



Asamblea General

Distr. limitada
4 de septiembre de 2002
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
27º periodo de sesiones
Viena, 9 a 13 de diciembre de 2002

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Nota de la Secretaría

Índice

[La introducción y la primera parte del proyecto de guía figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63; el capítulo I de la segunda parte, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 y Add.2; y el capítulo II. B, en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.4. Los capítulos III a VII se recogen en adiciones subsiguientes]

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Segunda parte		
II. Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia		2
A. Condiciones de admisibilidad y jurisdicción	1-13	2
1. Condiciones de admisibilidad: deudores a los que será aplicable el régimen de la insolvencia	1-6	2
2. Jurisdicción	7-13	5
Recomendaciones	11)-16)	7



Los números de párrafos que figuran entre corchetes [...] remiten a los números de los párrafos pertinentes del documento A/CN.9/WG.V/WP.58, que es la versión anterior del texto de la Guía.

Los números de las recomendaciones que figuran entre corchetes [...] se refieren a las recomendaciones pertinentes enunciadas en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.61 y A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, que corresponden a la versión anterior de las recomendaciones. El texto añadido a las recomendaciones aparece subrayado en el presente documento.

Segunda parte (continuación)

II. Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia

A. Condiciones de admisibilidad y jurisdicción

1. Condiciones de admisibilidad: deudores a los que será aplicable el régimen de la insolvencia

1. Antes de preparar un régimen general de la insolvencia que afecte a los deudores con actividades comerciales, es importante determinar y definir claramente cuáles serán los deudores a los que se aplicará dicho régimen. Cuando se excluya a un deudor del proceso, ese deudor dejará de gozar del amparo que ofrece y no estará sujeto a su disciplina. Ello justifica que se elabore un régimen de la insolvencia de carácter exhaustivo que prevea excepciones limitadas. Al elaborar los criterios de admisibilidad de un régimen de la insolvencia que indiquen el tipo de deudores cuyo negocio podrá ser objeto de liquidación o de reorganización y los que quedarán excluidos de ese régimen, se plantean dos cuestiones. La primera es si la ley ha de distinguir entre los deudores que sean personas físicas y los deudores que constituyan algún tipo de sociedad o empresa de responsabilidad limitada, lo que suscitará a su vez cuestiones de política general y de política social o de otra índole; la segunda cuestión es el tipo de deudores (independientemente de que el deudor sea una sociedad mercantil o una persona física), si los hubiere, a los que no habría de aplicarse el régimen de la insolvencia.

2. Los países suelen definir el ámbito de aplicación de sus regímenes de insolvencia en función de distintos criterios. Algunos aplican sus regímenes a todos los deudores y prevén ciertas excepciones concretas, como las que se analizan más adelante. Otros distinguen entre los deudores que son personas físicas y los deudores que son personas jurídicas, a los que aplican distintos regímenes de la insolvencia. Otro criterio consiste en distinguir las personas jurídicas o las personas físicas en función de la actividad comercial (o de consumidores) que lleven a cabo. Algunos de estos regímenes tratan de la insolvencia de los “comerciantes”, por lo que se entiende las personas cuya ocupación habitual es la actividad comercial, o de las sociedades constituidas conforme al derecho mercantil y de otras entidades que suelen dedicarse a la actividad comercial. En algunos regímenes también se prevén distintos procedimientos en función del grado de endeudamiento, y varios países han elaborado regímenes especiales de la insolvencia aplicables a distintos sectores de la economía, en particular el sector agrícola.

a) Deudores: personas físicas dedicadas a la actividad comercial

3. [1] La política hacia el endeudamiento y la insolvencia de una persona física refleja a menudo actitudes culturales no aplicables a una sociedad mercantil que pueden incluir, por ejemplo, la postura hacia el endeudamiento contraído por una persona; el auxilio otorgable al deudor que no pueda atender al servicio de su deuda; la degradación social de la condición personal del deudor por efecto de la quiebra; la necesidad de orientación y asesoramiento educativo en relación con la deuda personal; y la posibilidad de ofrecer una nueva oportunidad a los deudores mediante la liberación eventual de ciertas deudas o medidas ejecutorias. En contraste, la política aplicable a la insolvencia en el sector mercantil se regirá por consideraciones económicas y comerciales dimanantes, por ejemplo, de la importante función de las sociedades mercantiles en la economía; la necesidad de preservar y fomentar la actividad comercial y empresarial; y la necesidad de alentar la concesión de préstamos y de proteger a los acreedores cuando se concedan préstamos.

4. [2] La cuestión principal objeto de examen se refiere a las personas físicas que se dedican a actividades comerciales (por ejemplo, una sociedad comercial o un comerciante individual) y consiste en determinar si han de quedar comprendidas o no en el ámbito de aplicación del régimen de la insolvencia comercial. Si bien los intereses de los deudores comerciales que son personas físicas difieren de los de los deudores consumidores que también son personas físicas, al menos en algunos aspectos de su endeudamiento, a menudo es difícil disociar el endeudamiento personal de una persona física de su endeudamiento comercial a efectos de determinar el régimen de la insolvencia que se aplicará. Pueden idearse diversos criterios para facilitar esa determinación, basados por ejemplo, en el tipo de negocio, en el nivel de endeudamiento y en la relación entre ese endeudamiento y el tipo de negocio. El desarrollo de una actividad comercial puede manifestarse por hechos como la inscripción del negocio en un registro de comerciantes o de otra categoría de agentes comerciales, la constitución del negocio en sociedad conforme al derecho mercantil, el carácter mismo de las actividades comerciales, el suministro de información sobre el volumen de ventas y sobre el activo y el pasivo y [...]. En muchos países los deudores con actividad comercial que son personas físicas quedan comprendidos en los regímenes de la insolvencia comercial. La experiencia de algunos países indica que si bien las actividades de los comerciantes que son personas físicas forman parte del comercio, es preferible que esas actividades se rijan por el régimen de la insolvencia personal, ya que en última instancia el propietario de un negocio personal desarrollará su actividad comercial en un marco según el cual será personalmente responsable, sin límite alguno, de las deudas de su negocio. La insolvencia de los comerciantes que son personas físicas plantea asimismo difíciles cuestiones en materia de exoneración (liberación del deudor de su responsabilidad total o parcial por concepto de ciertas deudas una vez concluido el procedimiento), como el plazo que ha de transcurrir antes de que se exonere al deudor y la índole de las obligaciones que han de liberarse o exceptuarse de la exoneración. Las deudas que a menudo no pueden exonerarse son asuntos de índole personal relativos, por ejemplo, al arreglo concertado a raíz de una sentencia de divorcio o a la obligación de pagar una pensión alimentaria. Además, la inclusión del supuesto de la insolvencia personal en el régimen de la insolvencia comercial podría desincentivar en algunos países la aplicación del régimen de la insolvencia comercial, habida cuenta de la actitud social negativa que suscita la insolvencia

personal, independientemente de su carácter comercial. Convendría que se tuvieran en cuenta estas consideraciones al preparar un régimen para la insolvencia comercial. La presente Guía se centra en la realización en sí de la actividad comercial, prescindiendo del medio que se escoja para hacerlo, y determina las cuestiones para las que habrá que elaborar otras disposiciones o disposiciones suplementarias, si los deudores que son personas físicas quedan comprendidos en el ámbito del régimen de la insolvencia.

b) Empresas públicas

5. [3] Un régimen general de la insolvencia puede ser aplicable a todo tipo de negocios, tanto privados como públicos, particularmente los de empresas públicas que compitan en el mercado como sociedades comerciales sujetas a los mismos avatares comerciales y económicos que una empresa privada. El hecho de que una empresa sea de propiedad pública no constituye, de por sí, una base para excluirla del régimen general de la insolvencia, aunque algunos países adopten ese criterio. Cuando el Estado cumple distintas funciones respecto a la empresa no sólo como propietario, sino también como prestamista y principal acreedor, no serán aplicables los incentivos normales, podrá ser difícil lograr soluciones de avenencia y hay motivos claros para que se plantee una incompatibilidad de intereses. Por consiguiente, la sumisión de las empresas públicas al régimen de la insolvencia ofrece la ventaja de someterlas a la disciplina propia de ese régimen, dando claramente a entender que no gozarán de un apoyo financiero ilimitado y fijando un procedimiento que puede reducir al mínimo la incompatibilidad de intereses. Cabría exceptuar de esa política general a toda empresa cuyos compromisos hayan sido explícitamente garantizados por alguna razón de orden público por las autoridades y cuando el régimen de las empresas públicas forme parte de una política macroeconómica especial, por ejemplo, de un programa de privatización general. En estos casos, no estaría de más que se examinara la conveniencia de promulgar alguna norma especial que resuelva toda cuestión pertinente que pueda surgir, por ejemplo, en materia de insolvencia. La presente Guía no se ocupa de cuestiones que se refieren concretamente a este tipo de legislación independiente.

c) Entidades que requieren un tratamiento diferenciado

6. [4] Si bien puede ser conveniente que la protección y la disciplina de un régimen de la insolvencia beneficien a la más amplia gama posible de entidades, cabe prever un trato diferenciado para cierto tipo de entidades de índole especializada, como los bancos y las compañías de seguros, las empresas de servicios públicos y los agentes de valores bursátiles o de productos básicos. Muchos regímenes de la insolvencia prevén excepciones para estos tipos de entidades, lo que se justifica en general por el hecho de que todas esas entidades suelen estar sujetas a algún régimen reglamentario especial. Estos regímenes reglamentarios con frecuencia contienen disposiciones relativas a la insolvencia de las entidades reguladas. La presente Guía no se ocupa en particular de ninguna de las consideraciones especiales que puedan ser aplicables a entidades de esa índole ni de la insolvencia de los consumidores.

2. Jurisdicción

7. [5] Además de reunir los atributos comerciales o empresariales requeridos, el deudor deberá tener una vinculación suficiente con el Estado del foro para estar sujeto a su régimen de la insolvencia. En muchos casos, no se planteará si corresponde o no aplicar el régimen de la insolvencia porque el deudor será nacional o residente de dicho Estado y ejercerá su actividad comercial por conducto de una entidad inscrita o constituida en él. No obstante, cuando hay que determinar si existe o no vinculación entre el deudor y el Estado, los regímenes de la insolvencia prevén como factores de conexión que el deudor tenga el centro de sus principales intereses en el Estado, que tenga su establecimiento en el Estado o que posea bienes en el Estado.

a) Centro de los principales intereses del deudor

8. [6] Si bien en algunos ordenamientos se utiliza como factor de conexión el denominado establecimiento principal de la empresa deudora, la CNUDMI ha adoptado en la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza (denominada en adelante “la Ley Modelo de la CNUDMI”) el denominado “centro de principales intereses” del deudor como factor determinante del lugar donde deberá celebrarse el “procedimiento principal” contra ese deudor. Si bien la Ley Modelo trata de cuestiones de insolvencia internacional, el factor de conexión representado por el “centro de principales intereses” también es aplicable a los supuestos de insolvencia nacional. Ese concepto se utiliza también en la Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional y en el Reglamento N° 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, del Consejo (CE) relativo a los procedimientos de insolvencia (denominado en adelante “el Reglamento del CE”). La Ley Modelo de la CNUDMI no define este concepto; en el decimotercer párrafo del preámbulo del Reglamento del CE se indica que esa expresión debe entenderse como “el lugar en que el deudor administra ordinariamente sus intereses y que, por lo tanto, los terceros pueden determinar”. Otro factor de conexión adecuado sería el indicado en el párrafo 3 del artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI y en el artículo 3 del Reglamento del CE, a saber: se presumirá que el centro de los principales intereses del deudor es su domicilio social, o su residencia habitual si se trata de una persona física, salvo que se demuestre que el centro de sus principales intereses se encuentra en algún otro lugar. Todo deudor debe quedar sujeto al régimen de la insolvencia del Estado donde tenga el centro de sus principales intereses.

9. [7] Sin que sea óbice la adopción del “centro de los principales intereses” del deudor como factor de conexión, cabe prever que un deudor que posea bienes situados en dos o más Estados satisfaga las condiciones para quedar sujeto al régimen de la insolvencia de más de un Estado, ya sea porque se apliquen, en esos Estados, diversos criterios para determinar las condiciones de admisibilidad, o porque se apliquen diversas interpretaciones de un mismo criterio, dando así lugar a que se abra un procedimiento aparte contra ese deudor en cada uno de esos países. En esos casos, será conveniente disponer de un régimen basado en la Ley Modelo de

la CNUDMI que resuelva los problemas de coordinación y cooperación, que no dejarán de surgir entre esos procedimientos (véase segunda parte, capítulo VIII)¹.

b) Establecimiento

10. [8] En algunos ordenamientos está prevista la apertura de un procedimiento de insolvencia en todo Estado donde el deudor tenga un establecimiento. En el artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI se define el término “establecimiento” como “todo lugar de operaciones en que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios”. El artículo 2 del Reglamento del CE contiene una definición similar que, sin embargo, omite la referencia a “servicios”. Básicamente, el establecimiento será un centro de operaciones comerciales del deudor, sin que sea necesariamente el centro de sus principales intereses. Esta definición, al igual que la expresión “centro de principales intereses”, es importante para la estructura global de la Ley Modelo de la CNUDMI y su tratamiento de los supuestos de insolvencia transfronteriza como criterio de reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjera y la aplicación de limitaciones de las medidas otorgables. Por consiguiente, esa definición es pertinente para un régimen de insolvencia nacional y la apertura de un procedimiento respecto de los bienes del establecimiento de un deudor que estén situados en un Estado determinado. En muchos países, los gerentes de un establecimiento imposibilitado de satisfacer el pago de sus deudas tendrán que responder personalmente frente a los acreedores, a menos que soliciten la apertura de un procedimiento de insolvencia. Por ende, es necesario que el régimen de la insolvencia del Estado prevea que podrá abrirse un procedimiento con arreglo al recurso al criterio del establecimiento.

11. [8] El Reglamento del CE prevé análogamente la apertura de un procedimiento de insolvencia secundario en todo territorio donde el deudor posea un establecimiento. Por lo general, la competencia del foro que entienda de ese procedimiento se limitará a los procedimientos de liquidación de los bienes del deudor situados en el territorio de ese Estado. Según del carácter del negocio del deudor y de los bienes de que se trate, puede plantearse un número limitado de situaciones en que sea posible abrir un procedimiento de reorganización basándose en el criterio del establecimiento.

c) Presencia de bienes

12. [9] Algunos ordenamientos prevén la apertura de un procedimiento de insolvencia por un deudor, o contra un deudor, que tenga o haya tenido bienes en el territorio del Estado del foro sin exigir que el deudor posea en dicho territorio un establecimiento o el centro de sus principales intereses. En la Ley Modelo de la CNUDMI no se prevé el reconocimiento de la apertura de un procedimiento extranjero basándose en el recurso al criterio de la presencia de bienes. Se prevé, sin embargo, que una vez que se haya reconocido en el Estado extranjero un procedimiento abierto en el territorio en el que el deudor tenga el centro de sus

¹ Se ha propuesto que se incorpore a la presente Guía como capítulo complementario la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno (revisándola a la luz de las nuevas prácticas que hayan surgido en ese ámbito desde la aprobación de la Ley Modelo).

principales intereses, podrá abrirse un procedimiento nacional con arreglo al criterio de la presencia de bienes en el Estado reconocedor en relación con esos bienes nacionales².

13. [9] Tal vez quepa hacer una distinción entre los procedimientos de liquidación y los de reorganización que se abran con arreglo al criterio de la presencia de bienes; si bien este criterio puede servir de base para abrir un procedimiento de liquidación respecto de determinados bienes situados en un Estado, la mera presencia de esos bienes tal vez no justifique la apertura de un procedimiento de reorganización, en particular cuando el procedimiento abierto en el centro de principales intereses sea un procedimiento de liquidación. Aunque un país prevea que la presencia de bienes bastará para abrir un procedimiento de reorganización (y que ese procedimiento abarque los bienes del deudor dondequiera se encuentren), será necesario coordinar ese procedimiento con los que se entablen en otros foros en que el deudor tenga el centro de sus principales intereses y, posiblemente, establecimientos. Por consiguiente, el recurso al criterio de la presencia de bienes en el territorio de un Estado puede suscitar el problema de la pluralidad de foros competentes, así como de la apertura de diversos procedimientos, lo que dará lugar a cuestiones de coordinación y cooperación que estén ya resueltas en la Ley Modelo de la CNUDMI (véase segunda parte, capítulo VIII).

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre las condiciones de admisibilidad y la jurisdicción tienen por objeto determinar:

- a) qué tipos de deudores pueden estar sujetos al régimen [general] de la insolvencia;
- b) qué tipos de deudores pueden ser excluidos del régimen [general] de la insolvencia;
- c) qué deudores tienen una vinculación suficiente con un Estado para estar sujetos a su legislación de insolvencia; y
- d) qué tribunales serán competentes en materia de insolvencia.

Contenido de las disposiciones legales

Condiciones de admisibilidad

11) El régimen de la insolvencia debería regir los procedimientos de insolvencia de todos los deudores, incluidas las personas físicas y las empresas públicas dedicadas a actividades comerciales.

² Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 28.

12) Las exclusiones de la aplicación del régimen [general] de la insolvencia deben ser limitadas y estar claramente especificadas en la ley.³

Jurisdicción

13) El régimen de la insolvencia debería especificar qué deudores tienen una vinculación suficiente con un Estado para estar sujeto a su régimen de la insolvencia. Si bien el factor de conexión puede determinarse de distintas maneras, los criterios que justifiquen que un deudor pueda estar sujeto a un procedimiento de insolvencia han de ser, entre otros, si:

- a) el deudor tiene el centro de sus principales intereses en el Estado; o
- b) el deudor tiene un establecimiento en el Estado.

14) Al interpretar el concepto de “centro de sus principales intereses”, el régimen de la insolvencia debería prever una presunción de que, a falta de prueba en contrario, el centro de los principales intereses de una persona jurídica está en el Estado en que tiene su oficina registrada y el centro de los principales intereses de una persona física está en el Estado en que tiene su residencia habitual.

15) El régimen de la insolvencia ha de entender por “establecimiento” “todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios”⁴.

16) [15)] El régimen de insolvencia debería indicar claramente qué tribunal es competente en los procedimientos de insolvencia y en las materias que se planteen en la práctica de ese procedimiento.

³ Las entidades altamente reguladas, como los bancos y las compañías de seguros, pueden requerir un tratamiento especial que puede enunciarse apropiadamente en un régimen de insolvencia diferenciado o mediante disposiciones especiales en el régimen general. Si se ha elaborado un régimen especial o disposiciones especiales, esas entidades pueden ser excluidas de las disposiciones del régimen general de la insolvencia.

⁴ Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, art. 2 f).