Naciones Unidas A/CN.9/647

Asamblea General

Distr. general
14 de marzo de 2008
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
41º período de sesiones
Nueva York, 16 de junio a 3 de julio de 2008

Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor realizada en su 34º período de sesiones (Nueva York, 3 a 7 de marzo de 2008)

Índice

		Párrafos	*Página*
I.	Introducción	1-4	2
II.	Organización del período de sesiones	5-10	2
III.	Deliberaciones y decisiones	11	4
IV.	Tratamiento de los grupos de empresas en un procedimiento de insolvencia	12-91	4
	A. Glosario	12-29	4
	B. Comienzo de la insolvencia: cuestiones de ámbito interno	30-84	7
	1. Solicitud de apertura y comienzo de las actuaciones: solicitudes conjuntas	30-35	7
	2. Coordinación procesal	36-44	8
	3. Financiación posterior a la apertura de un procedimiento	45-54	10
	4. Procedimientos de impugnación	55	12
	5. Consolidación patrimonial	56-65	12
	6. Recomendaciones suplementarias relativas a la consolidación patrimonial	66-75	14
	7. Nombramiento del representante de la insolvencia	76-84	17
	C. La declaración de insolvencia: cuestiones internacionales	85-91	18

V.08-52045 (S) 170408 180408

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 sociedades en la 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 en 2006, 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 (la guía legislativa) y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (la Ley Modelo) 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 sociedades 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 sociedades, podrían tratarse del mismo modo que en la Guía Legislativa y en la Ley Modelo. Se señaló también que el posible resultado de esta labor podría revestir la forma de recomendaciones legislativas respaldadas por un análisis de las consideraciones normativas del caso (A/CN.9/618, párr. 70).

3. En su 32° período de sesiones, celebrado en mayo de 2007, el Grupo de Trabajo continuó su examen del tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia basándose en notas de la Secretaría relativas al régimen aplicable a los grupos de sociedades 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 sociedades, 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, el Grupo de Trabajo prosiguió su análisis del régimen aplicable a los grupos de empresas (designadas previamente “grupos de sociedades”) en un procedimiento de insolvencia, basándose para ello en las notas de la Secretaría relativas al trato que se da en el derecho interno a los grupos de empresas (A/CN.9/WG.V/WP.78 y Add.1). Después de un debate preliminar acerca del calendario para su examen de las cuestiones de ámbito internacional concernientes al régimen aplicable a los grupos de empresas en un procedimiento de insolvencia, el Grupo de Trabajo decidió examinar esas cuestiones en su 34º período de sesiones, en marzo de 2008.

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 34º período de sesiones en Nueva York del 3 al 7 de marzo de 2008. Asistieron al período de sesiones

representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Australia, Belarús, Benin, Camerún, Canadá, Chile, China, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, Guatemala, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Letonia, Madagascar, Malasia, México, Mongolia, Nigeria, Noruega, Pakistán, Paraguay, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Senegal, Singapur, Sudáfrica, Suiza, Tailandia, Uganda y Venezuela (República Bolivariana de).

6. Asistieron también al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Bélgica, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, Irlanda, Malí, Mauritania, Países Bajos, Perú, Rumania, Santa Sede, Trinidad y Tabago 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;

b) **Organizaciones intergubernamentales**: Asociación Internacional de Organismos Reguladores de la Insolvencia, Comisión Europea (CE), Consejo de la Asamblea Interparlamentaria de Naciones Miembros de la Comunidad de Estados Independientes (CEI) y Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana.

c) **Organizaciones internacionales no gubernamentales invitadas por el Grupo de Trabajo**: American Bar Association (ABA), American Bar Foundation (ABF), Asociación Internacional de Abogados, Centro Nacional de Investigaciones Jurídicas para el Libre Comercio, Commercial Finance Association (CFA), Confederación Internacional de Mujeres Especializadas en Insolvencia y Reestructuración (IWIRC), Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL), Grupo de Trabajo Internacional sobre el Régimen Europeo de la Insolvencia, International Credit Insurance and Surety Association (ICISA), International Insolvency Institute (III) y Unión Asiática de Compensación.

8. El Grupo de Trabajo eligió la siguiente Mesa:

Presidente: Sr. Wisit Wisitsora-At (Tailandia)

Relator: Sr. Rodrigo Rodriguez (Suiza)

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

a) Programa provisional anotado (A/CN.9/WG.V/WP.79); y

b) Una nota de la secretaría sobre el tratamiento de los grupos de empresas en un procedimiento de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.80 y Add.1).

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 regulación de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

11. El Grupo de Trabajo prosiguió su análisis del trato que debe darse a los grupos de empresas en un procedimiento de insolvencia basándose en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.80 y Add.1, así como en otros documentos a los que se hace remisión en aquéllos. A continuación se recogen las deliberaciones que sobre este tema mantuvo el Grupo de Trabajo y las decisiones que adoptó al respecto.

IV. Tratamiento de los grupos de empresas en un procedimiento de insolvencia

A. Glosario

12. El Grupo de Trabajo examinó el glosario tomando como base el documento A/CN.9/WG.V/WP.80.

Observaciones generales

13. Se señaló que la función del Glosario no debería consistir en ofrecer definiciones legislativas de los términos o conceptos pertinentes sino dar a los lectores una idea general del modo en que se empleaban dichos términos y conceptos. Se recordó al Grupo de Trabajo que los términos y expresiones que se explicaban en el Glosario podían utilizarse de diversos modos y con muy variados fines, inclusive en el contexto del régimen de la insolvencia, y que en los distintos ordenamientos esos términos y expresiones podían verse de distintas maneras. Se sugirió que las explicaciones de los términos y conceptos enunciados en el Glosario se redactaran con la mayor sencillez posible y que las cuestiones de política normativa y los ejemplos pertinentes se abordaran en el comentario o en la nota explicativa correspondiente a los conceptos definidos. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que se incluyera una sección introductoria similar a la que figura en el párrafo 6 de la sección correspondiente al Glosario de la Guía Legislativa, con miras a informar a los lectores de la finalidad del Glosario, y que también se redactara una nota explicativa en la que se facilitara información más detallada sobre los principios en que se sustentan los distintos términos y expresiones.

a) Grupo de empresas

14. Se apoyó la propuesta de suprimir la alusión a que las empresas “estén o no constituidas en sociedad mercantil”, por estimarse que la cuestión ya se trataba en la definición de “empresa”.

15. También se apoyó la propuesta de suprimir la mención del concepto del “capital”, sustituyéndolo por el del “propiedad”. Se puso de relieve que el capital era un ejemplo de lo que podía tener por consecuencia el control y que la explicación o definición debía centrarse precisamente en este último concepto. Frente a esta argumentación, se expresó la opinión de que en la explicación de la expresión “grupo de empresas” no convenía hacer mención de la “propiedad” pues el concepto de “propiedad” era precisamente uno de los métodos para obtener el “control” y, por ende, no debería constituir un criterio más.

16. Se formularon varias propuestas de revisión del proyecto de explicación. Entre ellas figuraban las siguientes: la de que un grupo de empresas podría estar constituido por a) dos o más empresas vinculadas entre sí por el hecho de tener total o parcialmente el mismo propietario o de estar total o parcialmente sujetas al mismo control; b) dos o más empresas que constituyeran personas allegadas, en el sentido del párrafo jj) del glosario de la Guía Legislativa; o c) dos o más empresas que pudieran ser objeto de procedimientos de insolvencia (como se indicaba en la segunda frase de la nota 1 de pie de página correspondiente a la explicación del concepto de "empresa") y que se encontraran vinculadas por factores como una importante participación de capital y un órgano común de gestión.

17. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que el concepto de "grupo de empresas" se definiera como dos o más empresas que se encuentren vinculadas entre sí a través de la propiedad o del control de las mismas; también se acordó suprimir la mención del término "capital".

b) Empresa

18. Entre las propuestas formuladas con miras a revisar la definición figuraban las siguientes: limitar la mención de actividades económicas a aquellas que se realizaran con ánimo de lucro; sustituir el término "entidad" por "unidad productiva" o "establecimiento"; y trasladar la referencia a los consumidores, que figura en la nota de pie de página correspondiente a esta definición, al texto propiamente dicho de la explicación.

19. Se hizo referencia a la recomendación 8 de la Guía Legislativa, que trataba de las condiciones que debían cumplir los deudores para participar en un procedimiento de insolvencia. Se señaló que esa recomendación podría informar el debate sobre los términos y conceptos definidos en el glosario y, en particular, dado que se incluían las actividades económicas no realizadas con fines lucrativos, convendría mantener ese enfoque. Las propuestas relativas al término "entidad" y al traslado de la mención de los consumidores no obtuvieron apoyo.

c) Capital

20. El Grupo de Trabajo convino en suprimir del glosario la definición del término "capital".

d) Control

21. En lo que respecta a la explicación del termino "control", una mayoría considerable de delegaciones del Grupo de Trabajo estimó que dicha definición, en su forma actual, era excesivamente amplia y ambigua. Se objetó también que la definición abarcaba no sólo el ejercicio efectivo del control sino también la capacidad para controlar, argumentándose que la definición no debería centrarse en la capacidad para controlar sino en el ejercicio del control. Frente a esa objeción, se señaló que podía resultar difícil de verificar si el control se ejercía o no. Lo que cabría insertar en el proyecto de definición podría ser una presunción de que podría haber control donde hubiera una participación mayoritaria en el capital, así como el requisito de probar que se ejercía efectivamente un control.

22. Se formularon varias propuestas con el fin de simplificar la explicación. Entre esas propuestas figuraban las de: a) suprimir de la definición todo el texto que

figuraba después de las palabras “órganos con capacidad decisoria”; b) suprimir las palabras “que suele asociarse al mantenimiento de una posición estratégica en el seno de un grupo de empresas y”; c) suprimir la referencia a “posición estratégica”; y d) revisar la explicación empleando los términos “la facultad derivada de la ley, los estatutos o de un contrato que permita determinar, directa o indirectamente, quién dirige una empresa o un grupo de empresas”. Frente a esta última propuesta, se subrayó que era necesario hacer una distinción entre el ejercicio del poder sobre el órgano gestor de la empresa y sobre la dirección cotidiana de la empresa; lo primero podía constituir control, pero no lo segundo. Se sugirió asimismo que la cuestión del control dimanante de arreglos contractuales se abordara en el comentario o en una nota explicativa.

23. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en simplificar la explicación del termino “control” sustituyendo las palabras “que suele asociarse” por “que se asocia”, en adoptar la propuesta enunciada en a) (véase el párrafo anterior), y en agregar explicaciones suplementarias en una nota explicativa.

e) Coordinación procesal

24. Se planteó la cuestión de si una coordinación procesal regulaba la situación de un único tribunal ante el cual se dirimieran diversos procedimientos de insolvencia de varias empresas pertenecientes a un grupo, o de si tal coordinación preveía una situación con diversos tribunales coordinándose entre sí. Se respondió que la coordinación procesal abarcaba ambas situaciones y que en la nota 3 de pie de página referente al Glosario figuraban las palabras “la cooperación entre dos o más tribunales”. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió trasladar esa referencia de la nota 3 de pie de página a la explicación expuesta en el párrafo e) del mencionado Glosario.

25. En ese contexto, se puso también de relieve la importancia de la comunicación entre tribunales. Si bien se formuló la sugerencia de mencionar esa comunicación en el texto de la explicación sobre la coordinación procesal, la idea no recibió suficiente apoyo. Sin embargo, se convino en que la cuestión se hiciera constar en la nota de pie de página y que fuera analizada en el comentario.

26. Con respecto a los términos “separados” e “individuales”, que figuraban entre corchetes en la definición de “coordinación procesal”, una delegación opinó que ambos términos deberían integrarse en la definición, a fin de reflejar la flexibilidad de una coordinación procesal. En cambio, otra delegación sostuvo que ambos términos deberían suprimirse, ya que no agregaban ningún contenido sustancial a la explicación y podían generar confusión. Frente a todo ello se argumentó que, de suprimirse dichas palabras, no quedaría del todo claro si se sustanciaban simultáneamente distintos procedimientos de insolvencia. Sin embargo, ese argumento no obtuvo apoyo, por estimarse que el término “coordinación” ya implicaba, de por sí, la existencia de distintos procedimientos. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió mantener ambos términos entre corchetes.

f) Consolidación patrimonial

27. El Grupo de Trabajo convino en estudiar la explicación del concepto de “consolidación patrimonial” cuando abordara el examen de los proyectos de recomendación 16 a 23, pero no comenzó ese examen por falta de tiempo.

g) Empresa matriz

28. El Grupo de Trabajo convino en eliminar del Glosario el concepto de “empresa matriz”.

h) Empresa filial

29. El Grupo de Trabajo convino en suprimir del Glosario el concepto de “empresa filial”.

B. Comienzo de la insolvencia: cuestiones de ámbito interno

1. Solicitud de apertura y comienzo de las actuaciones: solicitudes conjuntas

30. El Grupo de Trabajo estudió la solicitud y la apertura de procedimientos de insolvencia en el caso de grupos de empresas en el ámbito interno, basándose en el proyecto de recomendación 1 del documento A/CN.9/WG.V/WP.80.

Finalidad de las disposiciones legales

31. El Grupo de Trabajo convino en que la cláusula sobre la finalidad era útil y debería mantenerse en el texto.

Proyecto de recomendación 1

32. Se expresaron reservas sobre el hecho de que la parte introductoria del proyecto de recomendación 1 tal vez no resultara lo suficientemente clara en la explicación de lo que se entendía por una solicitud conjunta. Frente a esas reservas, se explicó que la parte introductoria abarcaba dos supuestos distintos: una única solicitud respecto de varios deudores y múltiples solicitudes respecto de varios deudores pertenecientes al grupo de empresas. Se consideró que, dado que el primer supuesto debería estar regulado por el proyecto de recomendación 2, podría suprimirse de la parte introductoria la referencia al primer supuesto. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en suprimir las palabras “una solicitud ... en la Guía Legislativa o que cabrá presentar”.

33. Algunas delegaciones sostuvieron que convendría especificar el tribunal competente al que habrían de presentarse las solicitudes conjuntas. Se opinó que tal vez fuera conveniente insertar en el texto una recomendación suplementaria en virtud de la cual correspondiera al régimen de la insolvencia de cada país regular esa cuestión. Se observó que si bien la recomendación 13 de la Guía Legislativa remitía la cuestión del tribunal competente al régimen de la insolvencia del país correspondiente, tal vez no fuera suficiente abordar la cuestión de la competencia judicial sobre una solicitud conjunta en el contexto de un grupo de empresas. Tras deliberar, se convino en que la recomendación 13 de la Guía no era suficiente y que no ofrecía orientación a los legisladores sobre los criterios aplicables a la determinación del tribunal competente.

34. Se sugirió que se insertara en el texto una recomendación suplementaria en la que se enunciaran los criterios para tal determinación, o que se revisara y pasara a ser recomendación la primera frase de la nota 14 de pie de página correspondiente al proyecto de recomendación 3. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en

agregar al texto una recomendación suplementaria del tenor de la primera frase de la nota 14 de pie de página, y en que en el comentario se estudiaran ejemplos de posibles criterios.

35. En el contexto de la apertura de procedimientos de insolvencia entablados a raíz de una solicitud conjunta, se analizó la cuestión de si sería necesario agregar al texto una recomendación suplementaria en la que se especificaran los factores que vincularan a las empresas de un grupo, así como la posición que ocupara en el grupo cada empresa abarcada por la solicitud, en concreto si una de ellas era la entidad controladora o la empresa matriz. Se objetó que tan detallada disposición podría resultar difícil en el caso de solicitudes presentadas por acreedores en virtud del apartado b), dado que tal vez un acreedor no pudiera conocer el tipo de relación existente entre las empresas del grupo. Tras deliberar, se señaló que, ya que la base de toda solicitud conjunta era el hecho de que las empresas deudoras pertenecían a un grupo, se requeriría en general información que corroborara la existencia del grupo, a fin de que el tribunal abriera el procedimiento de insolvencia. Se convino en que no era precisa una recomendación suplementaria, pero la cuestión debería abordarse en el comentario.

2. Coordinación procesal

36. El Grupo de Trabajo examinó el tema de la coordinación procesal basándose en los proyectos de recomendación 2 a 8 que figuraban en el documento A/CN.9/WG.V/WP.80.

Finalidad de las disposiciones legales

37. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la cláusula sobre la finalidad y decidió suprimir de ella los corchetes.

Proyectos de recomendación 2 y 3

38. El Grupo de Trabajo examinó los proyectos revisados de recomendación 2 y 3 y aprobó su contenido.

Proyecto de recomendación 4

39. Las delegaciones apoyaron en general los apartados a) y b) del proyecto de recomendación 4, tal como figuraba enunciado. Se sugirió que el apartado c) se armonizara con el párrafo 14 de A/CN.9/WG.V/WP.80, de modo que quedara claro que un acreedor sólo podía presentar una solicitud de coordinación procesal respecto de las empresas del grupo de las que fuera acreedor. Se propuso asimismo que el proyecto de recomendación previera la posibilidad de que el tribunal iniciara la coordinación procesal, a reserva de lo dispuesto en las disposiciones pertinentes sobre la notificación. Cabría insertar en el proyecto de recomendación 4 el tenor de lo enunciado en la segunda frase de la nota 14 de pie de página correspondiente al proyecto de recomendación 3.

Proyecto de recomendación 5

40. Las delegaciones llegaron a un amplio acuerdo consistente en que el proyecto de recomendación 5 podría abarcar diversas variantes de la coordinación procesal, por lo que debería redactarse con la mayor flexibilidad posible, haciendo mención

de los procedimientos que no sólo eran simultáneos sino también conjuntos, concurrentes o coordinados.

Proyectos de recomendación 6 y 7

41. El Grupo de Trabajo estudió la posibilidad de si, además del proyecto de recomendación 6, habría o no que prever otra disposición en virtud de la cual debiera notificarse una solicitud de coordinación procesal a los acreedores pertinentes. Según opinó una delegación, dado que la coordinación procesal no tenía por objeto afectar los derechos sustantivos de los acreedores, tal notificación no era necesaria. En cambio, según otra opinión, cabría la posibilidad de hacer una distinción entre las solicitudes planteadas en el momento de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y las presentadas después de la apertura del procedimiento. En el primer caso, no sería necesaria la notificación, pero en el segundo sería apropiado darla. Se propuso que se adoptara un criterio flexible y que se prescribiera la necesidad de dar notificación, pero dejando que el derecho interno determinara si deberían notificarse no sólo el mandamiento de coordinación procesal sino también la solicitud de coordinación procesal. Tras deliberar, las delegaciones apoyaron este criterio flexible.

42. Se formularon objeciones sobre el significado de las últimas palabras del proyecto de recomendación 7 (“que pueda ser de importancia para los acreedores”). Según una delegación, esas palabras no dejaban claro qué información debería consignarse en la notificación, además de los tipos de información especificados en la recomendación 25 de la Guía Legislativa. Según una delegación, en la notificación de una solicitud debería explicitarse el contenido de la solicitud, y en la notificación del mandamiento deberían enunciarse las cláusulas del mismo. Tras deliberar, las delegaciones respaldaron la idea de que en el proyecto de recomendación se exigiera que el régimen de la insolvencia prescribiera el contenido de la notificación.

Proyecto de recomendación 8

43. Si bien el Grupo de Trabajo se manifestó en general a favor del texto actual del proyecto de recomendación 8, se sugirió que también se previera en dicho enunciado la posibilidad de revocar un mandamiento de coordinación procesal. Se puso de relieve que cabría hacer una distinción entre la revocación de un mandamiento de coordinación procesal y la de un mandamiento de consolidación de patrimonios. La revocación de un mandamiento de coordinación procesal podría ser posible, dado que no afectaría a los derechos de las partes interesadas del mismo modo en que éstas resultarían afectadas en caso de consolidación patrimonial. Se señaló que la revocación de un mantenimiento de coordinación procesal sólo se produciría en circunstancias muy infrecuentes y que resultaría aceptable si no fuera en detrimento de los derechos ya afectados por el mandamiento inicial. Tras deliberar, recibió cierto apoyo la propuesta de abordar esa cuestión en el comentario.

44. Se planteó la cuestión de si debería notificarse una solicitud de modificación o revocación de un mandamiento de coordinación procesal, así como el mandamiento de modificación o de revocación. Si bien se respaldó en cierta medida que se notificara tanto la solicitud como el mandamiento, hubo también delegaciones partidarias de que sólo se notificara el mandamiento. Se propuso que se adoptara el

mismo criterio flexible que con respecto a la coordinación procesal, conforme al cual se prescribía la necesidad de la notificación, pero se dejaba que el derecho interno determinara si debía darse la notificación no sólo del mandamiento de modificación o revocación sino también de la solicitud de modificación o revocación. Se pidió a la secretaría que preparara un proyecto de recomendación a fin de que el Grupo de Trabajo lo examinara en un futuro período de sesiones.

3. Financiación posterior a la apertura de un procedimiento

45. El Grupo de Trabajo examinó el tema de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento basándose en los proyectos de recomendación 9 a 13, que figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.80.

Finalidad de las disposiciones legales

46. Sin negarse la pertinencia de la cláusula relativa a la finalidad de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, de la Guía Legislativa, se sostuvo que dicha cláusula no abordaba en concreto el contexto de un grupo de empresas ni, en particular, el supuesto de financiación concedida por una empresa de un grupo para apoyar a otra empresa también perteneciente al grupo. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que se insertara la cláusula sobre la finalidad, de la Guía Legislativa, antes de los proyectos de recomendación 9 a 13 y acordó también que se agregaran nuevos párrafos al texto que tomaran en consideración el tema del aporte de financiación con posterioridad a la apertura de un procedimiento en el contexto de un grupo de empresas.

Proyectos de recomendación 9 y 10

47. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el fondo de los proyectos de recomendación 9 y 10.

Proyecto de recomendación 11

48. El Grupo de Trabajo estudió distintos modos en que cabría otorgar financiación a una empresa del grupo que estuviera sujeta a un procedimiento de insolvencia. Esos fondos podrían ser aportados por un prestamista ajeno al grupo y por otra empresa del grupo, cuando ésta fuera solvente o estuviera sujeta a un procedimiento de insolvencia. El Grupo de Trabajo coincidió en que toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento concedida por un prestamista ajeno al grupo o por una empresa solvente del mismo grupo entraría en el ámbito de las recomendaciones de la Guía Legislativa. Los proyectos de recomendación 11 a 13 tenían la finalidad de abordar el supuesto en que se otorgara financiación, tras la apertura de un procedimiento, a una empresa de un grupo que estuviera sujeta a un procedimiento de insolvencia y que quien otorgara esos fondos fuera otra empresa del mismo grupo que también estuviera sujeta a un procedimiento de insolvencia.

49. Se recordó que en la recomendación 64 de la Guía Legislativa se especificaba la necesidad de fijar el nivel de prelación que debía darse a la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, así como el grado de tal prelación. Tras tomarse nota de la importancia que tenía la prelación como incentivo para conceder fondos, se puso en entredicho que el grado de prelación recomendado fuera el apropiado en el contexto del aporte de fondos por parte de empresas de un grupo sujetas a un procedimiento de insolvencia en beneficio de otras empresas del grupo también sujetas a un procedimiento

de insolvencia. Según opinó una delegación, sería apropiado conceder el mismo grado de prelación; en cambio, otras delegaciones señalaron que posiblemente tal enfoque no fuera apropiado. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que en el proyecto de recomendación se especificara la necesidad de que el régimen de la insolvencia concediera prelación a tal préstamo, pero sin concretar en la recomendación misma el grado de prelación que debería corresponderle.

50. Otra propuesta formulada en relación con el proyecto de recomendación 11 consistía en que esa disposición debería contener las mismas salvaguardias que preveía el proyecto de recomendación 13. Se respondió que, dado que el proyecto de recomendación 11 se centraba en la prelación que podría darse al préstamo, y no en el proceso de aprobación de tal préstamo, no requería salvaguardias sobre la aprobación. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo desestimó la propuesta de agregar salvaguardias al proyecto de recomendación.

Proyectos de recomendación 12 y 13

51. Se sugirió que se unificaran los proyectos de recomendación 12 y 13, dado que las salvaguardias que se preveían en los apartados a) y b) del proyecto de recomendación 13 deberían ser también aplicables al proyecto de recomendación 12. Se observó que, si bien las recomendaciones 66 y 67 de la Guía Legislativa preveían ciertas salvaguardias relativas a la constitución de garantías reales para el reembolso de la financiación otorgada después de la apertura de un procedimiento, tales salvaguardias no eran suficientes en el contexto de un grupo de empresas, pues no preveían la concesión de apoyo financiero entre entidades de un mismo grupo. La propuesta de fusión de los dos proyectos de recomendación no obtuvo apoyo; sin embargo, el Grupo de Trabajo convino en que las salvaguardias previstas en el proyecto de recomendación 13 fueran también aplicables al proyecto de recomendación 12. En cuanto a la redacción, se puso de relieve que las dos empresas mencionadas en el proyecto de recomendación 12 deberían estar sujetas a procedimientos de insolvencia.

52. Se observó que el otorgamiento de financiación posterior a la apertura de un procedimiento en los supuestos contemplados por estos dos proyectos de recomendación planteaba importantes cuestiones de equilibrio al tenerse que sacrificar una empresa del grupo en beneficio de otras empresas del mismo grupo con miras a lograr un mejor resultado global para todo el grupo. Según la opinión general, si bien ese equilibrio justo podía resultar difícil de conseguir, el objetivo debería consistir en repartir equitativamente los perjuicios a corto plazo con la perspectiva de un beneficio a largo plazo, y no sacrificar los intereses de una de las empresas del grupo en beneficio de otras.

53. En lo que respecta a las palabras que figuran entre corchetes en los apartados a) y b) del proyecto de recomendación 13, se apoyaron las variantes “determine” y “no es probable que los acreedores del garante se vean”. Se sugirió que se sustituyera el criterio de “verse adversamente afectados” por el de un “perjuicio inequitativo”. En el Grupo de Trabajo se expresaron diversas opiniones sobre la cuestión de si los apartados debían ser acumulativos o exclusivos. Se llegó a un acuerdo sobre la necesidad de flexibilidad, en que se reconocía la posibilidad de que podría bastar con la aprobación del representante de la insolvencia sin que se requiriera la aprobación del tribunal. Sin embargo, el apoyo dado a una propuesta subsiguiente, que consistía en combinar los párrafos y en adoptar un criterio más

general conforme al cual los derechos de los acreedores no deberían verse perjudicados, eliminó la necesidad de seguir tratando ese tema. Se propuso que en el comentario se abordara la cuestión relativa a quién correspondería determinar los perjuicios sufridos por los acreedores (por ejemplo, al representante de la insolvencia, al tribunal o a ambos conforme al derecho interno, o al comité de acreedores). Se recordó que en la recomendación 137 de la Guía Legislativa se trataba de los derechos de apelación frente a decisiones adoptadas por el representante de la insolvencia. En lo que respecta al papel del comité de acreedores, se observó que, aunque fuera importante, no debería conferírsele la facultad para adoptar una decisión sobre el otorgamiento de financiación posterior a la apertura de un procedimiento.

54. El Grupo de Trabajo convino en suprimir los apartados a) y b) y en revisar el proyecto de recomendación de modo que se centrara en la necesidad de proteger a los acreedores de eventuales perjuicios. El Grupo de Trabajo acordó además que en el comentario habría que explicar los detalles sobre las salvaguardias, inclusive las funciones que habrían de desempeñar el representante de la insolvencia, el tribunal y el comité de acreedores.

4. Procedimientos de impugnación

55. El Grupo de Trabajo examinó el tema de los procedimientos de impugnación basándose en los proyectos de recomendación 14 y 15, que figuraban en el documento A/CN.9/WG.V/WP.80/Add.1, y aprobó el contenido de ambas recomendaciones.

5. Consolidación patrimonial

56. El Grupo de Trabajo examinó el tema de la consolidación de patrimonios basándose en los proyectos de recomendación 16 y 17 del documento A/CN.9/WG.V/WP.80/Add.1.

Finalidad de las disposiciones legales

57. Se observó que la cláusula sobre la finalidad era muy útil, por lo que su contenido debería mantenerse en el texto. A fin de poner de relieve el carácter permisivo de las disposiciones en lo que respecta a la consolidación patrimonial, se sugirió que, en el apartado c) se sustituyeran las palabras “en las que cabrá recurrir” por “en las que cabrá permitir el recurso”. La propuesta obtuvo apoyo.

58. Otra delegación propuso que, después de la palabra “transparencia”, en el apartado d) se agregaran las palabras “y de la previsibilidad”. Se indicó que los conceptos de transparencia y previsibilidad se utilizaban conjuntamente, como objetivos clave, en el párrafo 7 de la primera parte de la Guía Legislativa. Si bien se convino en que la previsibilidad constituía un objetivo implícito de todos los proyectos de recomendación, se puso de relieve que, en el tema de la consolidación de patrimonios, podría hacerse una distinción entre la cuestión de si eran previsibles los criterios o la de que las situaciones en las que se dictaría una consolidación patrimonial serían siempre previsibles, habida cuenta de que, en los criterios aplicables, había un elemento de discrecionalidad judicial. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en agregar, en la segunda línea del texto del apartado d), las palabras “y de la previsibilidad”.

Proyecto de recomendación 16

59. Se respaldó el texto del proyecto de recomendación por estimarse que establecía el principio básico de la personalidad propia y de las salvedades. No obstante, una delegación sugirió que se suprimieran las palabras que figuraban entre corchetes y que, en su lugar, se agregara al texto la siguiente segunda frase: "El régimen de la insolvencia podrá establecer salvedades conforme a lo dispuesto en la recomendación 17". Una mayoría considerable de delegaciones respaldó esta sugerencia por considerar que daría mayor claridad a la disposición, y el Grupo de Trabajo convino en revisar en consecuencia el proyecto de recomendación 16. Se observó que la mención de los términos "personalidad jurídica propia", al referirse a cada miembro de un grupo de empresas, tal vez tuviera que reconsiderarse teniendo en cuenta la explicación que se daba en el Glosario del término "empresa", así como la flexibilidad de la forma jurídica de la entidad.

Proyecto de recomendación 17

60. Recibió un amplio apoyo la propuesta consistente en suprimir las palabras "la sustanciación conjunta de los procedimientos de insolvencia como si constituyeran un único procedimiento abierto contra una sola entidad", mantener las palabras que figuran entre corchetes en la parte introductoria, y agregar, después de las palabras "el tribunal podrá decretar", las palabras "una consolidación patrimonial". Se señaló que pueden darse situaciones en que los procedimientos deban sustanciarse por separado, a fin de resolver ciertas cuestiones, aun cuando los bienes estén mancomunados para constituir una única masa de la insolvencia. Se propuso que se estableciera un vínculo entre los proyectos de recomendación 17 y 23, a fin de poner de relieve que un mandamiento de consolidación patrimonial no iría en detrimento de los derechos de los acreedores garantizados.

61. Se expresaron diversas reservas sobre los criterios fijados en el apartado a). Así, se objetó que: a) el criterio de la imposibilidad fijaba un listón muy alto que sería muy difícil cumplirlo antes de deslindar la propiedad de los bienes; y b) el significado de la palabra "indebidos" era incierto, por lo que debería sustituirse por términos que indicaran la desproporcionalidad de los gastos y de los retrasos con respecto a la cantidad que los acreedores podrían cobrar o al beneficio que supusiera el determinar la propiedad de los bienes. Si bien algunas delegaciones se declararon partidarias de mantener criterios de la imposibilidad y de la desproporcionalidad, tras el debate, se convino en fijar un criterio basado en la desproporcionalidad de los gastos y de los retrasos.

62. Se plantearon diversas cuestiones en relación con el alcance de la consolidación de patrimonios. En particular, se puso en duda que los bienes de una empresa del grupo que fuera solvente o aparentemente solvente se integraran en los bienes de la consolidación patrimonial. Se coincidió en que el apartado a) podría tener como consecuencia que tales bienes fueran incluidos en la consolidación, lo cual debería estar permitido. Además, se puso en tela de juicio la necesidad de que en el proyecto de recomendación 17 se hiciera referencia tanto a los activos como a los pasivos, ya que tal vez sólo fuera necesario mencionar los pasivos. Las delegaciones propugnaron que se mantuviera la referencia a activos y pasivos.

63. Se expresaron reservas sobre los términos empleados en el párrafo b) y, concretamente, en relación con la conducta que se pretendía abordar en cada caso. Se convino en que esos términos fueran explicados en el comentario. Tras deliberar,

se acordó en general la supresión de la palabra “simuladas”, así como la inclusión en el comentario de una explicación en la descripción de las “actividades fraudulentas”.

64. Se formuló la propuesta de suprimir el apartado c) por considerarse que no cumplía el criterio de objetividad, propuesta que recibió un amplio apoyo. Se observó que los conceptos de apariencia y confianza que se daban a entender en dicho apartado podrían dar derecho a recurrir a otros medios, pero no a la consolidación patrimonial. Si bien algunas delegaciones se declararon partidarias de mantener en el texto el apartado c), el Grupo de Trabajo convino en suprimirlo. También convino en no incluir en ningún comentario al proyecto de recomendación 17 mención alguna del concepto que figura en el apartado c).

65. El Grupo de Trabajo estudió la propuesta enunciada en el párrafo 15 del documento A/CN.9/WG.V/WP.80/Add.1 consistente en que se agregara al texto una recomendación que tratara de las consecuencias de todo mandamiento de consolidación patrimonial. Se convino en general en que tal recomendación sería útil. En cuanto a su contenido, se coincidió en que con tal mandamiento se extinguirían las reclamaciones y las deudas entre las empresas de un grupo, pero que no se establecería una única entidad consolidada. Se decidió no estudiar la eventual inserción en la recomendación de una propuesta más general, en que se mencionaran algunos de los efectos abordados en los proyectos de recomendación 18 a 23, hasta que se hubiera analizado el contenido de dichos proyectos de disposición.

6. Recomendaciones suplementarias relativas a la consolidación patrimonial

66. El Grupo de Trabajo examinó recomendaciones suplementarias relativas a la consolidación patrimonial, lo que llevó a cabo tomando como base los proyectos de recomendación 18 a 23 del documento A/CN.9/WG.V/WP.80/Add.1.

Proyecto de recomendación 18

67. Con respecto al alcance del proyecto de recomendación 18, se puntualizó que una consolidación patrimonial parcial brindaba la posibilidad de excluir ciertos bienes o ciertas reclamaciones de un mandamiento de consolidación, pero no implicaba que se excluyeran del ámbito de aplicación del mandamiento empresas concretas pertenecientes a un grupo. Lo que, por ejemplo, se pretendía con una consolidación parcial era que, en caso de que no hubiera duda alguna sobre la propiedad de un bien cuando se mezclaran los bienes, dicho bien pudiera quedar excluido de la consolidación. Si bien se reconoció que, en algunos casos, podía obtenerse el mismo resultado mediante otros recursos previstos en la Guía Legislativa, por ejemplo, a través de las disposiciones relativas al abandono de los bienes, podría resultar más simple disponer que dichos bienes quedaran excluidos del mandamiento de consolidación. A raíz de una reserva expresada en relación con el trato dado a los bienes gravados y al enunciado del párrafo 17, se decidió que en el comentario se explicara con mayor claridad el concepto de la consolidación patrimonial parcial. Se apoyó la supresión de los corchetes al principio y al final del proyecto de recomendación. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 18 con la supresión del par de corchetes que figuraban al principio y al final del texto.

Proyecto de recomendación 19

68. La propuesta de ajustar el proyecto de recomendación 19 a lo dispuesto en el proyecto de recomendación 4 no fue respaldada, por estimar las delegaciones que la coordinación procesal no podía equipararse a la consolidación patrimonial, y si bien podría ser apropiado permitir al deudor solicitar una coordinación procesal, no lo sería en las circunstancias en las que pudiera realizarse una consolidación patrimonial en virtud del proyecto de recomendación 17. Con respecto a una propuesta consistente en que el tribunal pudiera entablar una consolidación patrimonial, el Grupo de Trabajo recordó que, en su 33º período de sesiones, había acordado que al tribunal le estuviera vetada tal iniciativa (véase A/CN.9/643, párr. 83).

69. Se sugirió que, a final de la segunda línea, se sustituyera la palabra "deberían" por "podrían", a fin de dar la posibilidad de presentar la solicitud a un mayor número de partes interesadas. Otra sugerencia de redacción fue la de que el proyecto de recomendación 19 concluyera justo después de las palabras "consolidación patrimonial", dejando así en manos del derecho interno de cada país la determinación de las personas que pudieran estar habilitadas para presentar la solicitud. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en sustituir "deberían" por "podrían", según el tenor de la propuesta mencionada, y aprobó el contenido del proyecto de recomendación.

Proyecto de recomendación 20

70. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que se simplificara el proyecto de recomendación 20 modificando su enunciado para que dijera que, en caso de dictarse un mandamiento de consolidación patrimonial, podría convocarse una única o primera junta de acreedores (siempre que el régimen de la insolvencia de un determinado país exigiera tal convocatoria). Se decidió también de común acuerdo que en el comentario se abordara la flexibilidad de los criterios adoptados por distintos regímenes de la insolvencia en lo que respecta a la participación de los acreedores y, en particular, a las juntas de acreedores.

Proyecto de recomendación 21

71. Una mayoría considerable de delegaciones se declaró partidaria del apartado a), basado en la recomendación 89 de la Guía Legislativa. Sobre el apartado b) se expresaron algunas reservas. Según opinó una delegación, debería conferirse al tribunal la flexibilidad necesaria para adoptar la decisión pertinente sobre el período de sospecha en tales situaciones. Frente a esta reserva, se argumentó que en la Guía Legislativa se recomendaba que la fecha a partir de la cual se calcularía el período de sospecha debería fijarse en el régimen de la insolvencia. Según otra delegación, el inciso ii) del apartado b) sería de difícil aplicación y su resultado sería imprevisible. Se respondió que en el inciso ii) del apartado b) no se hacía más que enunciar el criterio habitual basado en el apartado a) y en la recomendación 89 de la Guía Legislativa, conforme a lo cual habría un período de sospecha respecto de cada empresa del grupo que estuviera sujeta a un procedimiento de insolvencia. Por otra parte, el inciso i) del apartado b) preveía una excepción, por la que se establecía una fecha común para todas las empresas de un grupo cuando se dictara un mandamiento de consolidación patrimonial a raíz de la apertura de procedimientos de insolvencia. Tras deliberar

el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 21, disponiendo, sin embargo, lo siguiente: a) la inversión del orden de los dos incisos del apartado b); y b) en la versión inglesa, la sustitución del término “single”, en el inciso ii) del apartado b), por la palabra “different”.

Proyecto de recomendación 22

72. Ante la objeción de que podría resultar difícil modificar un mandamiento de consolidación patrimonial, el Grupo de Trabajo recordó que, en su anterior período de sesiones, había acordado insertar esa recomendación en el texto, por considerar que pudiera ser necesaria en caso de que cambiaran las circunstancias o de que se dispusiera de nueva información. El proyecto de recomendación 22 recibió un apoyo considerablemente amplio por parte de las delegaciones. Se sugirió que se diera notificación cuando se decretara la modificación de un mandamiento de consolidación patrimonial, y también que se agregara al texto una recomendación del tenor de la recomendación 6. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 22 y convino en que se abordara el tema de la notificación.

Proyecto de recomendación 23

73. Se sugirió colocar el proyecto de recomendación 23 a continuación del proyecto de recomendación 17, por abordarse en ella un punto importante. Se sugirió también que cabría señalar en el comentario que un acreedor garantizado podrá renunciar a su garantía real a raíz de una consolidación, de modo que la deuda garantizada pasara a ser pagadera por todas las entidades consolidadas. Ambas sugerencias obtuvieron apoyo. Se propuso además sustituir al final del apartado b) la expresión “obtenida fraudulentamente” por la frase “obtenida por medio de un acto fraudulento en el que haya participado el acreedor”. Se observó que puesto que las recomendaciones 4 y 88 de la Guía Legislativa serían también aplicables en el contexto de un grupo de empresas, tal vez no hiciera falta el apartado b). En respuesta a esa observación, se sugirió que se hiciera una remisión a la recomendación 88 en el apartado b). Se sugirió también que se ampliara el alcance del proyecto de recomendación 23 para hacerla aplicable a otros derechos que gozaran de prelación o ventajas frente a los demás acreedores, como pudiera ser cualquier crédito privilegiado, así como ciertos gravámenes posesorios y de otra índole. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con todas las propuestas formuladas acerca del proyecto de recomendación 23.

74. Recordando la propuesta de que se incluyera una recomendación concerniente a algunos de los efectos de una consolidación patrimonial de los que se trata en los proyectos de recomendación 18 a 23, el Grupo de Trabajo convino en que se insertara dicha recomendación que debería ocuparse de los efectos de los créditos internos del propio grupo, así como de las garantías reales y otros derechos prioritarios mencionados anteriormente.

Tribunal competente

75. El Grupo de Trabajo examinó la necesidad de determinar cuál sería el foro competente para dirimir cuestiones concernientes a una consolidación patrimonial. Se sugirió que se siguiera el enfoque indicado en la recomendación 13 de la Guía Legislativa, determinándose la competencia del tribunal sobre estas cuestiones

conforme a la conclusión a la que se llegara a la luz del régimen interno de la insolvencia en lo concerniente a la competencia en materia de coordinación de las actuaciones. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo convino en que la recomendación relativa a la competencia de un tribunal para proceder a la coordinación de las actuaciones, que el Grupo de Trabajo había decidido basar en la nota 14 del documento A/CN.9/WG.V/80, fuera igualmente aplicable a la consolidación patrimonial.

7. Nombramiento del representante de la insolvencia

76. El Grupo de Trabajo examinó el nombramiento del representante de la insolvencia basándose en los proyectos de recomendación 24 a 28 del documento A/CN.9/WG.V/WP.80/Add.1.

Finalidad de las disposiciones legislativas

77. El Grupo de Trabajo aprobó el fondo de la cláusula de finalidad.

Proyecto de recomendación 24

78. El Grupo de Trabajo aprobó el fondo del proyecto de recomendación 24, decidiendo mantener sin corchetes el texto que figuraba hasta entonces entre corchetes. Se observó que en el comentario debía explicarse claramente que el concepto de un único representante de la insolvencia podía interpretarse en el sentido de que se nombraba al mismo representante para cada miembro del grupo de empresas.

Proyecto de recomendación 25

79. Se propuso mantener el texto que figuraba entre corchetes suprimiendo los corchetes y añadiendo a las palabras “o pueda surgir” a continuación de “haya surgido” en la parte final del proyecto de recomendación. Esa propuesta recibió apoyo y el Grupo de Trabajo aprobó el fondo del proyecto de recomendación 25. Se señaló que el comentario debería incluir una mención de las recomendaciones de la Guía Legislativa referentes a las obligaciones de revelar relacionadas con eventuales conflictos de intereses.

Proyectos de recomendación 26 a 28

80. El Grupo de Trabajo aprobó el fondo de los proyectos de recomendación 26 a 28. Se hizo observar que posiblemente habría que hacer alguna revisión para asegurar la congruencia del texto del apartado d) del proyecto de recomendación 28 con el contexto.

Proyecto de recomendación 29

81. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que la idea central del proyecto de recomendación 29 era permitir que un único plan de reorganización aplicable a dos o más miembros de un grupo de empresas fuera aprobado en el marco de un procedimiento de insolvencia que afectara a esos miembros. Con tal fin se acordó suprimir el texto que figuraba entre el primero y el segundo pares de corchetes, y mantener sin los corchetes el texto contenido entre el tercer par de corchetes. Se hizo observar que las recomendaciones de la Guía Legislativa referentes a la

aprobación del plan de reorganización serían aplicables a la aprobación por separado del plan por parte de los acreedores de cada miembro del grupo comprendido en el plan.

Proyecto de recomendación 30

82. En lo que respecta a la segunda oración, se convino en mantener el texto contenido entre el primer par de corchetes, eliminando los corchetes, y suprimir el texto que figuraba entre el segundo y el tercer pares de corchetes. El Grupo de Trabajo aprobó el fondo del proyecto de recomendación 30.

83. Se planteó el problema de si los proyectos de recomendación 29 y 30 se referían tanto a la coordinación procesal como a la consolidación patrimonial, dado que no se había examinado la reorganización en este último contexto. El asunto no se estudió por falta de tiempo, aunque se señaló que cabía una tercera posibilidad consistente en recurrir a un único plan de reorganización cuando no hubiere coordinación procesal ni consolidación patrimonial.

84. No se examinaron, por falta de tiempo, las cuestiones planteadas en los párrafos 33 y 34, relativas a la financiación otorgada con posterioridad a la presentación de una solicitud de apertura y al régimen aplicable a los contratos.

C. La declaración de insolvencia: cuestiones internacionales

85. El Grupo de Trabajo examinó el trato que habría de darse a los grupos de empresas en un contexto transfronterizo a la luz de las cuestiones abordadas en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2 y A/CN.9/AG.V/WP.76/Add.2. El Grupo de Trabajo tomó nota de los avances efectuados en lo concerniente al proyecto de recopilar la experiencia práctica adquirida en la negociación y empleo de los protocolos y acuerdos transfronterizos, así como en la determinación de su contenido, a la luz del documento A/CN.9/629 y del informe que tiene previsto presentar a la Comisión, en el documento A/CN.9/654, en su 41º período de sesiones.

86. Se sugirió de entrada que el Grupo de Trabajo considerara los objetivos que desearía alcanzar en el ámbito internacional. Se señalaron como objetivos eventuales los de formular un juego mínimo de recomendaciones sobre el ejercicio de la competencia y sobre conflictos de leyes y ciertas cuestiones de fondo. Tras reconocerse que la determinación de las reglas aplicables en materia de conflictos de leyes pudiera resultar el más difícil de dichos objetivos, se sugirió que tal vez fuera posible formular un juego mínimo de recomendaciones sobre los otros dos objetivos.

87. Se sugirió, a título de enfoque alternativo, que se tomara como punto de partida la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y que se examinara la manera de complementarla a fin de que previera también las cuestiones suscitadas en el contexto de un grupo de empresas, siguiéndose así el enfoque adoptado por el Grupo de Trabajo respecto de la Guía Legislativa. Cabría abordar, en dicho marco, las cuestiones de coordinación relativas, por ejemplo, a la coordinación de las actuaciones y a la cooperación entre los tribunales y los representantes de la insolvencia, de cuyos beneficios no se dudaba. Además de las

cuestiones ya previstas en la Ley Modelo, se sugirió que se abordaran cuestiones como las suscitadas por la apertura de un procedimiento, la determinación del centro de los principales intereses de un grupo de empresas y la financiación posterior a la apertura de un procedimiento.

88. En lo concerniente a la coordinación, se cuestionó que el enfoque adoptado por la Ley Modelo resultara aplicable en el contexto de un grupo de empresas, dado que preveía únicamente las vías de comunicación entre los diversos regímenes aplicables, respetando las diferencias de índole procesal entre los ordenamientos de los diversos países y sin pretender unificar el régimen de la insolvencia. Se sugirió que dicho enfoque ignoraba la realidad económica que constituía un grupo de empresas. En sentido contrario, se dijo que cabría valerse de los principios enunciados en la Ley Modelo para resolver cuestiones suscitadas por la presencia de bienes de un único deudor en el territorio de más de un país, utilizándolos para resolver cuestiones suscitadas por la presencia de bienes de dos o más deudores en el territorio de varios países. Se respondió a dicha sugerencia que el supuesto de un único deudor con bienes ubicados en más de un país suscitaba problema de coordinación de una única masa de la insolvencia mientras que el supuesto de un grupo deudor suscitaba el problema de coordinar diversas masas de la insolvencia, salvo que se consiguiera desarrollar la noción de una masa única de la insolvencia de un grupo de empresas.

89. En lo concerniente a la financiación posterior a la apertura, se citaron como ejemplos de impedimentos estructurales constatados los suscitados por la autorización requerida, la responsabilidad del personal directivo de las empresas y de los representantes de la insolvencia respecto de toda nueva deuda que se contrajera, la impugnabilidad de los acuerdos negociados al respecto, y las cuestiones de prelación de los nuevos créditos y de su reconocimiento transfronterizo. Se observó que en el contexto de un grupo, la financiación pudiera consistir en un crédito otorgado por un prestamista externo pero canalizado internamente por el beneficiario con destino a algún otro miembro del grupo, con garantías reales constituidas sobre bienes de un miembro del grupo que pudiera no ser el destinatario de la financiación así otorgada. En un supuesto de insolvencia de dos o más miembros de un grupo, la financiación posterior a la apertura otorgada por un prestamista externo pudiera ser canalizada, de modo similar, en el interior del propio grupo. Se observó que dichas prácticas posibles suscitaban cuestiones no previstas en la Guía Legislativa y que el Grupo de Trabajo no tuvo en cuenta al examinar el supuesto de la financiación posterior a la apertura que se otorgara a un grupo de empresas de ámbito nacional. Se respondió que las recomendaciones de la Guía Legislativa y los proyectos de recomendación 9 a 13 tal vez previeran dicha situación, al ser aplicables las recomendaciones de la Guía Legislativa al supuesto de que una de las partes en la operación financiera posterior a la apertura fuera solvente y los proyectos de recomendación 11 a 13 al supuesto de que ambas partes fueran insolventes.

90. Se opinó que una forma de abordar las cuestiones internacionales podía ser precisar los impedimentos a la facilitación de un trato coordinado de los grupos internacionales de empresas en un procedimiento de insolvencia y examinar si era posible encarar esos impedimentos y de qué manera. A tal efecto podrían ser útiles la Ley Modelo, la Guía Legislativa y los documentos de trabajo preparados por el Grupo de Trabajo V con miras a concretar las cuestiones y analizar la aplicabilidad

de las soluciones ya adoptadas o propuestas a fin de descubrir eventuales lagunas. Se sugirió que esta tarea podría tener como temas centrales, entre otros, las cuestiones de comienzo de las actuaciones, jurisdicción, aporte de financiación, centro de los principales intereses y coordinación y cooperación entre los tribunales y los representantes de la insolvencia. También se sugirió que el objetivo de la tarea podía ser estudiar la forma de maximizar el valor del grupo de empresas y la importancia de la reorganización a este respecto.

91. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con este planteamiento y pidió a la secretaría que procediera a preparar su 35º período de sesiones sobre esta base.