



Asamblea General

Distr. limitada
8 de octubre de 2013
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
44º período de sesiones
Viena, 16 a 20 de diciembre de 2013

Régimen de la insolvencia

Información de antecedentes sobre temas que forman parte del mandato actual del Grupo de Trabajo V y temas para su posible labor futura

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción	1-2	3
I. Mandato actual del Grupo de Trabajo V	3-25	3
A. Facilitación de la insolvencia transfronteriza de grupos de empresas multinacionales	3-6	3
B. Convenio sobre determinadas cuestiones en materia de derecho sobre la insolvencia internacional	7-16	5
C. Insolvencia de instituciones financieras grandes y complejas	17-22	9
D. Obligaciones de los directores de empresas pertenecientes a un grupo en el período cercano a la insolvencia	23-25	11
II. Temas para la posible labor futura	26-49	12
A. Cuestiones relativas a los acreedores y las reclamaciones	26-34	12
B. Tratamiento de la insolvencia de contratos financieros y compensación global por saldos netos	35-38	15
C. Reglamentación de los profesionales de la insolvencia	39-41	16



D.	Ejecutabilidad de sentencias derivadas de casos de insolvencia	42-43	17
E.	Tratamiento de la propiedad intelectual en casos de insolvencia transfronteriza	44-49	18
III.	Procedimientos acelerados y simplificados, incluidos los “preorganizados” y otros mecanismos aptos para la insolvencia de microempresas y las pequeñas y medianas empresas	50-56	21

Introducción

1. En julio de 2013, la Comisión aprobó la Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (la Ley Modelo de la CNUDMI), que incluye nuevo material sobre algunos aspectos del concepto de “centro de los principales intereses” y la cuarta parte de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, (Guía Legislativa de la CNUDMI), dedicada a las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia. No obstante, la Comisión observó que el mandato actual del Grupo de Trabajo V, por cuanto se relacionaba, entre otras cosas, con el “centro de los principales intereses”, no se había agotado con la finalización de la Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación, y que quedaban pendientes cuestiones relativas a los grupos de empresas. La Comisión acordó que el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) debería celebrar un coloquio en los primeros días del período de sesiones del Grupo de Trabajo que tendría lugar en el segundo semestre de 2013 para determinar el modo de proceder en lo que respectaba a las cuestiones relativas a los grupos de empresas y otras partes de su mandato actual. También debería examinar temas para su posible labor futura, incluidas las cuestiones de la insolvencia que afectaban específicamente a las microempresas y a las pequeñas y medianas empresas. Las conclusiones de ese coloquio no serían determinantes, sino que el Grupo de Trabajo las examinaría y evaluaría en los días restantes de ese período de sesiones y en el contexto de su mandato actual. En 2014 se debería informar a la Comisión de los temas para una posible labor futura¹.

2. La presente nota de la Secretaría proporciona a) información de antecedentes sobre temas que forman parte del mandato actual del Grupo de Trabajo V y referencias a los documentos pertinentes de la CNUDMI; y b) información y propuestas sobre temas que podrían formar la base de la posible labor futura sobre el régimen de la insolvencia.

I. Mandato actual del Grupo de Trabajo V

A. Facilitación de la insolvencia transfronteriza de grupos de empresas multinacionales

1. Referencias de la CNUDMI

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, tercera parte

Guía de Prácticas de la CNUDMI sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza

A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2, párrafos 5 a 12

A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2, párrafos 2 a 17

A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4, párrafos 10 a 15

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/68/17), párr. 326.*

A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1, párrafos 3 a 13

A/CN.9/WG.V/WP.99, párrafos 55 a 64

A/CN.9/618, párrafo 54

A/CN.9/666, párrafos 26 y 27

A/CN.9/671, párrafos 18 a 23

A/CN.9/738, párrafos 36 y 37

A/CN.9/WG.V/WP.114

2. Antecedentes

3. En 2006 se observó en una propuesta que, dado que las actividades empresariales, tanto en el ámbito interno como en el internacional, se realizaban cada vez más por medio de grupos de empresas, estos son una característica importante de la economía mundial globalizada y un factor significativo del comercio internacional. En respuesta a ello, el Grupo de Trabajo V comenzó a examinar el tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. Independientemente de la importancia de esto para el comercio internacional y de conocer no solo el tratamiento que se daría a un grupo de empresas en situaciones de insolvencia si fracasaba, sino también de contar con mecanismos rápidos y eficientes para la resolución de sus dificultades financieras, en la propuesta también se indicó que muy pocos Estados, o ninguno, reconocían a los grupos de empresas como entidades jurídicas individuales o tenían un régimen amplio para su tratamiento en situaciones de insolvencia.

4. En 2010 la Comisión aprobó la tercera parte de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, que se refiere concretamente al tratamiento de los grupos de empresas en los procedimientos de insolvencia, tanto a nivel interno como en el contexto transnacional.

5. Tras la finalización de la tercera parte, se otorgó al Grupo de Trabajo V el mandato de examinar determinados aspectos del concepto del “centro de los principales intereses” según se utilizaba en la Ley Modelo de la CNUDMI con miras a dar mayor orientación e información sobre su interpretación y aplicación. En su 42º período de sesiones (2012), el Grupo de Trabajo opinó que era necesario examinar la cuestión del centro de los principales intereses en relación con los grupos de empresas porque la mayor parte de la actividad comercial se realizaba actualmente por medio de esos grupos; que el alcance de su mandato con respecto al centro de los principales intereses aprobado inicialmente abarcaba esa cuestión en el contexto de los grupos de empresas; y que ese tema debería examinarse después de que se terminaran de introducir las modificaciones propuestas de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (A/CN.9/763, párrs. 13 y 14).

6. En el documento A/CN.9/WG.V/WP.114 (43º período de sesiones del Grupo de Trabajo) se ofrece un resumen de los documentos de trabajo examinados en períodos de sesiones anteriores del Grupo de Trabajo relacionados con la idea de determinar el centro de los principales intereses o un centro de coordinación para grupos de empresas, en particular en el contexto transfronterizo, y las conclusiones del Grupo de Trabajo sobre esos documentos. En la presente nota no es posible

repetir ese material; no obstante, las conclusiones alcanzadas por el Grupo de Trabajo ponen de relieve las dificultades de aplicar esa noción a los grupos de empresas y explican el enfoque adoptado en la tercera parte de la Guía Legislativa de centrarse en la cooperación y coordinación en materia de procedimientos transfronterizos relacionados con grupos de empresas.

B. Convenio sobre determinadas cuestiones en materia de derecho sobre la insolvencia internacional²

1. Referencias de la CNUDMI

A/CN.9/686

A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.6

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, segunda parte, capítulo 1, párrafos 80 a 91, y recomendaciones 30 a 34 Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas, capítulo XII, párrafos 14 a 17, y recomendación 223

2. Antecedentes

7. En su 37º período de sesiones (2009), el Grupo de Trabajo tuvo a su disposición:

“127. ... una propuesta presentada por la Unión Internacional de Abogados (UIA) sobre un posible convenio internacional en materia de derecho sobre la insolvencia internacional que abarcara las siguientes cuestiones:

- a) La concesión de acceso a los tribunales a los representantes de la insolvencia extranjeros;
- b) El reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros (reconociéndoles así los mismos derechos que a un procedimiento nacional o dando lugar a la apertura de un procedimiento secundario); y
- c) La cooperación y comunicación entre los representantes de la insolvencia y los tribunales.

128. Si resultara posible llegar a un acuerdo sobre estas cuestiones, se sugirió que en el convenio internacional figuraran también disposiciones sobre:

- a) La competencia directa (“doble convenio”) [para la apertura de un procedimiento de insolvencia, ya sea principal o no principal];
- b) La ley aplicable (“triple convenio”, pero tal vez en forma de un protocolo aparte)³.

² Este tema fue propuesto inicialmente por la Unión Internacional de Abogados (UIA) y respaldado por la Asociación Internacional de Abogados. El material que figura en este documento se ha revisado para que incluya el material adicional suministrado por la UIA y la Asociación Internacional de Abogados.

³ Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor realizada en su 37º período de sesiones (A/CN.9/686).

8. El Grupo de Trabajo respaldó el objetivo de elaborar un convenio internacional, pero se expresaron reservas sobre la posibilidad de llegar a un acuerdo al respecto, en particular habida cuenta de las dificultades que se habían experimentado hasta la fecha en materia de derecho internacional de la insolvencia.

9. En su 38º período de sesiones (2010), y en el contexto del examen ulterior de los temas para su posible labor futura, el Grupo de Trabajo señaló la vinculación entre una propuesta de emprender la labor para dar mayor orientación e información sobre el concepto de centro de los principales intereses como se usa en la Ley Modelo de la CNUDMI (el proyecto emprendido como revisiones de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo, adoptadas por la Comisión en 2013) y la propuesta de elaborar un convenio. Obtuvo un considerable apoyo la opinión de que, de acuerdo con el enfoque seguido en la labor anterior del Grupo de Trabajo, esos temas podrían enfocarse de un modo que no excluyera la elaboración de un convenio. El mandato otorgado por la Comisión en 2010 refleja esa posibilidad⁴.

10. En su 38º período de sesiones, el Grupo de Trabajo también tuvo a su disposición las observaciones suministradas por la Asociación Internacional de Abogados sobre la propuesta presentada por la UIA (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.6), en las que se expresaba el apoyo de la profesión letrada mundial a dicha propuesta de un convenio internacional sobre la insolvencia que alentara la cooperación y coordinación a nivel administrativo y judicial en los casos de insolvencia transfronteriza, incluidos los grupos de empresas. La Asociación Internacional de Abogados ha observado que continúa habiendo casos de incumplimiento de la cooperación internacional relativos a la insolvencia transfronteriza a pesar de la Ley Modelo de la CNUDMI, que amenazan el progreso en materia de comercio internacional y desarrollo económico. Los conflictos judiciales y administrativos transfronterizos suelen dar lugar a la pérdida de empleos, la reducción del valor de las empresas, la mala asignación de activos y costosos litigios transfronterizos. Las directrices sobre cooperación y comunicación entre los tribunales y otros medios de asistencia semejantes, aunque son sumamente útiles, no se emplean sistemáticamente. Estos problemas podrían abordarse con eficacia mediante un convenio sobre la insolvencia que se centrara principalmente en cuestiones procesales como el reconocimiento transfronterizo, la ejecución de las disposiciones y la comunicación y cooperación judicial y administrativa, entre otras cosas.

11. En otro material preparado por la UIA se señala lo siguiente:

a) Debido a las diferencias entre los regímenes de la insolvencia de los distintos Estados, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza solo se ha incorporado a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados en un grado limitado. Ante este problema, un convenio internacional⁵

⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/65/17), párr. 259.*

⁵ Tal vez el Grupo de Trabajo desee recordar que durante la labor preparatoria de la Ley Modelo, los redactores procedieron en el supuesto de que el texto definitivo sería una ley modelo y no un convenio. Una de las razones de este enfoque fue la estrecha relación entre el régimen de la insolvencia y las leyes procesales judiciales y civiles nacionales, que variaban considerablemente entre los Estados. Otra razón fue el deseo de finalizar la labor en 1997; en el 30º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 1997, cuando se ultimó la Ley Modelo, hubo un reconocimiento generalizado de que la negociación de un tratado sería más trabajosa,

sería el reglamento técnico más apropiado para armonizar y codificar el régimen de la insolvencia en el plano internacional, facilitando el reconocimiento mutuo de los procedimientos de la insolvencia extranjeros en los diferentes Estados contratantes;

b) La necesidad de un convenio internacional se ha puesto aún más de manifiesto en el curso de los procedimientos de insolvencia que afectan a grupos de empresas. La falta de instrumentos vinculantes que reglamenten los aspectos internacionales de la insolvencia de grupos de empresas es un obstáculo que impide recurrir a soluciones homogéneas cuando se aplica la legislación nacional de los Estados que no propicia la elaboración de procedimientos de insolvencia ni los planes de reorganización de las empresas de los grupos. Un convenio internacional aportaría soluciones dentro de los grupos de empresas, puesto que facilitaría el reconocimiento de los procedimientos extranjeros, el acceso a los representantes de la insolvencia ante los tribunales de otros Estados contratantes y la cooperación y coordinación entre los diversos procedimientos de la insolvencia de los grupos de empresas;

c) El punto de partida para la elaboración de un convenio internacional serían los artículos de la Ley Modelo de la CNUDMI y su Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI, que podrían combinarse con las recomendaciones enunciadas en la Guía Legislativa de la CNUDMI, incluidas las disposiciones de la tercera parte concernientes al régimen aplicable a los grupos de empresas en un procedimiento de insolvencia. Estas labores preliminares para el convenio podrían examinarse conjuntamente con otros textos de referencia sobre el tema, como el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo Europeo, de 19 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, que ha resultado sumamente útil y eficaz en la Unión Europea;

d) El grado de consenso alcanzado en el Grupo de Trabajo V sobre los textos de la CNUDMI ya aprobados en el ámbito de la insolvencia transfronteriza ha facilitado la creación de una *opinio juris* necesaria para la elaboración de un convenio internacional;

e) Especialmente en el contexto internacional, el enfoque de instrumentos jurídicos no vinculantes (*soft law*) ha llegado al límite de su eficacia. La crisis

era técnicamente mucho más difícil que una ley modelo y el texto resultante no solo resultaría más difícil de aceptar, pues requería un procedimiento de aprobación más complejo, sino que no aportaría ninguna mejora de corto plazo en la situación de la insolvencia transfronteriza. La Asociación Internacional de Abogados, en particular, destacó la falta de éxito hasta la fecha en relación con la celebración de tratados multilaterales amplios en el ámbito de la insolvencia transfronteriza y el hecho de que “[l]as Disposiciones Legales Modelo, en cambio, ofrecen mejores perspectivas de adoptar legislación que pueda mejorar realmente el mundo real de la insolvencia transfronteriza” (Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Vol. XXVIII: 1997, tercera parte, párr. 41, pág. 359). Otros representantes consideraron que la aprobación de las Disposiciones Legales Modelo debía preceder toda consideración de la viabilidad de preparar un tratado. Al aprobar la Ley Modelo, la Comisión decidió que debería evaluar la repercusión de dicha Ley y su experiencia a este respecto, antes de adoptar una decisión relativa a la elaboración de un tratado. (Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, vol. XXVIII: 1997, segunda parte, párr. 20, pág. 51). Hasta la fecha no se han adoptado nuevas medidas a este respecto.

mundial ha demostrado que se necesitan instrumentos jurídicos vinculantes para ofrecer mayores garantías y más seguridad jurídica en situaciones de insolvencia transfronteriza, especialmente en procedimientos que abarcan a grupos internacionales de empresas; y

f) Si bien el Grupo de Trabajo V de la CNUDMI es el órgano internacional más competente y apropiado para asumir la elaboración de este convenio internacional, se requeriría la cooperación y coordinación con otras organizaciones internacionales y regionales de expertos, como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, y con la Comisión Europea.

12. La propuesta de la UIA se ha complementado con una propuesta del International Insolvency Institute (III) sobre la cuestión concreta del derecho aplicable en casos de quiebra transfronteriza, que plantea las cuestiones adicionales siguientes.

13. Un enfoque armonizado sobre cuestiones relativas al derecho aplicable en casos de insolvencia transfronteriza tiene potencial para mejorar considerablemente la coordinación de la liquidación y rescate de empresas transfronterizas. Entre los principales temas a tratarse en primer lugar podrían figurar el del derecho aplicable al rango otorgable a los créditos no garantizados o el derecho aplicable a la propiedad intelectual u otros derechos sobre bienes inmateriales. Estas cuestiones se han planteado en muchos casos de insolvencia transfronteriza y persisten graves problemas en relación con la coherencia y previsibilidad de los enfoques. Aunque no constituye una armonización de las normas sustantivas de la insolvencia, la armonización del derecho aplicable en los casos de insolvencia transfronteriza se traduciría en una mayor coherencia, seguridad y previsibilidad, y mejoraría y racionalizaría el contenido de las normas del derecho aplicable.

14. Dicha labor complementaría el proyecto actual de la CNUDMI sobre la mejora de la administración coordinada de casos transfronterizos, como se refleja en la Ley Modelo de la CNUDMI y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia. Una remisión amplia al derecho del centro de los principales intereses del deudor podría facilitar la gestión coordinada centralizando la administración y gestión de un caso de insolvencia, pero también encierra el potencial de exportar políticas de asignación de pérdidas a través de las fronteras nacionales. El alcance amplio de la aplicación de la legislación nacional podría frustrar la administración de un caso de insolvencia, pero limita el grado en que la elección del foro de la insolvencia alterará los derechos a nivel nacional. Los posibles enfoques podrían tratar de distinguir entre normas “procesales” de la insolvencia de las que afectan a los derechos sustantivos, o podrían determinar asuntos concretos en que dominan los intereses locales.

15. La labor podría comenzar por examinar en qué casos la ley del Estado del foro determinará en forma concluyente los principios que rigen la insolvencia (si ese foro es un procedimiento principal o no principal). Luego podría analizarse en qué casos el tribunal del foro en un procedimiento no principal debería aplicar el régimen de la insolvencia del procedimiento principal y establecer otras circunstancias en que un tribunal del foro podría acatar el régimen de la insolvencia de otra jurisdicción (haya o no un procedimiento pendiente en esa otra jurisdicción). Los principios ordinarios de derecho internacional privado podrían seguir rigiendo las cuestiones del régimen de la no insolvencia, como la validez o falta de validez de los créditos.

16. Este trabajo guarda relación con la labor que ha de emprenderse en relación con la aplicación de los centros de los principales intereses a los grupos de empresas y la fortalece. También podría facilitar la aprobación de la Ley Modelo y los principios en los que se basa. En la medida en que la ley del foro principal determina la ley correspondiente al grupo, se facilita la coordinación. Una aplicación más estrecha podría reducir al mínimo el grado en que los derechos y las políticas locales se desplazan y alentar la cooperación, pero podría dificultar la coordinación. Si bien se sugiere que la CNUDMI está en una posición singular para emprender este proyecto, en vista de su experiencia y competencia técnica en el ámbito del régimen de la insolvencia, la labor en esta materia podría llevarse a cabo en coordinación con otras organizaciones internacionales con conocimientos sobre la elección del derecho aplicable, como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

C. Insolvencia de instituciones financieras grandes y complejas

1. Referencias de la CNUDMI

A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5

A/CN.9/709

A/CN.9/WG.V/WP.109

A/CN.9/WG.V/WP.118

2. Antecedentes

17. En su 43º período de sesiones (2010), la Comisión examinó una propuesta de la delegación de Suiza para la preparación de un estudio sobre la viabilidad de un instrumento de resolución transfronteriza⁶ de casos de insolvencia de instituciones financieras grandes y complejas (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 y A/CN.9/709, párr. 5). Se acordó que la Secretaría prepararía un informe amplio sobre algunas de las cuestiones pertinentes o sobre todas ellas⁷.

⁶ Por “resolución” se entiende la reestructuración de una institución con el fin de asegurar la continuidad de sus funciones esenciales, preservar la estabilidad financiera y restaurar la viabilidad de esa institución en su totalidad o en parte.

⁷ Esas cuestiones eran las siguientes: “a) determinar las cuestiones relacionadas particularmente con la liquidación de las instituciones financieras grandes y complejas; b) establecer un estudio comparativo de determinados ordenamientos jurídicos con respecto a los mecanismos para organizar una cooperación transfronteriza durante la liquidación de instituciones financieras grandes y complejas; c) establecer y resumir la labor realizada, o en curso de realización, por otras instituciones, así como el contenido de cualquier labor de esta índole en la esfera considerada; d) identificar los ámbitos y las cuestiones jurídicas en que podrían o deberían aplicarse directamente o por analogía los principios establecidos en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia de 2004 y la Ley Modelo de 1997 de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza; e) determinar otros posibles enfoques para facilitar y garantizar la cooperación transfronteriza durante la liquidación de instituciones financieras grandes y complejas; y f) formular recomendaciones relativas a la posible labor futura de la CNUDMI o de otros órganos, así como de legisladores u órganos de reglamentación nacionales en las esferas definidas.”

18. Una primera nota preparada por la Secretaría se centra en el párrafo c) de la propuesta y esboza la labor emprendida (y en curso) por organizaciones internacionales (en particular el Consejo de Estabilidad Financiera, el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria y el Fondo Monetario Internacional (FMI)) y, a nivel regional, en la Unión Europea. También examina la relación entre esa labor y la labor llevada a cabo por la CNUDMI, tanto en el ámbito transfronterizo como en relación con grupos de empresas. Lo hace en un contexto en el que actualmente las instituciones financieras están excluidas del ámbito de aplicación de todos los instrumentos pertinentes aprobados por la CNUDMI. Una segunda nota de la Secretaría, que proporciona información actualizada sobre la labor de que se informa en la primera, se ha preparado para el 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.V/WP.118).

19. La primera nota subraya en particular la pertinencia práctica del documento “Características esenciales para unos mecanismos eficaces de resolución de entidades financieras” (en adelante “las características esenciales”)⁸ elaborado por el Consejo de Estabilidad Financiera y respaldado por el Grupo de los 20 en 2011⁹. Las características esenciales tienen por objeto establecer normas internacionales relativas a la institución de regímenes de resolución eficaces y alentar la convergencia internacional, impulsando reformas legislativas en muchas jurisdicciones para ponerlas en práctica. La característica esencial 7.5 contiene una regla específica sobre el reconocimiento y la cooperación transfronterizos, redactada de la siguiente manera:

“Las jurisdicciones deberían disponer procesos transparentes y acelerados para autorizar la ejecución de las medidas de resolución extranjeras, ya sea mediante un proceso de mutuo reconocimiento o la adopción de medidas en virtud del régimen interno de resolución que apoyen las medidas de la autoridad de resolución extranjera y sean compatibles con ellas. Dicho reconocimiento o esas medidas de apoyo permitirían a la autoridad de resolución extranjera adquirir rápidamente el control de la empresa (sucursal o acciones de una empresa subsidiaria) o sus activos situados en la jurisdicción anfitriona, según proceda, en los casos en que empresa sea objeto de resolución en virtud de la legislación extranjera. [...]”

20. A pesar de la pertinencia ampliamente reconocida de la cuestión, hasta ahora no se han tomado medidas concretas que obtuvieran resultados tangibles para elaborar un marco jurídico de este tipo a nivel mundial. A nivel regional, la Directiva de la Unión Europea relativa a la liquidación¹⁰ dispone el reconocimiento mutuo y la ejecución en todos los Estados miembros de la Unión Europea de las decisiones relativas a la reorganización o liquidación de bancos y empresas de seguros que tienen filiales en Estados miembros distintos de los Estados en los que

⁸ www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc.pdf (07/10/2013).

⁹ Sobre la base de esta decisión, en la declaración de los líderes del Grupo de los 20 de 6 de septiembre de 2013 se afirmaba: “Renovamos nuestro compromiso de hacer todas las reformas necesarias para aplicar las características esenciales de la Junta de Estabilidad Financiera [...]. Empezaremos las actividades necesarias para eliminar los obstáculos a la resolución transfronteriza [...]” (www.g20.org/documents/ (07/10/2013)), párr. 68.

¹⁰ La Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de abril de 2001 relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:125:0015:0023:es:PDF>.

están sus sedes. Además, la Directiva sobre un marco para el rescate y la resolución¹¹ ofrece un mecanismo de reconocimiento entre la Unión Europea y terceros países en el futuro.

21. La liquidación desordenada de instituciones financieras ha causado graves daños a las economías de los Estados. Dado que un mecanismo eficaz de resolución transfronteriza podría limitar este daño en el futuro, la elaboración de un mecanismo de este tipo a nivel mundial parece ser sumamente conveniente. El mecanismo debería proporcionar un marco jurídico que permita a las jurisdicciones dar efecto a las medidas de resolución internacionales relativas a instituciones financieras en dificultades. Otras cuestiones de coordinación transfronteriza entre autoridades de fiscalización, así como las particularidades normativas que se aplican exclusivamente a las entidades financieras de importancia sistémica, deberían quedar fuera del ámbito de aplicación de cualquier instrumento futuro. El enfoque más adecuado a fin de lograr un consenso podría ser un instrumento no vinculante en forma de ley modelo o recomendaciones como parte (o adición) de una guía legislativa.

22. Se sugiere que, habida cuenta de que la CNUDMI tiene alrededor de 20 años de experiencia en cuestiones de insolvencia transfronteriza y su experiencia legislativa y sus métodos de trabajo han superado la prueba de temas ambiciosos que son tanto técnicamente difíciles como políticamente delicados, parece ser el órgano más adecuado para elaborar un marco jurídico para la resolución transfronteriza de entidades financieras. La labor realizada en relación con este tema puede basarse en proyectos anteriores de la CNUDMI, así como en la labor de otras instituciones, y entrañar una estrecha coordinación y cooperación con otros órganos internacionales de expertos.

D. Obligaciones de los directores de empresas pertenecientes a un grupo en el período cercano a la insolvencia

1. Referencias de la CNUDMI

A/CN.9/WG.V/WP.115

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, cuarta parte

2. Antecedentes

23. La cuarta parte de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, aprobada por la Comisión en 2013, trata de las obligaciones de los directores de una entidad individual en el período cercano a la insolvencia. No aborda la aplicación de estas obligaciones en el contexto de un grupo de empresas.

24. En su 42º período de sesiones (2012), el Grupo de Trabajo examinó las cuestiones relativas a los directores de empresas pertenecientes a un grupo (A/CN.9/763, párr. 92). Se convino en que, si bien el tema planteaba cuestiones

¹¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y empresas de inversión, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/13/st11/st11148-re01.en13.pdf> (07/10/2013).

difíciles y complejas, particularmente en cuanto a los aspectos que vinculaban la insolvencia y el derecho de sociedades, la posibilidad de una futura labor al respecto merecía examinarse con suma atención una vez que el Grupo de Trabajo hubiera concluido su examen de esas cuestiones en el contexto de las entidades individuales. La información relativa a la forma en que los regímenes jurídicos nacionales trataban las obligaciones de los directores se presentó para el 43° período de sesiones del Grupo de Trabajo (2013) (véase A/CN.9/WG.V/WP.115).

25. Dado que en la actualidad gran parte de las actividades comerciales se realizan a través de grupos de empresas, que a menudo requieren que los directores sopesen los intereses de su propia empresa respecto de los del grupo en su conjunto, podría ser conveniente examinar las repercusiones de la estructura del grupo en las obligaciones establecidas en la cuarta parte de la Guía Legislativa. Podría ser necesario aplicar un enfoque diferente, por ejemplo, moderado por el reconocimiento de la existencia del grupo, su estructura, y las realidades de sus actividades habituales; en otras palabras, un enfoque que tenga en cuenta no solo el interés superior de las entidades individuales que integran el grupo, sino también la forma en que este interés se ajusta al del grupo de empresas en su conjunto, y que logre un equilibrio entre esas dos consideraciones.

II. Temas para la posible labor futura

A. Cuestiones relativas a los acreedores y las reclamaciones

1. Normas mundiales para la adjudicación de reclamaciones

a) Antecedentes

26. La falta de coherencia actual entre los procedimientos de las diferentes jurisdicciones crea incertidumbre tanto para los deudores como para los acreedores (especialmente en los casos en que podría haber más de una jurisdicción respecto de una controversia sobre reclamaciones), dificultades para jueces y profesionales, y dudas sobre la ejecución (y el reconocimiento) del fallo de un tribunal de una jurisdicción en otra que aplica normas diferentes. Esta cuestión ha sido una consideración importante en grandes procedimientos de insolvencia en jurisdicciones múltiples, como el caso de Lehman Brothers.

27. El trabajo en aras de un proceso mundial normalizado fomentaría la eficiencia y la certeza en cuestiones de insolvencia en todo el mundo y en el sector de la reestructuración y la insolvencia a nivel global.

2. Clasificación de las reclamaciones de los acreedores¹²

a) Referencias de la CNUDMI

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, segunda parte, capítulo V, párrafos 62 a 79, y recomendaciones 189 y 190

¹² Este tema ha sido propuesto por la Asociación Internacional de Profesionales en Reestructuración, Insolvencia y Quiebras (INSOL International).

b) Antecedentes

28. Con unas directrices normalizadas para clasificar las reclamaciones de distinto tipo y tratar a los acreedores “inusuales” (por ejemplo, fondos de pensiones, empleados, fondos de garantía de depósitos) se facilitaría la resolución de las reclamaciones en los casos de quiebra e insolvencia. En la actualidad no hay coherencia entre los países a este respecto; de hecho, algunos países otorgan derechos extraordinarios a determinados acreedores “inusuales” que modifican considerablemente el sistema de prioridades “en cascada” que se aplicaría normalmente (y que aún se aplica en otros países).

29. En algunas jurisdicciones, debido a factores políticos podría ser poco probable que se adoptara una norma mundial totalmente uniforme; sin embargo, la elaboración de directrices generales contribuiría a una mayor certidumbre de los procedimientos de quiebra e insolvencia y a evitar que los derechos de los acreedores varíen radicalmente de un país a otro.

3. Derechos de voto relativos de los titulares de deuda y de capital social¹²**a) Referencias de la CNUDMI**

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, segunda parte, capítulo IV, párrafos 26 a 55 y recomendaciones 145 a 151

b) Antecedentes

30. Los derechos de voto de los titulares de deuda y de capital social en un plan de reestructuración difieren considerablemente entre algunas jurisdicciones y pueden llevar a la búsqueda de un foro conveniente y a la incertidumbre de la ejecución de esos planes entre jurisdicciones. En particular, cuando el régimen de la insolvencia de un país permite una reestructuración no consensuada de “imposición” (*cram-down*) (es decir, a pesar del voto en contra de una clase de acreedores o de titulares de capital social), y el de otro país no lo permite, la cuestión de si un tribunal del otro país debería reconocer un plan de reestructuración basado en ese régimen podría ser importante en determinados procedimientos multinacionales de insolvencia. Además, si el régimen de la insolvencia de un país no distingue entre los derechos de voto relacionados con las reclamaciones de deuda de terceros y los de acreedores internos, y el de otro país sí lo hace, la cuestión de si un tribunal del otro país debería reconocer un plan de reestructuración basado en ese régimen también podría ser importante.

31. En la reciente causa transfronteriza *In re Vitro S.A.B. de C.V. (Vitro, S.A.B. de C.V. v. ACP Master, Ltd)*, el tribunal de los Estados Unidos de América determinó que varias disposiciones de un plan de reestructuración mexicano que extinguía las reclamaciones de poseedores de valores contra subsidiarias no deudoras y contra garantes de los valores eran claramente incompatibles con las políticas fundamentales de los Estados Unidos relativas a la protección de las reclamaciones de terceros en un contexto de insolvencia. Si bien las actuaciones mexicanas se reconocieron como procedimientos extranjeros en virtud de la legislación de aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI en los Estados Unidos (capítulo 15 del Código de la Quiebra de los Estados Unidos), el tribunal se negó a ejecutar el plan de reestructuración por considerar que era incompatible con las políticas públicas fundamentales de los Estados Unidos.

32. La orientación acerca de directrices adecuadas acerca de los derechos relativos de voto (y la deferencia que debe otorgarse al régimen de otra jurisdicción) podría evitar controversias en materia de cuestiones complejas de los procedimientos de insolvencia.

4. Coordinación del acceso de los acreedores a la información y a la representación colectiva¹³

a) Referencias de la CNUDMI

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, segunda parte, capítulo III, párrafos 75 a 115, y recomendaciones 126 a 136

b) Antecedentes

33. Un objetivo común de los regímenes de la insolvencia es maximizar las sumas recuperables por los acreedores. Un objetivo conexo es dotar a los acreedores de acceso a la información para que puedan participar en la causa y proteger sus intereses individuales y los intereses de acreedores en situaciones semejantes. Si bien algunos acreedores podrían tener acceso a un representante local de la insolvencia, los que geográficamente se encuentran lejos de los procedimientos locales tal vez carezcan de ese acceso o no sepan cómo acceder a la causa, al representante o a la información sobre el estado de la causa. Además, en algunas jurisdicciones, el representante podría no tener la obligación de comunicarse con los acreedores, lo cual hace que el proceso parezca poco claro. Algunas jurisdicciones tienen un enfoque bien establecido que utiliza la designación de comités oficiales de acreedores para representar los intereses colectivos de los acreedores no garantizados u otros tipos de representación colectiva, aunque con diferentes directrices para la designación de los acreedores que integrarán esos comités. En el caso de actuaciones simultáneas relativas al mismo deudor o procedimientos transfronterizos conexos en relación con miembros de un grupo de empresas, si bien la Ley Modelo de la CNUDMI aborda la cooperación entre los tribunales y entre los representantes extranjeros, no se ocupa de la cooperación entre los representantes de acreedores (oficiales o no oficiales). Las recomendaciones 126 a 136 de la Guía Legislativa de la CNUDMI, en que se trata la participación de los acreedores en procedimientos de insolvencia, se han aplicado solo en un número limitado de regímenes de la insolvencia. Un enfoque coordinado del acceso de los acreedores y, cuando proceda, de la representación colectiva, podría asegurar una corriente de información sin obstáculos, alentar la participación de los acreedores y maximizar las sumas recuperables y la transparencia.

34. El Grupo de Trabajo V tal vez desee estudiar la posibilidad de elaborar un enfoque coordinado del acceso de los acreedores a los representantes de la insolvencia con el objeto de maximizar el acceso de los acreedores a la información y la participación. Esa labor podría basarse en las recomendaciones 126 a 136 de la Guía Legislativa de la CNUDMI o ampliarse para constituir una guía de mejores prácticas. También podría incluirse en la Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza en los párrafos que se ocupan de la cooperación en el artículo 27.

¹³ Este tema ha sido propuesto por la Confederación Internacional de Mujeres Especializadas en Insolvencia y Reestructuración (IWIRC).

Otra posibilidad es abordar la cuestión como parte de la labor futura sobre insolvencia de grupos de empresas.

B. Tratamiento de la insolvencia de contratos financieros y compensación global por saldos netos¹⁴

1. Referencias de la CNUDMI

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, segunda parte, capítulo II, párrafos 208 a 215, y recomendaciones 71, 92 y 101 a 107

2. Antecedentes

35. El tratamiento jurídico eficaz de los contratos financieros es esencial para el buen funcionamiento de los mercados financieros. Se considera imprescindible regular debidamente las consecuencias que tendrá el incumplimiento por una de las partes de las obligaciones que le imponga un contrato financiero, particularmente por razones de insolvencia, y en general se piensa que esos contratos deberían recibir tratamiento especial y protección en caso de insolvencia. No obstante, un tratamiento especial de este tipo podría ser incompatible con otros objetivos del régimen de la insolvencia. Además, la crisis financiera mundial demostró que el enfoque de aislar los contratos financieros de los efectos de la insolvencia no está libre de controversias.

36. La Guía Legislativa de la CNUDMI también aborda el enfoque tradicional de protección de los contratos financieros. En esta Guía a) se exime a los contratos financieros (definidos ampliamente) de la aplicación de toda suspensión impuesta a la extinción de contratos o a toda otra limitación a la ejecutabilidad de las cláusulas contractuales que extinguen o aceleran automáticamente un contrato al iniciarse un procedimiento de insolvencia (reglas *ipso facto*); b) exime además a esos contratos de toda limitación al ejercicio de los derechos de compensación y de compensación global por saldos netos al iniciarse un procedimiento de insolvencia; c) limita la aplicación de las normas relativas a la anulación a este respecto; y d) exime a las garantías reales de las obligaciones dimanadas de los contratos financieros de toda suspensión a la ejecutabilidad de una garantía real. Estas exenciones se aplican independientemente de que una de las partes sea o no una institución financiera (véanse las recomendaciones 71, 92 y 101 a 107). La justificación principal de estas exenciones que ofrece la Guía Legislativa es la reducción de la posibilidad de que se produzcan riesgos sistémicos que podrían poner en peligro la estabilidad de los mercados financieros y que podrían producirse si se permite a los deudores optar por cumplir solamente unos contratos, dejando otros incumplidos, y si hay incertidumbre jurídica sobre los efectos de la insolvencia en los contratos financieros.

37. Parece oportuno volver a examinar este axioma, utilizando la experiencia adquirida en la crisis financiera y el conjunto de las prácticas de los diferentes regímenes jurídicos que aplican la protección de los contratos financieros. Un acontecimiento importante que podría afectar a esta cuestión es la evolución de las normas de los regímenes que rigen la resolución de entidades financieras. Estas

¹⁴ Este tema ha sido propuesto por el Banco Mundial.

normas incluyen ciertas restricciones de los derechos en virtud de contratos financieros, a fin de que no obstaculicen la aplicación efectiva de medidas de resolución (véase Consejo de Estabilidad Financiera, *Características esenciales para unos mecanismos eficaces de resolución de entidades financieras*, cuarta parte y anexo IV¹⁵; véase también UNIDROIT, *Principles on the Operation of Close-out Netting Provisions* (Principios sobre la ejecutabilidad de las decisiones sobre compensación global de clausura), principios 7 y 8¹⁶). Las exenciones otorgadas a los contratos financieros en casos de insolvencia que se aplican ampliamente también podrían ser contraproducentes en otros contextos de reestructuración.

38. En el contexto de la Guía Legislativa de la CNUDMI, la pregunta clave podría ser si se logra compaginar adecuadamente los intereses sociales netos de los contratos financieros con la reducción de los posibles efectos perjudiciales de proteger a esos contratos de distintas normas de la insolvencia. A este respecto, cabría examinar las repercusiones concretas del tratamiento especial otorgado a los contratos financieros en casos de insolvencia, entre otras:

- a) El riesgo de que los acreedores que no sean verdaderas entidades financieras eludan el proceso de insolvencia;
- b) Las posibles medidas que resten incentivos a la vigilancia de la capacidad crediticia de los socios comerciales;
- c) El posible incentivo de definir otras operaciones como contratos financieros y obtener una garantía real no revelada *de facto*;
- d) La posible injusticia hacia la junta general de acreedores (es decir, la distribución desigual de la pérdida de la insolvencia) y el perjuicio causado a la masa;
- e) El riesgo de abuso del proceso de insolvencia por los acreedores a los que les es indiferente el desenlace del proceso (*empty creditors*), cuyos intereses económicos se apartan del derecho de voto que reclaman, y el perjuicio potencial para los intentos de reestructuración; y
- f) El riesgo de ampliación de las exenciones más allá de su alcance previsto.

C. Reglamentación de los profesionales de la insolvencia¹²

1. Referencias de la CNUDMI

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, segunda parte, capítulo III, párrafos 36 a 43 y 48, y recomendaciones 115 a 117

2. Antecedentes

39. En 2007 el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) estableció un conjunto de principios para orientar a los legisladores en la definición de normas sobre calificaciones, nombramientos, conducta, supervisión y reglamentación de

¹⁵ Puede consultarse en www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc.pdf.

¹⁶ Puede consultarse en www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2013session/cd92-06a-e.pdf.

titulares de cargos en los casos de insolvencia. Estos Principios del BERD relativos a los titulares de cargos en los casos de insolvencia¹⁷ tienen por objeto fomentar la integridad, justicia y eficacia del régimen de la insolvencia asegurando que profesionales adecuadamente cualificados sean titulares de cargos en los casos de insolvencia. Estas directrices ofrecen una lista de verificación de la mayoría de las cuestiones importantes que deberían reflejarse en todo régimen de la insolvencia que disponga el nombramiento de un titular de un cargo en casos de insolvencia o reestructuración; en tal sentido no pretenden ser exhaustivos. Se basan en las disposiciones pertinentes de la Guía Legislativa de la CNUDMI y los Principios del Banco Mundial para Sistemas Efectivos de Insolvencia y de Derechos de los Acreedores¹⁸, y contienen más detalles y orientación sobre la aplicación de las normas propuestas por esas instituciones.

40. A pesar de las diferencias entre los sistemas jurídicos, los titulares de cargos en los casos de insolvencia, conocidos como fideicomisarios, administradores, liquidadores o representantes de la insolvencia, constituyen un aspecto esencial de la capacidad institucional que determina la eficacia y eficiencia de la mayoría de los regímenes de la insolvencia de todo el mundo. Están obligados a actuar en forma honesta, profesional y responsable. Se les suele otorgar el control de los activos y considerable autoridad para decidir cómo y cuándo administrar, realizar y distribuir esos activos. Un cuadro de titulares de cargos debidamente cualificados, formados y reglamentados es esencial para el funcionamiento transparente, eficaz y eficiente de estos regímenes. No obstante, las evaluaciones y encuestas indican que muchos regímenes de la insolvencia carecen de los elementos básicos necesarios para el funcionamiento adecuado de un sistema de este tipo.

41. Debería examinarse la posibilidad de desarrollar estos principios para su aplicación a nivel internacional.

D. Ejecutabilidad de sentencias derivadas de casos de insolvencia¹²

1. Referencias de la CNUDMI

Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, artículo 21, y Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI, párrafos 189 a 195

Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: la perspectiva judicial (versión de 2012), párrafos 138 a 146

Caso 1270 de la Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI (CLOUT): *Rubin v Eurofinance SA*

¹⁷ Puede consultarse en www.ebrd.com/downloads/legal/insolvency/ioh_principles.pdf.
www.google.at/search?q=EBRD+Insolvency+Office+Holder+Principles&rls=com.microsoft:en-gb:IE-SearchBox&ie=UTF-8&oe=UTF-8&sourceid=ie7&rlz=117GGHP_en-#.

¹⁸ Principios del Banco Mundial para Sistemas Efectivos de Insolvencia y de Derechos de los Acreedores, puede consultarse en <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/LAWANDJUSTICE/GILD/0,,pagePK:181022~theSitePK:215006,00.html>.

2. Antecedentes

42. En el caso *Rubin v Eurofinance SA*¹⁹, los representantes extranjeros de la empresa deudora solicitaron, además del reconocimiento del procedimiento extranjero, la ejecución de una sentencia dictada por el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos contra terceros por el pago adeudado a los acreedores de la empresa deudora. En una apelación contra la decisión del tribunal de apelaciones de que la sentencia podía ejecutarse, la Corte Suprema inglesa abordó la cuestión principal de si el reconocimiento y la ejecución de sentencias dictadas durante un procedimiento de insolvencia (por ejemplo, en un procedimiento de anulación de operaciones) estaban sujetos a las reglas tradicionales de *common law* que rigen el reconocimiento de sentencias dictadas *in personam* e *in rem*, o de si se aplicaban reglas distintas a los juicios por insolvencia. La corte estimó que no se aplicaban reglas diferentes y que el Reglamento sobre la Insolvencia Transfronteriza de 2006 (por el que se incorporó la Ley Modelo al derecho de Gran Bretaña) no preveía el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras frente a terceros. La corte consideró que sería sorprendente que se dedujera que la Ley Modelo pretendía regular las sentencias en cuestiones de insolvencia por simple implicación. Los artículos 21, 25 y 27 de la Ley Modelo de la CNUDMI regulaban cuestiones de procedimiento y si bien no había duda de que debían interpretarse conforme a su finalidad y con criterios amplios teniendo en cuenta los objetivos de la Ley Modelo, la corte sostuvo que nada indicaba que fueran aplicables al reconocimiento y a la ejecución de sentencias extranjeras frente a terceros. La corte observó asimismo que la Ley Modelo no estaba concebida para regular la ejecución recíproca de sentencias.

43. Tal vez convenga examinar la cuestión de si la Ley Modelo de la CNUDMI debería abarcar específicamente la ejecutabilidad de sentencias derivadas de casos de insolvencia como parte de las medidas discrecionales otorgables en virtud del artículo 21. También podría analizarse la posibilidad de que el texto normalizado de la Ley Modelo incluyera una frase del siguiente tenor: “los procedimientos relativos al ajuste de la deuda” en la definición de “procedimiento extranjero” para reflejar los cambios propuestos en el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo Europeo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia y la forma en que se ha aplicado la Ley Modelo en algunos Estados. Un examen de este tipo facilitaría el reconocimiento transfronterizo de acuerdos voluntarios de reestructuración.

E. Tratamiento de la propiedad intelectual en casos de insolvencia transfronteriza²⁰

1. Referencias de la CNUDMI

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, segunda parte, capítulo II, párrafo 115

¹⁹ [2012] UKSC 46 (en apelación en [2010] EWCA Civ 895 y [2011] EWCA Civ 971); caso 1270 de la serie CLOUT.

²⁰ Este tema ha sido propuesto por el International Insolvency Institute.

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas: Suplemento relativo a las Garantías Reales sobre Propiedad Intelectual (2011)

2. Antecedentes

44. La Guía Legislativa de la CNUDMI señala que podría necesitarse una excepción para el tratamiento de las licencias de propiedad intelectual en relación con el mantenimiento, el rechazo y la extinción de contratos²¹, pero no aborda la cuestión en profundidad ni formula recomendaciones. En vista de los acontecimientos recientes relacionados con la propiedad intelectual en casos de insolvencia y la creciente importancia de la propiedad intelectual como activo de empresas insolventes, podría examinarse en profundidad el tratamiento de estos activos en los procedimientos de insolvencia y elaborarse directrices concretas.

45. Los contratos de propiedad intelectual son cada vez más importantes en las actividades comerciales y, en consecuencia, muchas veces son componentes integrales de los activos de un procedimiento de insolvencia. En casos como los de Nortel Networks Corporation y de Eastman Kodak Company, los derechos de propiedad intelectual de los deudores constituían sus activos más valiosos. El tratamiento de estos derechos de propiedad intelectual muchas veces entraña consideraciones importantes que difieren de las que sirven de base al tratamiento de otros tipos de contrato. Aunque las reglas que rigen la extinción, la vigencia y la cesión de contratos ordinarios muchas veces dependen del buen criterio empresarial del representante de la insolvencia, los acreedores y el tribunal, el tratamiento de los contratos de propiedad intelectual podría tener ramificaciones más amplias.

46. El procedimiento de la insolvencia de Qimonda AG²² puso de relieve los diferentes enfoques de esta cuestión. Qimonda es un productor alemán de microprocesadores dinámicos de acceso aleatorio (DRAM) para computadoras, que funcionaba en todo el mundo y poseía más de 12.000 patentes. Qimonda había celebrado numerosos acuerdos de licencias cruzadas de patentes con otras partes. En enero de 2009 Qimonda inició el procedimiento de insolvencia en Alemania y en virtud del régimen de la insolvencia alemán se extinguieron las licencias de propiedad intelectual de Qimonda como licenciante. En otros países el tratamiento de las licencias de propiedad intelectual es semejante, como en Italia, donde se extinguieron las licencias de propiedad intelectual en el procedimiento de insolvencia de la empresa think3. Cuando el representante de la insolvencia de Qimonda presentó, en virtud del capítulo 15 del Código de la Quiebra de los Estados Unidos (por el que se incorporó la Ley Modelo de la CNUDMI al derecho de los Estados Unidos) una solicitud de ejecución de la extinción de las licencias de propiedad intelectual, el tribunal de los Estados Unidos determinó que la medida solicitada era “manifiestamente contraria” al orden público de los Estados Unidos en materia de innovación tecnológica y señaló la “maraña de patentes” que había en la industria de los semiconductores. Este caso pone de relieve las incoherencias en el tratamiento de los contratos de propiedad intelectual entre los distintos regímenes y crea confusión en cuanto a la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI.

²¹ Véase, por ejemplo, Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, capítulo II, párr. 115.

²² *Re Qimonda AG Bankr. Lit.*, 433 B.R. 547; 462 B.R. 165 (2011); caso 1213 de la serie CLOUT.

47. Aunque la extinción de contratos puede ser ventajosa para los acreedores de un deudor insolvente y está permitida en muchos países, la extinción de contratos de propiedad intelectual puede tener ramificaciones amplias. Por ejemplo, si un licenciante insolvente de una patente pone fin a la licencia de una patente para un proceso de fabricación de semiconductores, podría detener la producción de una fábrica de mil millones de dólares del licenciataria y crear una escasez a nivel mundial que afectaría a productores que utilizan el producto en sus propios dispositivos. Este efecto en cascada de la extinción ha llevado a algunos países a proteger la continuación del uso de la propiedad intelectual por los licenciarios.

48. En cambio, aunque un deudor insolvente puede mantener y otorgar licencias de propiedad intelectual en algunos países en que el deudor es el licenciario, en otros el licenciante no deudor puede extinguir esos contratos. Dada la creciente importancia de las licencias de propiedad intelectual para la rehabilitación de entidades insolventes, la capacidad de un licenciario de mantener y, potencialmente, vender u otorgar los derechos de propiedad intelectual se ha convertido en un factor importante en los procedimientos de insolvencia. Cuando la licencia incluye marcas registradas y otras formas de propiedad intelectual en que la legislación sobre propiedad intelectual contempla la continuación de la participación de ambas partes en el contrato, surgen otras complicaciones. Cuando la propiedad intelectual guarda relación con el desempeño de servicios personales, como en los acuerdos de franquicia, surgen nuevas complicaciones. También es necesario examinar cuestiones normativas como la capacidad de subsanar los incumplimientos no monetarios y la garantía del mantenimiento del desempeño del deudor o de un cesionario.

49. La labor podría incluir un análisis comparativo del tratamiento de las licencias de propiedad intelectual en los procedimientos de insolvencia de distintos países y la formulación de recomendaciones para armonizar el tratamiento de las partes en esas licencias en regímenes diferentes. Podrían abordarse las cuestiones que guardan relación con la venta, la extinción, la vigencia, el rechazo y la cesión de contratos de propiedad intelectual. Las conclusiones a las que se llegue deberán coordinarse con los objetivos de las partes en los contratos de propiedad intelectual en el comercio convencional. La posibilidad de excepciones a las reglas generales sobre contratos incumplidos está contemplada en la Guía Legislativa de la CNUDMI aunque, como se ha observado, no se incluyeron recomendaciones relativas al tratamiento de los contratos de propiedad intelectual. La importancia creciente de estos contratos para el funcionamiento adecuado de los procedimientos de insolvencia indica la necesidad de un examen en profundidad de estas cuestiones y la elaboración de directrices coherentes para el tratamiento de los contratos de propiedad intelectual. Los resultados de un examen de este tipo podrían revestir la forma de un suplemento de la Guía Legislativa, una ley modelo o una declaración de principios, y deberían coordinarse con las iniciativas de otros grupos de trabajo y organizaciones que se ocupan de cuestiones de propiedad intelectual.

III. Procedimientos acelerados y simplificados, incluidos los “preorganizados” y otros mecanismos aptos para la insolvencia de microempresas y las pequeñas y medianas empresas

1. Referencias de la CNUDMI

A/CN.9/780 (Informe de un coloquio de la CNUDMI sobre la microfinanciación celebrado del 16 al 18 de enero de 2013)

Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/68/17), párrs. 316 a 322 y 326

2. Antecedentes

50. La CNUDMI ha celebrado dos coloquios en la esfera de la microfinanzas y la creación de condiciones jurídicas propicias para las microempresas y las pequeñas y medianas empresas (MIPYME). En su 46° período de sesiones (2013), la Comisión examinó la labor realizada respecto de esos temas y en particular los resultados del coloquio celebrado del 16 al 19 de enero de 2013. La Comisión decidió que se debía añadir a su programa de trabajo la cuestión relativa al derecho mercantil internacional destinado a reducir los obstáculos jurídicos que afectaban a las MIPYME en todo su ciclo de vida, sobre todo a las de los países en desarrollo. La Comisión también convino en que al iniciar ese trabajo se prestara especial atención a las cuestiones jurídicas relacionadas con la simplificación de la constitución de sociedades, y que la Secretaría preparara documentación como requisito para convocar sin tardanza el período de sesiones de un grupo de trabajo. El Grupo de Trabajo I, al que se encomendó este tema, celebrará su primera reunión del 10 al 14 de febrero de 2014 en Nueva York.

51. En su 46° período de sesiones la Comisión también analizó las cuestiones relacionadas con la insolvencia de las MIPYME y solicitó al Grupo de Trabajo V que en el período de sesiones que celebraría en el primer semestre de 2014 realizara un examen preliminar de las cuestiones pertinentes, en particular para determinar si la Guía Legislativa de la CNUDMI proporcionaba soluciones suficientes y adecuadas para esas empresas. De no ser así, se solicitó al Grupo de Trabajo que considerara qué labor adicional y qué posibles resultados de esa labor podrían necesitarse en un futuro para racionalizar y simplificar los procedimientos de insolvencia de esas empresas. Las conclusiones sobre esas cuestiones deberían exponerse de manera suficientemente detallada en el informe sobre la labor del Grupo de Trabajo que se presentaría a la Comisión en 2014, a fin de que pudiera determinar si en un futuro debería proseguir la labor al respecto¹.

52. Por distintas razones, en caso de dificultades financieras las MIPYME suelen hacer frente a cuestiones distintas de las que afrontan las empresas más grandes. Las razones son, entre otras, las siguientes:

a) Una carga excesiva de riesgos relativos a la escasez de capital circulante. Esta situación también guarda relación con la disminución de la financiación mediante la emisión de acciones, mayores tasas de rechazo de las solicitudes de financiación, tipos de interés más altos y exigencias más onerosas de garantías;

b) Un modelo de gestión centralizada en el que se superponen la propiedad y el control (frecuentemente dentro de una familia). A resultas de ello, la administración muchas veces no puede o no quiere hacer frente a una crisis de manera oportuna y solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia. La propiedad familiar a menudo significa que la administración se niega a aceptar una solución de la insolvencia que pueda llevar a la pérdida de su control de la empresa. Un propietario a veces oculta una crisis por miedo a dañar su buen nombre comercial, las relaciones con los empleados, los proveedores y el mercado, y a perder sus líneas de crédito. Incluso en los casos en que las MIPYME de propiedad individual o familiar son sociedades constituidas, con frecuencia los acreedores no conocen la situación económica real de la empresa. Estos factores podrían dar lugar a que la crisis solo resulte evidente cuando es demasiado grave para ocultarse y la empresa ya no tiene manera de evitar la pérdida de valor económico. Cuando los propietarios de empresas pequeñas buscan soluciones informales, con frecuencia carecen de la experiencia necesaria para encontrar la solución adecuada, y la asistencia profesional especializada podría ser demasiado cara;

c) La empresa podría ser demasiado pequeña para beneficiarse de los procedimientos organizados de reorganización y liquidación disponibles en virtud de la legislación sobre la insolvencia, especialmente cuando esos procedimientos se han concebido para empresas más grandes y no son adecuados para abordar la naturaleza esencialmente individual de muchas de estas empresas. Al mismo tiempo, los procedimientos de insolvencia para personas físicas no están concebidos para abordar las dificultades financieras de empresas industriales o comerciales, independientemente de su tamaño. Por lo general, este tipo de procedimiento para personas físicas se establece para resolver problemas relativos al pago de deudas de consumo y no tiene en cuenta la naturaleza comercial de la empresa que, de rescatarse, podría seguir realizando sus actividades para responder a sus acreedores.

53. Hay consenso general de que un régimen de la insolvencia de las MIPYME podría valerse tanto del régimen que reglamenta la insolvencia de empresas más grandes como del que reglamenta la insolvencia de personas físicas. Debería tener por objeto, por un lado, maximizar los activos y conservar la empresa, y, por el otro, liberar a los empresarios de su obligación y permitirles un nuevo comienzo. Al mismo tiempo, un régimen de la insolvencia de las MIPYME debería tener en cuenta las características sociales y económicas de un país, en particular la definición de MIPYME establecida en esa jurisdicción. En el caso de sociedades constituidas, por más pequeñas que sean, debería ser posible asegurar su continuidad. En el caso de personas que operan sin la protección de una sociedad constituida (categoría que también incluye las asociaciones en que los integrantes son responsables de las deudas de la empresa), es más difícil mantener la continuidad. No obstante, es necesario establecer un equilibrio entre los intereses de los distintos participantes, y se debería evitar aplicar un criterio punitivo.

54. La experiencia indica que si bien muchos regímenes de la insolvencia pueden ofrecer instrumentos flexibles y eficaces para la supervivencia de crisis empresariales reversibles, aún no prevén procedimientos para empresas más pequeñas y microempresas. Los regímenes de la insolvencia podrían establecer umbrales arbitrarios para acceder a los procedimientos de insolvencia, por ejemplo, la cuantía de la deuda, que tal vez excluyan a las empresas más pequeñas. Las que apenas superan los umbrales podrían no estar en condiciones de encontrar

soluciones adecuadas, ya que los bancos y las entidades financieras podrían ser reuuentes a financiar su reorganización o reestructuración. Las MIPYME tal vez solo dispongan de financiación si los propietarios pueden ofrecer garantías suficientes; para los acreedores financieros puede ser más importante recuperar sus créditos por medio de la venta de las garantías que financiar el rescate de una empresa.

55. Algunos Estados, por ejemplo Italia, han promulgado leyes para tratar la insolvencia de personas físicas, que incluyen tanto a consumidores como a empresas pequeñas. Aunque la ley italiana incluye la posibilidad de un acuerdo con los acreedores y de la liquidación con la liberación de las obligaciones del empresario, la complejidad del procedimiento, los costos conexos, las condiciones relativas a la liberación de las obligaciones y el tiempo necesario para obtener esa liberación desalientan la aplicación de la ley.

56. Los objetivos de un régimen de la insolvencia de las MIPYME deberían incluir el estímulo de los deudores para que soliciten la apertura del procedimiento de insolvencia cuando proceda; incentivos para que las entidades financieras participen activamente en el proceso; la aplicación de procedimientos simplificados de reorganización y liquidación que tengan plazos más breves, menores requisitos probatorios, menos etapas procesales y, de ser posible, menos apelaciones; y la posibilidad de la liberación de las obligaciones y de un nuevo comienzo para los distintos empresarios.
