

CONCLUSIÓN EN UNCITRAL DEL ACTO SEGUNDO SOBRE LAS TAREAS ACERCA DE LA INSOLVENCIA

DAVID MORÁN BOVIO
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Cádiz

Resumen: El pasado julio (2010), se ha finalizado la Parte Tercera de la *Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia*, dedicada a algunas de las cuestiones de la insolvencia, cuando ésta afecta a miembros de grupos de empresas. Como continuación de dos trabajos anteriores (y con método muy semejante a ellos) se muestra en el presente la génesis ausente en los ejercicios precedentes, por una parte y, por otra, una perspectiva general de los resultados de ese nuevo apartado en la *Guía*. Por último, se apuntan los temas de labor futura en ese Grupo de Trabajo de UNCITRAL. Preceden el trabajo unas palabras de recuerdo al Profesor Pérez de la Cruz, a cuya memoria se dedica el volumen.

Palabras clave: UNCITRAL. Guía legislativa insolvencia. Parte tercera.

Abstract: UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, Part Three, was adopted (July 2010). The new section is devoted to insolvency in and with relation to enterprise group members. As an updating of two previous works (and with similar method) in the present one, first, the section of the genesis absent in the precedent works is presented, second, the general perspective of the Part Three is offered, finally, the future work for the UNCITRAL Working Group on Insolvency is described. The first words of this contribution are devoted to Professor Pérez de la Cruz, to whom this volume is homage.

Keywords: UNCITRAL. Legislative Guide on Insolvency Part Three

SUMARIO: I. ANTONIO PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO: UNA ESCENA. II. OBJETO Y MÉTODO. III. GRUPOS DE TRABAJO Y 43º PLENARIO: 1. 37º Grupo de Trabajo; 2. 38º Grupo de Trabajo; 43 Plenario. IV. PARTE TERCERA DE LA GUÍA LEGISLATIVA DE UNCITRAL. SOBRE EL RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA. V. TRABAJOS FUTUROS.

I. ANTONIO PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO: UNA ESCENA

Noviembre de 1985, tercera semana. Cámara de Comercio de Madrid, en el edificio de la calle de las Huertas. Una sesión, a cargo del malogrado Profesor BROSETA, denominada «Ponencia sobre el estado actual y perspectivas del Derecho Mercantil»¹, en el marco de la celebración del centenario del Código de Comercio.

Después de la muy brillante intervención², los aplausos. Se abre el anunciado debate que, creo, inicia mi maestro, el Profesor OLIVENCIA. Cuando concluye sus palabras, en las que, al hilo de las del ponente, ha aludido a la importancia de la indagación en el concepto del Derecho Mercantil, para lo que conviene tener a mano las “viejas memorias de cátedras”³, aprovecha la amplia concurrencia de interesados en el Derecho Mercantil (la sesión se anunció como “a puerta cerrada”, exclusiva para los especialistas académicos en la materia), para preguntar si alguien tiene o sabe de un ejemplar de su Memoria de Cátedra, pues reconoce ignorar dónde andan: fue prestándolos y acabó sin ninguno.

Me parece (al igual que si es mi maestro quien interviene en primer término: la publicación no anota el pormenor) que el Profesor URÍA habla a continuación. Le sigue el Profesor MENÉNDEZ y alguno más. Todos concluyen de igual modo: dirigiéndose al Profesor OLIVENCIA para indicarle que no tienen su Memoria.

ANTONIO PÉREZ DE LA CRUZ se pone en pie, casi en la mitad del salón de los espejos, y da inicio a sus palabras, más o menos, del siguiente modo: *Yo no tengo la memoria de Don Manuel, pero me gustaría tenerla, así como su entendimiento y su voluntad*. Lógicamente, la carcajada fue sonora e importante. Una vez repuestos de la guasa, siguió el ex rector de la Universidad de Málaga con el interesante evento.

Probablemente mi inocente bisoñez y permanente pupilaje justifican que quedase grabada la imagen anterior y que haya vuelto sobre ella. La rememoré con el Profesor PÉREZ DE LA CRUZ en diferentes ocasiones. Siempre

¹ BROSETA (1986). Se presenta la ponencia como “Reunión de los profesores españoles de Derecho Mercantil”, *ibid.* p.421. Es aludida por el Profesor MENÉNDEZ para que se desarrolle «en la mañana del próximo jueves» (día 21 de noviembre): MENÉNDEZ (1986): p.22.

² Conviene destacar en ella, por lo que sigue, la referencia al Derecho Mercantil estatal y autonómico, la construcción de un mercado único y la noción de «legislación mercantil» del art.149.1.6.ª CE, con la que concluye: «se desprende una [...] afirmación [...]: la invocación que [...] realiza la Constitución, hace más urgente que nunca que delimitemos qué es o cuál es el concepto del Derecho Mercantil» [BROSETA (1986) p.434–435].

³ Predicó con el ejemplo: OLIVENCIA (1999), vol.1, p.125

quitaba importancia a ese acto ... con otra broma. Me resulta dichosamente inevitable: lo recuerdo riéndose, riéndome y riéndonos con quien estuviese cerca. Siempre atento a todo y divertido con todo. Seleccione la intervención relatada porque, pese a su escasez en la forma literaria (también en ese perfil de las letras, buen modelo hemos perdido todos), puede agrandar el recuerdo de los presentes aquel señalado día, y a quienes carecieron de la fortuna de la presencia, les brinda otro perfil en la figura del homenajeado.

II. OBJETO Y MÉTODO

Promovido en su memoria, por la Universidad a la que ha dedicado sus últimos años (¡con los que le quedaban!), el número monográfico sobre el Derecho Concursal constituyó una fuerte incitación a contribuir de algún modo. Resolví encauzarla con la continuación del trabajo, también en homenaje de un malogrado colega: el Profesor GARCÍA VILLAVERDE⁴, y de otro ejercicio que lo siguió⁵. Así lo acordé porque, con lo que se pretende relatar a continuación, unido a los dos publicados y antes anotados, puede darse por cerrado el *segundo acto* de la función de UNCITRAL en materia de insolvencia (de ahí el título de estas páginas).

En ese *orden de escena*, el *primero* lo constituiría la redacción de la *Ley Modelo de UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza (1997)*⁶. El *segundo*, estaría protagonizado por la *Guía Legislativa de UNCITRAL/CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*⁷, con la adopción de la *Guía de Prácticas de UNCITRAL/CNUDMI sobre la cooperación en la insolvencia transfronteriza*⁸. El *tercero*, se abre con el plan de labor futura que ha sido aprobado en el 43º Plenario de la Comisión⁹.

En consecuencia, como apunta el índice, en las páginas siguientes se trata de ver, en primer término, qué acaeció en los Periodos de Sesiones

⁴ MORÁN (2007).

⁵ MORÁN (2009).

⁶ V., la Resolución de la Asamblea General (A/RES/52/18) de 15 de diciembre de 1997, publicada el 30 de enero de 1998. Para una síntesis, muy rica en referencias, de esa labor: OLIVENCIA (2006), p.7. En igual línea, v., MORÁN (2007) nn.3-10.

⁷ El texto, precedido de un comentario por diferentes autores, promovido por el Profesor OLIVENCIA, está disponible en AAVV (2006) p.181 y ss. Igualmente, en la *web* de UNCITRAL: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf.

⁸ En MORÁN (2009) figura esa materia como *Protocolos de insolvencia*: p.72-79, cuando aún el 42.º Plenario no había adoptado ese texto (que, en nuestro idioma -y en los demás oficiales- puede verse en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/Practice_Guide_spanish.pdf)

⁹ Nueva York, 21 de junio a 9 de julio, de ello se pretende hablar sub V.

37° y 38° del Grupo de Trabajo de UNCITRAL sobre el régimen de la insolvencia (pues del 31° en adelante se atendió en los dos trabajos anteriores sobre el tema), así como en el 43° Plenario de la Comisión (*sub III*), para detenerse a continuación en algunos aspectos que permitan hacerse cargo del propósito, plan y las líneas maestras en el contenido de la Parte Tercera de la *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia* (*sub IV*).

Todo ello con brevedad extrema. Más con la pretensión de introducir las fuentes documentales (no las literarias), en las que el lector interesado puede incrementar su bagaje, que con la de ofrecerle siquiera unas reflexiones primeras (aunque, lógicamente, alguna habrá de ir, que eso resulta inevitable en la obra del hombre).

En definitiva, al igual que las páginas siguientes suponen la presentación de lo que acaece en UNCITRAL, en punto a la insolvencia, después de lo que cuentan las dos publicaciones dedicadas al tema con anterioridad, éstas marcan también las pautas metodológicas de cuanto sigue: se trata de ofrecer una noticia sobre la materia así como las vías documentales para adentrarse en ella.

De ahí que, sin que obste a la autonomía de las líneas que siguen, se asuma cierta familiaridad con lo publicado en los trabajos precedentes: desde las cuestiones terminológicas¹⁰, hasta las más materiales: por ejemplo, las marcadas por algunos pormenores del trabajo acerca de la insolvencia que afecta a los miembros de grupos de empresas¹¹.

III. GRUPOS DE TRABAJO Y 43° PLENARIO

Los Grupos de Trabajo comparten la presidencia del Sr. Delegado de Tailandia, el Juez WISIT WISITSORA, quien también fue elegido para una

¹⁰ Por ejemplo, para la preferencia por el uso del vocablo UNCITRAL, v., MORÁN (2007), n.2.

¹¹ El término que acaba de ser leído (*grupos de empresas*), manifiesta, también, la falta de identidad entre los dos trabajos precedentes: en MORÁN (2007), p.1991, se habla de «grupos de sociedades». En MORÁN (2009), II, ya se emplea «grupos empresariales», como consecuencia de una decisión del Grupo de Trabajo. Éste comienza sus labores con el término «grupos de sociedades» («*corporate groups*») (v., párr.49, i.a., A/CN.9/618, Informe de la sesión 31.ª), con el que continúa en la sesión siguiente, pero entonces instruye a la Secretaría para que rehaga la noción correspondiente, a fin de que satisfaga la diversidad de relaciones que pueden conformar un grupo (v., párrs.77–84, A/CN.9/622, Informe de la sesión 32.ª). Como consecuencia el Grupo de Trabajo empieza a hablar sólo de grupo de empresas («*enterprise groups*», v., A/CN.9/643, párr.121, i.a. Informe de la sesión 33.ª; pese a que la versión en nuestro idioma aún mantiene «grupos de sociedades», lo cual abandona en el Informe de la sesión 34.ª, para introducir, en línea con lo expresado en la sala, «grupos de empresas»: v., particularmente, párr.4 del A/CN.9/647, que es el Informe de la sesión 34.ª).

de las vicepresidencias del 43º Plenario, con la finalidad de dirigir entonces los debates relativos a la insolvencia.

También tienen en común esas dos reuniones y la sección correspondiente de la tercera, la materia sobre la que versan: la finalización de la Parte Tercera de la *Guía de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia* (la *Guía de Insolvencia* o la *Guía*, en lo sucesivo). Su contenido ha sido cuanto ha ido perfilándose en las dos reuniones del Grupo de Trabajo y en los días que se le dedicaron en el 43º Plenario.

En las sesiones del Grupo de Trabajo (de la 31ª a la 36ª) que anteceden a las dos que toca atender, resolvieron cómo abordar la insolvencia que afecta a los grupos de empresas en la *Guía* (a lo que su Parte Tercera se refiere). Pero, como se verá, las que toca mirar, aportaron interesantes novedades y orientaciones, que son las que toca referir en los siguientes subepígrafes.

1. 37º Grupo de Trabajo

Celebrado en Viena, en la segunda semana de noviembre de 2009¹², el primer tema sustantivo que aborda se refiere a la adopción de una cláusula acerca del propósito general de la Parte Tercera¹³. El texto, finalmente sustentado por el Grupo, presenta importantes ventajas que cabe sintetizar en los cuatro puntos siguientes: primero, deja clara la dualidad de la nueva sección en la *Guía de insolvencia*: los aspectos nacionales conviven con los supranacionales¹⁴; segundo, refiere la insolvencia a uno o más miembros del grupo de empresas; tercero, los ve (a los miembros del grupo de empresas) desde esa condición, particularmente para resolver aspectos procedimentales de la insolvencia que les afecte; cuarto, aspira a que así se logren resultados más efectivos para el grupo y para sus acreedores¹⁵.

Los debates que siguen tienen que ver con el contexto supranacional en la insolvencia que afecta a miembros de grupos de empresas¹⁶. La

¹² V., A/CN.9/686, que es el Informe de la sesión.

¹³ Párr.13–15, A/CN.9/686.

¹⁴ Dicha presentación separada y distinta de aspectos nacionales y supranacionales, constituye una novedad en la *Guía*: *cf.* OLIVENCIA (2006) p.11–16, no exenta de dificultades: MORÁN (2009) p.66–68.

¹⁵ Párr.15, A/CN.9/686. En la versión española de ese documento, como en otros de la materia, se ha de llamar la atención acerca del documento remitido al 43º Plenario por el Gobierno de España: A/CN.9/699/Add.1, párr.33–43, en el que se sintetizan algunas disparidades de la versión en nuestro idioma, frente a otras igualmente oficiales.

¹⁶ A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.1 es el documento de referencia en ese ejercicio.

primera novedad que se adopta se contrae a la conveniencia de que el Derecho nacional facilite en el contexto del procedimiento de insolvencia que afecta a miembros de grupos de empresas, el acceso de representantes y acreedores extranjeros, así como el reconocimiento de decisiones judiciales no nacionales¹⁷. Después se redondean las *Recomendaciones* acerca de las tres nociones (procedimentales) clave en la materia (como indicó el Capítulo IV de la Ley Modelo, artículos 26 a 27) la comunicación, coordinación y cooperación, particularmente, entre quienes administran procedimientos, nacionales y extranjeros¹⁸.

En igual materia y orientación, se debaten después las posibles medidas específicas para garantizar el buen éxito de ese triple objetivo: el nombramiento de una administración unitaria para la insolvencia que afecte a miembros del grupo en diferentes países, con particulares reservas en cuanto al hipotético conflicto de intereses¹⁹. Y a continuación las *Recomendaciones* (y su cláusula general) relativa a los acuerdos supranacionales de insolvencia: quién puede negociarlos y quién aprobarlos²⁰. Para concluir con la autorización a la Secretaría a fin de que revisase el *Comentario* y lo alinease con las modificaciones adoptadas²¹.

Al igual que en ocasiones precedentes, una vez concluidos los debates en punto a la dimensión internacional de la insolvencia que afecta a miembros de un grupo de empresas, se enfrentan las perspectivas nacionales²². El mayor progreso que han experimentado los trabajos en esa vertiente, permitió dejar atrás las *Recomendaciones* primeras, para pasar, después de revisar el *Glosario*, a las que fueron objeto en el pasado de menos atención por parte del Grupo.

De ahí que se abordaran antes las que precisan la materia de la financiación posterior a la apertura del procedimiento, *Recomendaciones* 211 a 216. Se trata de un conjunto de indicaciones que se detienen, primero, en la concesión de financiación intragrupo para miembros sometidos al procedimiento de insolvencia, *Recomendación* 211, las condiciones para conceder dicha operación, *Recomendación* 212, y para aprobarla, *Recomendación* 213, la obtención de la financiación intragrupo de miembros

¹⁷ V., A/CN.9/686, párr.20–21.

¹⁸ V., A/CN.9/686, párr.22–57, que tratan de las *Recomendaciones* 240 a 250.

¹⁹ V., A/CN.9/686, párr.58–61, que tratan de las *Recomendaciones* 251 a 252.

²⁰ Son las *Recomendaciones* 253–254, en A/CN.9/686, párr.62–65.

²¹ Párr.66, A/CN.9/686.

²² El documento para la labor fue el A/CN.9/WG.V/WP.90.

sometidos a insolvencia, *Recomendación 214*, así como las cuestiones de prioridad y de garantía en ese modalidad de financiaciones intragrupo posteriores a la declaración de la insolvencia de miembros del grupo, *Recomendaciones 215–216*²³.

Luego ya se atendió a la declaración de insolvencia conjunta: *Recomendaciones 199 a 201*, cuyo avanzado grado de debate permitió una pronta adopción²⁴. Otro tanto cabe predicar de las dedicadas a la cooperación procedimental, *Recomendaciones 202–210*²⁵. Al igual que sobre las *Recomendaciones 217 y 218*, que tienen por objeto los procedimientos de impugnación²⁶ y sobre las que, pese al lugar en que se hallan (avanzado el documento) pronto encontraron acuerdo en el Grupo, quizá también por su escasa diferencia con el régimen general de la *Guía*.

Más compleja, por la naturaleza de las cosas, resultó la cuestión de la consolidación patrimonial, pese a que cabe señalar que el Grupo parece haber encontrado un equilibrio adecuado en el tratamiento de tan delicada cuestión. Se comprende en las *Recomendaciones 219 a 232*. Éstas fueron ultimándose en la sesión: la *Recomendación 219*, que fija las excepciones al principio de personalidad jurídica separada, la *Recomendación 220*, en la que se establecen las condiciones en las que convendrá realizar la consolidación, la *Recomendación 221*, donde constan las excepciones a la consolidación, la *Recomendación 222*, dedicada al momento para la solicitud de consolidación, mientras que la siguiente, *Recomendación 223*, señala quiénes pueden solicitarla. Las *Recomendaciones 224 y 225* se centran en los efectos generales de la orden de consolidación patrimonial. La *Recomendación 226* atañe al tratamiento de las garantías en los casos de consolidación, mientras que la 227 resuelve la materia de prioridades en igual contexto. La *Recomendación 228* indica los parámetros de la reunión de acreedores en los casos de consolidación. Las *Recomendaciones 229, 230, 231 y 232*, disponen, respectivamente, las cuestiones de cálculo del periodo sospechoso, la modificación de la orden de consolidación, el tribunal competente y las notificaciones, siempre en el contexto de la consolidación patrimonial²⁷.

Por último, en las materias de la Parte Tercera, el Grupo abordó la cuestión de lo que la *Guía* denomina, «Participantes», donde se comprenden las

²³ V., para los debates, A/CN.9/686, párr.69–83.

²⁴ V., A/CN.9/686, párr.84–89.

²⁵ V., A/CN.9/686, párr.90–94.

²⁶ V., A/CN.9/686, párr.95–96.

²⁷ Para el tratamiento por el Grupo, v. A/CN.9/686, párr.97–119.

diferentes posibilidades que afectan a los representantes de la insolvencia: que sea uno sólo para la insolvencia de varios miembros del grupo de empresas, *Recomendación 233*, el modo de resolver, en tal caso, el conflicto de intereses, *Recomendación 234*, la cooperación entre los diferentes representantes de la insolvencia, *Recomendación 235*, e igual cooperación en los casos de coordinación procesal, *Recomendación 236*²⁸. Con celeridad semejante el Grupo pudo atender la materia de reorganización²⁹. El Grupo otorgó a la Secretaría la libertad de retocar el *Comentario* para acompañarlo con las decisiones adoptadas y añadió algunos puntos que convendría rehacer³⁰.

La consideración de haber completado su trabajo casi en su plenitud, condujo al Grupo a solicitar a la Secretaría que difundiese el Proyecto de la Parte Tercera para que los Gobiernos pudiesen remitir sus recomendaciones, con vistas a que el 43º Plenario estuviese en condiciones de adoptar la decisión de aprobar el texto³¹.

El Grupo pudo detenerse en la discusión de su labor futura, para lo que contó con una primera propuesta de la Unión Internacional de Abogados (UIA)³² tendente a la elaboración de una Convención que subsumiese las disposiciones primordiales de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza: acceso a los tribunales (por no nacionales en casos de insolvencia), reconocimiento de procedimientos no nacionales (con la posibilidad de que la apertura de uno pudiese impedir la de otros en diferentes países), la cooperación y la comunicación entre representantes de la insolvencia y entre tribunales³³. Otras propuestas fueron la responsabilidad de los directivos ante la insolvencia inminente e inmediatamente después de la declaración, la de las entidades financieras, la delimitación del concepto de intereses principales (COMI, en el acrónimo para *center of main interests*), al igual que las materias de jurisdicción y reconocimiento. Se vio conveniente que esa discusión acerca de los futuros temas se reanudase en la siguiente reunión del Grupo de Trabajo³⁴.

²⁸ Párr.120–122, A/CN.9/686, para el debate.

²⁹ Está comprendida en las Recomendaciones 238–239. Su estudio queda reflejado en el párr.123 del A/CN.9/686.

³⁰ V., párr.124 del A/CN.9/686.

³¹ V., párr.125 del A/CN.9/686.

³² Puede destacarse que la organización está representada por el Presidente y el Secretario de la sección de insolvencia: dos españoles: el Sr. JOSÉ PAJARES ECHEVARRÍA y el Dr. ÁNGEL MARÍA BALLESTEROS BARRIOS.

³³ V., párr.127 del A/CN.9/686.

³⁴ V., párr.129 y 130 del A/CN.9/686.

2. 38° Grupo de Trabajo

Tuvo lugar en Nueva York, del 19 al 23 de abril de 2010³⁵. El Grupo tuvo ante sí el documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.92, con sus adendas 1 y 2, además de otros documentos relacionados.

Tratándose de la lectura final que el Grupo de Trabajo dedicaría a lo que, habría de ser, la Parte Tercera de la *Guía*, se fueron discutiendo todos sus pormenores por el orden en que aparecerán en la versión final. Lógicamente, en consecuencia con lo anterior, el Grupo sólo se vio obligado a detenerse en pocas ocasiones y siempre en puntos muy precisos, bien delimitados, ceñidos a cuestiones de matiz. La mayor parte de esas materias consistían en propuestas de la Secretaría (a veces acogiendo recomendaciones de algunas delegaciones o de expertos) que se ordenaban en uno de los documentos para la sesión³⁶.

Puestos a destacar alguna de esas intervenciones en el texto, podrían señalarse las que siguen: Se decidió hacer más exigentes las condiciones para que un acreedor pudiese instar la solicitud de insolvencia de más de un miembro del grupo de empresas, en la *Recomendación* 200³⁷. En la 204, se advirtió la conveniencia de incorporar al comité de acreedores³⁸. Volvieron a ser examinadas con el cuidado habitual las *Recomendaciones* relativas a la financiación posterior a la insolvencia, y como resultado fueron retocadas las *Recomendaciones* 221, 228³⁹. Se acordó la introducción de una nueva *Recomendación* para acoger la sustancia del artículo 5 de la Ley Modelo, a fin de que el representante de la insolvencia pudiese comunicarse con los tribunales o solicitarles información, acerca de la insolvencia que afecte en esos países a miembros del grupo de empresas, grupo del que uno (o más) miembros cuentan con dicho representante en el país que sea⁴⁰.

También se rehízo ligeramente la cláusula general de la Parte Tercera a fin de dejar más claro su objetivo, con la alusión, ente otros arreglos, a «uno o más miembros del grupo de empresas»⁴¹. El Glosario fue aproba-

³⁵ A/CN.9/691, es el informe de la sesión.

³⁶ A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.2.

³⁷ V., párr.24 del A/CN.9/691.

³⁸ V., párr.30 del A/CN.9/691.

³⁹ V., párr.49 y 53, respectivamente, del A/CN.9/691.

⁴⁰ V., párr.92 del A/CN.9/691.

⁴¹ V., párr.15 del A/CN.9/691.

do, así como el contenido de los párrafos 1 a 39, en los que se ofrecen los motivos para conducir las actividades empresariales con la forma del grupo empresarial y la evolución habida en esa técnica organizativa.

La presencia de algunas Delegaciones nuevas en la sala y primerizas en la discusión, introdujo la necesidad de realizar ejercicios de ilustración acerca del por qué de algunas *Recomendaciones*, para atender a las solicitudes de aclaración. En otras ocasiones esas solicitudes poseyeron carácter lingüístico, en relación a la versión en Árabe, particularmente.

Hubo posibilidad de responder a la solicitud del Grupo de Trabajo VI (Derecho de Garantías) que había presentado un pasaje de la Guía de Garantías que se hallan elaborando, con el deseo de que contase con la aprobación del Grupo de Insolvencia, pues empleaba materiales de la *Guía de Insolvencia*⁴².

La materia de la labor futura fue amplio objeto de consideración, pero convendrá atenderla en la sección correspondiente del presente trabajo⁴³.

3. 43° Plenario

En Nueva York, del 21 de junio al 9 de julio, tuvo lugar el 43° Plenario de UNCITRAL, uno de cuyos temas, en materia de insolvencia, era la aprobación de la Parte Tercera de la *Guía*, así como la definición del trabajo futuro. Como ésta última cuestión queda para otro lugar⁴⁴, habrá que centrarse en la aprobación de la *Guía*.

Después de leídos los dos epígrafes precedentes en estas páginas y, de modo particular, si se compara la amplitud de uno y de otro (y, aún más, la de los documentos que sirven de sustento a ambos), se concluirá que, como es normal, la Parte Tercera de la *Guía* salió del 37° Grupo de Trabajo bastante concluida, en el sentido de que el Grupo de trabajo acordó aquellos aspectos que, si no hubiesen sido consensuados, podrían haber arruinado el Proyecto. Y otra implicación, de cara al 43° Periodo de Sesiones del Plenario de la Comisión, en el que se habían previsto dos días de trabajo efectivo sobre el tema⁴⁵, habrá de ser que apenas se discutió el texto. Para ser más precisos, el Proyecto de Informe⁴⁶ alude a dos arreglos:

⁴² V., párr.94 a 98 del A/CN.9/691.

⁴³ Sub V.

⁴⁴ Id.

⁴⁵ El jueves y el viernes, uno y dos de julio, respectivamente: v., A/CN.9/683, párr.75.

⁴⁶ A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.8, párr.4.

la inclusión de unas palabras⁴⁷ en las *Recomendaciones* 242 y 248 junto a la supresión de dos vocablos en la *Recomendación* 244 letra c) para alinearla con la 243 letra f).

Hubo algunas propuestas⁴⁸, porque el Presidente de la sesión (Vicepresidente del Plenario, como se dijo) fue poniendo a discusión de modo sucesivo todos los números marginales de los documentos⁴⁹, pero el Plenario, con la concurrencia en las delegaciones de la mayor parte de los representantes en el Grupo de Trabajo, deseaba mantener la seguridad que otorga el texto bien conocido y estudiado, antes que aventurarse a novedades de dudoso beneficio.

De ahí que fuese rápida la adopción de la Parte Tercera de la *Guía*, de modo que el tiempo pudo dedicarse al documento de decisión y a la discusión de la labor futura.

Acerca del documento de decisión para la adopción de la Parte Tercera de la *Guía*, que la acompañará en la singladura de su adopción por la Asamblea General y a modo de Preámbulo en el futuro, pueden señalarse sus puntos principales. Siempre con la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI/UNCITRAL), como sujeto, en su parte expositiva; reconoce la importancia de los regímenes efectivos de insolvencia para la economía empresarial y el empleo; nota la trascendencia de los grupos empresariales en el mundo presente; identifica que el fallo en la actividad empresarial del grupo exige saber cómo será tratado el grupo y que el procedimiento le será favorable; advierte que el Derecho de insolvencia en los grupos empresariales carece de desarrollo adecuado en el mundo; ve que la *Guía* no se adentró en la cuestión de los grupos; vuelve sobre el mandato dado al Grupo de Trabajo V para que completase la *Guía*; agradece a quienes tomaron parte en el proceso de redacción y manifiesta su aprecio al Grupo de Trabajo V por haber desarrollado la Parte Tercera de la *Guía*.

En la sección *normativa*, adopta la Parte Tercera de la *Guía*, cuyo texto autoriza a la Secretaría a editar y a finalizar⁵⁰, solicita al Secretario General

⁴⁷ «Para facilitar la coordinación de esos procedimientos».

⁴⁸ El Proyecto de Informe alude a una en el párr.5 del A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.8.

⁴⁹ Para la sesión hubo que emplear el A/CN.9/WG.V/WP.92 y su Adenda 1 [además de los informes de los dos Grupos de Trabajo (A/CN.9/686 y A/CN.9/691), los documentos que consolidaban las observaciones remitidas por los Gobiernos y Organizaciones Internacionales (A/CN.9/699, con cuatro adendas) y otro con las novedades acordadas en la 38.º Sesión (A/CN.9/708)].

⁵⁰ Téngase en cuenta, de nuevo, la nota precedente, en la que se patentiza que está pendiente de aprobación el texto definitivo con las revisiones (particularmente, las lingüísticas) incorporadas.

que transmita el texto a los Gobiernos y entidades interesadas, recomienda a los Estados que la empleen para evaluar y en su caso renovar su Derecho de insolvencia, y recomienda igualmente el empleo de la Ley Modelo de insolvencia transfronteriza y la Guía de prácticas sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza.

IV. PARTE TERCERA DE LA GUÍA LEGISLATIVA DE UNCITRAL SOBRE EL RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA⁵¹

La Parte Tercera de la *Guía de Insolvencia* aparece dividida también en tres secciones (si se dejan fuera de la consideración: la Introducción, el Glosario y el Propósito, apartados de conveniente lectura, cada uno por un motivo, pero con el común de que los tres contribuyen a que se entienda mejor el por qué de la nueva Parte de la *Guía*).

La primera de esas secciones constituye un denso y rico estudio acerca de los grupos empresariales: su naturaleza, a qué responden desde la perspectiva empresarial, qué puede entenderse por ellos, o cuándo cabe hablar de la existencia de un grupo, para detenerse finalmente en la regulación que va existiendo acerca de esa realidad empresarial. Puede que explique la bondad de esas páginas, el que alguno de los delegados con vínculos académicos, las alabase en una de las sesiones, señalando que él se las facilita a los alumnos para que las lean, antes de empezar a hablar acerca de cómo afecta la insolvencia a esas unidades empresariales.

La segunda división atiende a las vertientes nacionales de la insolvencia que atañe a los miembros de un grupo de empresas. Lógicamente, el apartado se vale del orden de la *Guía*, pues, como cabe entender, sólo es un repaso de las modificaciones que ésta sufre cuando se considera la realidad de los grupos empresariales.

La tercera agrupación de cuestiones se justifica porque distingue a la materia supranacional en punto a la insolvencia que afecta a miembros de un grupo empresarial.

En cuanto a las medidas del documento, si se construyen como páginas/párrafos y se presentan sucesivamente, los de la parte primera, segunda y tercera, resulta 11/39, 67/152, 23/54. Lógicamente, por su pretensión, el primer capítulo de esa parte, el expositivo del, por así decir, *problema*,

⁵¹ A la hora de redactar estas notas sólo se dispone de la pre-edición en inglés (única disponible a finales de agosto) que UNCITRAL ha puesto en la red, con lo que las menciones que se hacen a continuación se refieren a ese texto: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/pre-leg-guide-part-three.pdf>.

no es comparable con los otros dos. Éstos si poseen una estructura común, compartida con la de la Guía, que se dispone en *Resoluciones*, *Cláusulas de propósito normativo*, y *Comentarios* (si bien, el orden en la exposición es el inverso: se abre con *Comentarios* que explican la razón de ser de lo que aparece después: la síntesis del propósito normativo y de las *Recomendaciones*). La comparación entre ambos, sólo desde la perspectiva numérica y de la relación, evidencia una proporción semejante en su construcción: más próxima a los dos (que a los tres) párrafos por página.

Pero donde más se evidencia la diversidad es, como resulta predecible, en el contenido: mientras el ámbito nacional del fenómeno de los grupos empresariales y, en ellos, la insolvencia que afecta a alguno de sus miembros, puede ser vista con la plantilla de la *Guía*, para pensar sobre ella las variaciones en punto a la solicitud y demás secciones, la pauta para igual fenómeno en el contexto supranacional ha de valerse de otras herramientas. Ante tal exigencia, la determinación del Grupo de Trabajo fue echar mano de la *cooperación*, como fórmula que la Ley Modelo (y otras disposiciones⁵²) ha consagrado: el índice de la Parte Tercera en ese capítulo presenta cinco divisiones, de las que cuatro lucen en el título (una de ellas de modo indirecto) dicho término.

Efectivamente, en la última de ellas nada hace pensar que se refiera a la cooperación con la simple lectura del epígrafe. Pero esos acuerdos en los casos de insolvencia transfronteriza, particularmente, los que se sintetizan en el documento de UNCITRAL aludido anteriormente, son un desarrollo de las formas de cooperación anotadas en el artículo 27 de la Ley Modelo de Insolvencia transfronteriza. De modo expreso, la Parte Tercera se refiere a la cooperación entre tribunales y entre representantes de la insolvencia, deteniéndose a apuntar en el *Comentario* los beneficios esperados de esa relación.

Pese a que no resulte posible una referencia siquiera liviana, si se desea respetar el compromiso de la dimensión propuesta para estas páginas, conviene llamar la atención del lector acerca de la segunda sección de la Parte Tercera de la *Guía*. El motivo es patente: cuando se debate la respuesta que cabe otorgar a los grupos empresariales (aún la de aquellos que no rebasaron las fronteras nacionales) en la insolvencia, puede resultar oportuno mirar las soluciones que UNCITRAL ofrece en las *Recomendaciones* y el porqué de ellas en los *Comentarios*.

⁵² V., i.a., art.31 del Reglamento (CE) 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

Así: las condiciones para que un acreedor pueda instar la solicitud de insolvencia conjunta para algunos miembros del grupo empresarial⁵³, la conveniente coordinación procesal (sus procedimientos y sus formas) en las insolvencias que afectan a los miembros del grupo empresarial⁵⁴, por señalar las dos primeras agrupaciones de *Recomendaciones*.

V. TRABAJOS FUTUROS

El primer *trabajo futuro* que el Grupo tiene por delante, y el que ha de mencionarse antes que ningún otro, es la conclusión del recién finalizado: la Parte Tercera de la *Guía*. Se trata de que adopte el texto definitivo, que la Secretaría ultima⁵⁵, y por ella así se ha anunciado de modo informal cara a la siguiente reunión del Grupo de Trabajo⁵⁶.

Mas la presente sección fue prevista para manifestar lo que puede constituir el *acto tercero* de las tareas de UNCITRAL acerca de la insolvencia y eso exige, en primer término, volver sobre esa sección del acuerdo en el 43º Plenario y sobre sus precedentes, en el Grupo de Trabajo 38º, porque la formalidad de la aprobación de la Parte Tercera de la *Guía*, sólo (habrá de ser, si se permite el paralelismo con el lenguaje histriónico –tan del agrado del Profesor PÉREZ DE LA CRUZ) la *caída del telón* al final del *segundo acto*.

Podríamos anteponer la conclusión: son varios los temas elegidos para el trabajo futuro del Grupo (vamos: puede preverse que haya una rica diversidad de actores en el *acto tercero*), pero cada uno de ellos presenta diverso nivel (de *protagonismo*) al menos para el Grupo.

El que ha de afectar menos la labor del Grupo, en el sentido de que éste sólo lo aprobará después de estudiarlo y, quizá, una vez realizadas las pertinentes enmiendas, pero su elaboración recaerá enteramente sobre la Secretaría, es un texto (para cuya redacción se ha contado, principalmente, con PAUL HEATH⁵⁷) que pretende ofrecer una perspectiva judicial para el uso y la interpretación de la *Ley Modelo de UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza*. La idea arranca en los coloquios judiciales que UN-

⁵³ Recomendación 200, b).

⁵⁴ *Recomendaciones* 202–210. Adviértase, de todos modos, que lo anotado en el epígrafe III.1, puede servir para hacerse una primera idea del tema.

⁵⁵ Así se sigue el mandato de la Comisión (*supra*, n.50)

⁵⁶ Programada para celebrarse en Viena, del 6 al 10 de diciembre de 2010, la que será 39.ª Sesión.

⁵⁷ Para el lector en nuestro idioma e interesado en la materia, el nombre le recordará al autor de una de las secciones del Comentario a la *Guía*: AAVV (2006), p.41–52.

CITRAL promueve con INSOL y el Banco Mundial, en los que se detectó dicha necesidad. Se trataría de redactar un texto semejante, también en su modo de preparación, a la *Guía de Prácticas de UNCITRAL sobre la cooperación en la insolvencia transfronteriza*. Se ha anunciado (de modo informal) que una primera versión de ese texto podría presentarse a la reunión del Grupo de Trabajo de diciembre de 2010.

En el ascenso por la escala que arranca en la menor implicación del Grupo de Trabajo, el tema siguiente al que se llega, deriva de una propuesta de la Delegación de Suiza, inicialmente apuntada en el 37º Periodo de Sesiones⁵⁸ y vuelta a plantear de modo formal al 38º Periodo de Sesiones⁵⁹, cuando se discutió con cierto detalle⁶⁰. Trata del estudio de la insolvencia en las instituciones financieras amplias y complejas.

Entonces, en el 38º Periodo de Sesiones del Grupo de Trabajo, se pretendió dejar a un lado esa tarea, porque afecta de modo directo a la competencia de los bancos centrales y otras entidades reguladoras de índole estatal y, en cuanto a las supraestatales, las hay completamente focalizadas en la materia: el Comité de Basilea, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, y la propia Comisión Europea. Pero se subrayó por la Delegación helvética la función coordinadora de UNCITRAL, la cual recomienda que no abandonase esa hipotética labor y que participase en ella de algún modo influyente. Con ello, en el 38º Periodo de Sesiones, la Delegación defensora de la propuesta logró que ésta no desapareciese del horizonte de los trabajos de UNCITRAL, a fin de que el Plenario resolviese acerca de la cuestión⁶¹.

Para el 43º Plenario la Delegación de la Confederación Helvética vuelve a presentar un documento⁶², en el que alude la necesidad de que en UNCITRAL se estudie la materia, como foro más idóneo, se hace eco del

⁵⁸ Párr.129, A/CN.9/686.

⁵⁹ A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5. Párr.99 del A/CN.9/691, para la presentación al Grupo de Trabajo.

⁶⁰ Párr.103, A/CN.9/691.

⁶¹ Párr.107, A/CN.9/691.

⁶² A/CN.9/709. Conviene destacar cómo el párr.1 se abre con una caracterización del caso *LEHMAN BROTHERS*, institución que cita expresamente, para decir: «ciertas instituciones financieras son “demasiado grandes” o están “demasiado interconectadas” para dejar que quiebren. Esas instituciones no pueden liquidarse de forma ordenada sin que el sistema financiero quede expuesto a riesgos inaceptables por su envergadura. Esta situación implica un gran riesgo moral, ya que puede suponer una enorme carga al contribuyente. Para Suiza es prioritario establecer un marco jurídico que permita una liquidación ordenada de una institución financiera grande y compleja sin poner en peligro la estabilidad de todo el sistema financiero.

debate habido en el Grupo de Trabajo y se detalla un plan de acción⁶³, que recaerá enteramente en manos de la Secretaría, hasta que ella considere que puede ser visto por el Grupo de Trabajo o entregado al Plenario de la Comisión⁶⁴. Y eso es lo que aprueba la Comisión.

Un tema con mayor implicación del Grupo de Trabajo, pero inicialmente no elegido para que concentre sus tareas, es el de la responsabilidad de los administradores y directores en relación con la insolvencia y su fase temporal anterior. Lo plantea la Delegación del Reino Unido (en el 37º Periodo de Sesiones, como se señaló), adquiere ulteriormente diferentes apoyos, particularmente por los representantes de países del *common law*. Ello es notorio en el 38º Periodo de Sesiones del Grupo de Trabajo⁶⁵. Pero, sobre todo, en el Plenario, cuando las delegaciones de tal corte jurídico, casi en forma unánime, respaldan la propuesta, y se suman algunas ajenas a dicho área jurídica.

De ahí que, cara a las próximas sesiones del Grupo de Trabajo, y pese a las reservas señaladas en el pasado⁶⁶, la materia aparezca en igualdad de condiciones con las que van a ser apuntadas a continuación.

En el 38º Periodo de Sesiones del Grupo de Trabajo, la Delegación de Estados Unidos presentó una propuesta de trabajo futuro que abarcaba dos vertientes diversas: por un lado, la clarificación en la interpretación y aplicación de diferentes términos de la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza, particularmente, el, con acrónimo del inglés (*Center of Main Interests*), COMI. Por otro, el desarrollo de una Ley Modelo o de modelos de disposiciones (que no impidan la posibilidad de una Convención), en punto a jurisdicción, legitimación y reconocimiento, en el área de la insolvencia transnacional⁶⁷. El grado de expectación e interés suscitado por esa propuesta, que en parte era vista como una cuestión de orden (punto de arranque para la ulterior continuación) para el trabajo propuesto por UIA en la sesión precedente del Grupo de Trabajo, queda

⁶³ Id., párr.7.

⁶⁴ Id., párr.9, reconociendo que se trataba de una nueva propuesta frente a la precedente.

⁶⁵ V., párr.104, b), A/CN.9/691. Cita ahí ya el apoyo de INSOL y del International Insolvency Institute. V., párr.102, A/CN.9/691, última frase, para las reservas que el tema suscitaba.

⁶⁶ Que en el Plenario perviven sólo parcialmente: v., A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.8, párr. 8.b), en el que queda fuera sólo la materia de Derecho penal (no también la de Derecho de sociedades, como se señaló en el 38º Grupo de Trabajo (v., nota anterior).

⁶⁷ La Delegación USA dividió la materia en dos documentos, uno breve, de presentación (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1), y otro sustantivo (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2) dedicado, básicamente, a la materia del COMI con la síntesis de las diferentes decisiones (en su jurisdicción) que manifiestan la necesidad de clarificar la cuestión.

anotado en el informe⁶⁸. En el 43 Plenario la propuesta siguió en pie y así la recoge el Informe⁶⁹.

En consecuencia, el elenco de *actores* en el *tercer acto* de UNCITRAL en la materia de insolvencia, que se abre antes de que finalice el próximo otoño, es importante: la insolvencia de grandes y complejas organizaciones financieras (si bien, de entrada, es sólo un estudio de la Secretaría), el documento para guiar a los jueces (y a todos los interesados) en la interpretación y aplicación de la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza (otro estudio de la Secretaría), la responsabilidad de administradores y directores en la insolvencia y en los momentos anteriores, la definición del COMI (como uno de los conceptos de la Ley Modelo en los que se espera contar con alguna guía por parte de UNCITRAL), más, por último, la preparación de algún tipo de normas (con las que no se impida que lleguen a ser las de una Convención) sobre jurisdicción, legitimación y reconocimiento.

Ha de apuntarse que nunca hasta ahora el Grupo de Trabajo V (Derecho de la Insolvencia) UNCITRAL ha contado con una perspectiva de trabajo tan diverso y amplio. Con lo que sólo cabe añadir que está por ver el modo en que las Delegaciones y la propia Secretaría afrontarán la nueva etapa.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV *Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia* (coord. David Morán Bovio), La Ley, Monografía 5/2006, Madrid, 2006.
- BROSETA, Manuel (1986), “Ponencia sobre el estado actual y perspectivas del Derecho Mercantil”, en *Centenario del Código de Comercio*, V.1, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, p.421.
- MENÉNDEZ, Aurelio (1986), “Presentación [de las Jornadas conmemorativas del Centenario del Código de Comercio]”, en *Centenario del Código de Comercio*, V.1, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, p.15.
- MORÁN BOVIO, David (2007): “El régimen de la insolvencia en UNCITRAL: apertura de una nueva fase”, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor GARCÍA VILLAVERDE*, Marcial Pons, Madrid (et al.), 3 vols., t.III, p.1979–1994.

⁶⁸ V., párr.101, A/CN.9/691, cuando se discuten aspectos formales (cómo y cuando llegar a una Convención) y no sustantivos (la necesidad de hacerlo).

⁶⁹ V., párr. 8.a), A/CN.9/XLIII/CRP.1/Add.8.

- MORÁN BOVIO, David (2009): “Secuencia en los trabajos sobre insolvencia en UNCITRAL”, DeCITA (derecho del comercio internacional), 11.2009, p.57–79.
- OLIVENCIA, Manuel (1999): *De nuevo la Lección 1.ª: sobre el concepto de la asignatura*, Discurso leído en la Solemne Apertura del Curso Académico 1999–2000 en la Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, citado por la edición en *Escritos Jurídicos*, Fundación El Monte, Sevilla, 2005.
- OLIVENCIA, Manuel (2006): “La elaboración de la Guía Legislativa de la CNUDMI/UNCITRAL sobre el régimen de la insolvencia: metas y métodos”, en *Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia* (coord. David Morán Bovio), La Ley, Monografía 5/2006, Madrid, 2006, p.7–16.