solicitara el reconocimiento de varios procedimientos extranjeros concurrentes en un único Estado, el tribunal receptor de ese Estado habría de examinar los diversos procedimientos y decidir qué fecha podría ser pertinente para determinar el centro de los principales intereses. En esos casos, podría ser pertinente aplicar el capítulo IV de la Ley Modelo, relativo a la cooperación y la coordinación, así como los artículos 17 y 18.

34. Se planteó además la cuestión del traslado del centro de los principales intereses poco antes de que se solicite la apertura del procedimiento y de los posibles efectos de ese traslado en el reconocimiento del procedimiento extranjero. A juicio de una delegación, la cuestión del centro de los principales intereses debería ser determinada por el tribunal iniciador al abrirse el procedimiento extranjero. Se respondió que por lo general un tribunal al que se solicitara la apertura de un procedimiento en su ámbito jurisdiccional no examinaba si el procedimiento debía clasificarse como procedimiento principal, sobre la base del centro de los principales intereses, o como procedimiento no principal, basándose en el “establecimiento”; el tribunal se ocupaba más bien de determinar si tenía jurisdicción respecto del deudor. La cuestión de si los procedimientos se calificaban de principales o de no principales tenía únicamente interés en relación con el tema del reconocimiento en virtud de la Ley Modelo y, por tanto, debía ser examinada por el tribunal receptor. Como ya se ha señalado (véase el párrafo 29 *supra*), toda información pertinente sobre el centro de los principales intereses o el establecimiento del deudor que el tribunal iniciador pudiera incluir en su orden de apertura podría resultar de gran utilidad para el tribunal receptor, aunque no fuera determinante ni vinculante para este último tribunal, que habría de cerciorarse de si el procedimiento extranjero cumplía los requisitos de la Ley Modelo.

35. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un texto en que se planteara el problema, se propusieran posibles fechas y se analizaran las diversas ventajas y desventajas de cada una de ellas.

C. Grupos de empresas

36. El Grupo de Trabajo estudió si, a pesar de que la Ley Modelo no era aplicable a los grupos de empresas como tales, cabría agregar a la Guía para la incorporación al derecho interno material relativo a los grupos de empresas y al tratamiento que se había dado a esos grupos en la práctica.

37. El Grupo de Trabajo convino en que el tema era muy importante, ya que reflejaba la actual realidad comercial de los negocios en el mundo y de los

procedimientos de insolvencia transfronteriza. En cuanto a la propuesta de agregar material a la Guía sobre la incorporación al derecho interno, si bien se expresaron algunas reservas al respecto, se convino en que debería insertarse una referencia a la tercera parte de la Guía Legislativa y a las soluciones adoptadas para el tratamiento de los grupos de empresas en la insolvencia, particularmente en el contexto internacional. Al margen de ello, no obstante, y en particular en relación con el concepto del centro de los principales intereses de un grupo de empresas, se sugirió que, una vez que el Grupo de Trabajo hubiera llegado a un acuerdo sobre los factores importantes para determinar el centro de los principales intereses de un deudor individual, cabría la posibilidad de estudiar con mayor detenimiento la cuestión de los grupos de empresas y, en particular, si procedería aplicar esos factores en el contexto de un grupo de empresas.

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

A. Forma de posibles principios o directrices

38. El Grupo de Trabajo inició sus deliberaciones sobre este tema con un debate sobre la posible forma de su labor. El Grupo de Trabajo convino en que el objetivo de esa labor era dar orientación sobre las responsabilidades y obligaciones que tenían los directores y ejecutivos durante el período previo a la apertura del procedimiento de insolvencia, a fin de promover la adopción oportuna de medidas en caso de precariedad financiera que facilitarían la rehabilitación de la empresa del deudor, al tiempo que se redujeran al mínimo los perjuicios causados a los acreedores y a otras partes interesadas. Para lograr ese objetivo, habría que tener en cuenta, por un lado, la conveniencia de ofrecer incentivos para fomentar la adopción oportuna de medidas ante situaciones de precariedad financiera y, por otro, las repercusiones que las obligaciones impuestas pudieran tener en la capacidad de las empresas para atraer a personal cualificado para desempeñar cargos de control y de influencia y seguir ejerciéndolos en situaciones de precariedad financiera e insolvencia. Se señaló que una de las consecuencias no deseadas podría ser que los directores adoptaran medidas innecesarias, como la solicitud de procedimientos formales de insolvencia en una etapa inicial con el mero objetivo de eludir obligaciones onerosas o sanciones. El Grupo de Trabajo convino en que la vía de una guía legislativa podría servir para lograr ese objetivo, ya que con ella se podría ofrecer un comentario sobre las ventajas y los inconvenientes de los distintos enfoques y recomendar, en su caso, la mejor práctica.

B. Determinación de las personas que habrán de asumir las obligaciones

39. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 39º período de sesiones, convino en que, como punto de partida, sería adecuado que correspondiera a los titulares oficiales de todo cargo directivo, ya se tratara de personas físicas o jurídicas, asumir las obligaciones pertinentes. En cuanto a las otras personas que pudieran tener que cumplir una obligación, en el Grupo de Trabajo se expresaron diversas opiniones. A juicio de una delegación, esa obligación debería hacerse extensiva a los

administradores y a otras personas con responsabilidades de gestión y supervisión de la empresa y a aquellas que ejercieran influencia sobre la misma, exceptuando a los asesores profesionales. Según otra delegación, era difícil determinar a quién correspondería cumplir una obligación si se desconocía el alcance de la obligación que fuera a imponerse. Si, por ejemplo, la obligación consistiera en adoptar medidas oportunas para hacer frente a la precariedad financiera solicitando la apertura de un procedimiento de insolvencia, tal obligación habría de corresponder únicamente a los titulares oficiales de cargos directivos. Cuando se previera una obligación más amplia, como el pago de indemnizaciones por los perjuicios causados, la obligación podría asignarse a categorías más amplias de personas, si bien la imposición de obligaciones de esa índole tendría probablemente efectos perturbadores e iría en contra de los incentivos que se habían considerado el objetivo de la labor del Grupo de Trabajo.

40. Según otra opinión, tal vez sería conveniente no hacer referencia a los directores en absoluto, ya que en los Estados podría haber distintas definiciones y formas de entender el concepto de director. Se sugirió asimismo que tal vez sería más conveniente adoptar una descripción más amplia, con mayores objetivos, que abarcara a las personas encargadas de dirigir la empresa, o bien dejar que la cuestión se determinara de conformidad con el derecho nacional.

41. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que las orientaciones hicieran referencia a los titulares oficiales de cargos directivos y que en el comentario se definieran el alcance y el significado del término “director” y se dieran ejemplos de tipos de administradores y otras partes que pudieran quedar abarcados por ese concepto.

C. Determinación del momento en que nacen los deberes

42. El Grupo de Trabajo recordó que, en su anterior período de sesiones, había convenido en que los deberes nacerían cuando el deudor pasara a ser insolvente o estuviera al borde de la insolvencia, si bien solamente serían ejecutables una vez que se hubiera abierto el procedimiento de insolvencia (A/CN.9/715, párr. 81).

43. Como cuestión preliminar, se sugirió que la labor se centrara en las obligaciones de los directores en la fase de preinsolvencia, más que en los deberes, y, recordando las deliberaciones sobre la forma de la labor, se tratara de estimular y fomentar un comportamiento correcto. Esta propuesta obtuvo cierto apoyo, si bien se consideró que, a fin de promover un comportamiento correcto, sería necesario que hubiera una posibilidad real de responsabilidad.

44. Se observó en general que sería muy difícil definir el momento en el que nacería una obligación en función de un determinado criterio. Se sugirieron diversos posibles indicadores, como el momento en que los directores deberían haber sabido que no quedaba ninguna posibilidad razonable de evitar la insolvencia; el momento en que los directores se percataran o debieran haberse percatado de que la insolvencia era ineludible; el momento en el que se produjera la insolvencia propiamente dicha, independientemente de cómo se definiera; y el momento a partir del cual corriera peligro la continuidad de la empresa. Al examinarse estos indicadores temporales, una delegación estimó que algunos podrían ser demasiado tardíos o preceder casi de inmediato a la apertura de un procedimiento de

insolvencia, como los casos de insolvencia de hecho o insolvencia inminente, y que las obligaciones deberían nacer antes de que se llegara a una situación irreversible de precariedad financiera o antes de que la insolvencia resultara inevitable.

45. Se puso de relieve que el debate solamente debería centrarse en las obligaciones que pudieran hacerse cumplir en virtud del régimen de la insolvencia una vez que se hubiera abierto el procedimiento de insolvencia, y no en los tipos de obligaciones que pudieran ser aplicables en virtud del derecho de sociedades. Una vez que el procedimiento de insolvencia se hubiera abierto, el representante de la insolvencia podría adoptar diversas medidas, como hacerse de nuevo con los bienes transferidos por una suma inferior a su valor antes de la apertura del procedimiento, a fin de mitigar los perjuicios causados a la empresa del deudor. Los resultados de esas medidas redundarían en beneficio de la masa de la insolvencia. Se recalcó también que en tal caso las obligaciones complementarían a las previstas por el derecho de sociedades.

46. Tras deliberar, se convino en que si bien se apoyaba en general el criterio de un período previo a la apertura del procedimiento de insolvencia, en el actual período de sesiones no se pudo llegar a un consenso sobre la forma de describir ese período. Se pidió a la Secretaría que preparara material en el que se proporcionara información sobre los distintos criterios seguidos en las leyes existentes que regulaban esta cuestión y que sopesara las ventajas e inconvenientes de cada uno de ellos.

D. Determinación de las personas beneficiarias de esos deberes

47. El Grupo de Trabajo recordó que, en su anterior período de sesiones, se habían analizado diversas cuestiones relativas a este problema, inclusive si el beneficiario de la obligación sería el conjunto de los acreedores o la masa de la insolvencia en sí (un criterio que se consideró acorde con la Guía Legislativa y que implicaría un enfoque práctico basado en la determinación de toda categoría eventual de beneficiarios de las sumas recuperadas para la masa).

48. Si bien se señaló que esta cuestión dependía del momento en que las obligaciones pudieran nacer, sobre el cual no hubo consenso, el Grupo de Trabajo expresó varias opiniones sobre las partes que podrían ser beneficiarias de las obligaciones. Entre ellas figuraría la empresa propiamente dicha (lo que abarcaría la protección de los bienes y de los intereses de los accionistas y de otras partes pertinentes), los acreedores en su conjunto o los accionistas. Se observó que tal vez no fuera posible definir el límite entre la fase previa a la insolvencia y la posterior a ella, de modo que antes de la insolvencia el beneficiario de las obligaciones sería, por ejemplo, la empresa conforme al derecho de sociedades aplicable mientras que, después de la apertura del procedimiento de insolvencia, la atención se centraría únicamente en los acreedores. Se consideró más bien que en ambas fases había intereses diversos, aun cuando uno de ellos podía pasar a ser más importante que otro cuando la empresa pasara de una de esas fases a otra.

E. La naturaleza de los deberes o de los tipos de conducta indebida

49. Si bien no hubo consenso sobre el momento en que podrían imponerse a los directores obligaciones adicionales en virtud de la ley, se formularon muchas sugerencias acerca de los efectos que podrían tener esas obligaciones, una vez que se hubiera llegado al momento pertinente. Entre esas consecuencias figurarían la modificación de las prácticas de gestión de modo que se tuviera en cuenta una gama de partes interesadas más amplia que la prevista en el derecho de sociedades; la preparación de un informe sobre la posibilidad de reestructuración; una actuación razonable habida cuenta de las circunstancias y la solicitud de asesoramiento profesional; la adopción de medidas para reducir al mínimo las pérdidas sufridas por la empresa; la búsqueda independiente de información sobre la situación financiera de la empresa sin contar exclusivamente con los datos facilitados por los directivos de la empresa; la adopción de medidas preventivas adecuadas para impedir que la empresa caiga en la insolvencia; evitar adoptar medidas que agraven la situación, como la transferencia de bienes de la empresa por una suma inferior a su valor; la solicitud de una auditoría externa; asegurar que se tengan en cuenta los mejores intereses de todas las partes interesadas al determinar las medidas que puedan adoptarse; y evitar la pérdida de empleados de importancia clave.

50. Tras deliberar, se llegó a la conclusión de que los tipos de obligaciones a que se hacía referencia podían superponerse en cierta medida a las generalmente aplicables en virtud del derecho de sociedades y a las previstas en el régimen de la insolvencia. Hubo acuerdo en que toda medida que se propusiera al respecto no debería restringir ni obstaculizar las obligaciones aplicables en virtud de otra rama del derecho, como el derecho de sociedades, el derecho penal, el derecho de responsabilidad extracontractual o el derecho civil. Se convino también en que cuando una empresa se encontrara en la fase de preinsolvencia, sea cual fuera la definición que se le diera, los directores deberían plantearse medidas suplementarias y a este respecto se formularon varias sugerencias (véase el párrafo 49 *supra*). Se llegó también a la conclusión de que el Grupo de Trabajo no estaba examinando la obligación de solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia y, a ese respecto, se hizo referencia a la Guía Legislativa (segunda parte, capítulo I, párrafos. 35 y 36), donde se había abordado previamente esa cuestión.

F. Determinación de los recursos ejercitables

51. Se hicieron presentaciones breves ante el Grupo de Trabajo sobre los recursos ejercitables en distintas legislaciones nacionales. Se pidió a la Secretaría que examinara los distintos enfoques adoptados en las leyes nacionales, a fin de determinar un terreno común y de presentar material sobre esos puntos comunes con objeto de poderlo examinar en un futuro período de sesiones.

G. Cuestiones transfronterizas

52. El Grupo de Trabajo convino en que las cuestiones transfronterizas se examinaran en un futuro período de sesiones, una vez que se hubieran aclarado todos los temas tratados en el actual período de sesiones.