

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia

Tercera parte:
Trato otorgable a los grupos de empresas
en situaciones de insolvencia



Para mayor información, sírvase dirigirse a:

Secretaría de la CNUDMI, Centro Internacional de Viena,

Apartado postal 500, 1400 Viena, Austria

Teléfono: (+43-1) 26060-4060

Telefax: (+43-1) 26060-5813

Internet: www.uncitral.org

Correo electrónico: uncitral@uncitral.org

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia

Tercera parte: Trato otorgable
a los grupos de empresas
en situaciones de insolvencia



NACIONES UNIDAS
Nueva York, 2012

Nota

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras y cifras. La mención de una de tales firmas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

© Naciones Unidas, septiembre de 2012. Reservados todos los derechos.

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o límites.

Producción de la publicación: Sección de Servicios en Inglés, Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena.

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción de la tercera parte.....	1-2	1
Finalidad de la tercera parte	3	2
Glosario	4	2
I. Rasgos generales de los grupos de empresas	1-39	5
A. Introducción	1-5	5
B. Naturaleza de los grupos de empresas.....	6-16	7
C. Razones para gestionar la actividad comercial por conducto de un grupo de empresas.....	17-25	12
D. Definición del “grupo de empresas” — participaciones en el capital social y control de una empresa	26-30	15
E. Reglamentación de los grupos de empresas ...	31-39	17
II. La insolvencia en el seno de un grupo de empresas: cuestiones de ámbito nacional	1-152	21
A. Introducción	1-4	21
B. Solicitud y apertura.....	5-37	22
C. Trato otorgable a los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia	38-91	38
D. Recurso a la vía judicial.....	92-137	60
E. Participantes	138-145	82
F. Reorganización de dos o más empresas de un grupo.....	146-152	88
III. Grupos de empresas en situaciones de insolvencia: cuestiones internacionales.....	1-54	93
A. Introducción	1-6	93
B. Promoción de la cooperación transfronteriza en los casos de insolvencia de grupos de empresas	7-13	96
C. Formas de cooperación en que intervienen los tribunales	14-40	99

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
D. Formas de cooperación en que intervengan representantes de la insolvencia	41-47	115
E. Utilización de acuerdos de insolvencia transfronteriza	48-54	119
Anexo IV. Decisión de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la tercera parte, y resolución 65/24 de la Asamblea General		125
A. Decisión de la Comisión		125
B. Resolución 65/24 de la Asamblea General		127

Tercera parte

Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia

Introducción de la tercera parte

1. La tercera parte de la Guía Legislativa se ocupa del trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. De ser necesario aplicar un criterio diferente al adoptado en la segunda parte con respecto a una cuestión particular en la medida en que afecte a un grupo de empresas, o si el trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia plantea otras cuestiones que no se han abordado en la segunda parte, esos aspectos se examinan en el presente texto. Cuando el trato que haya de darse a una cuestión en el contexto de un grupo de empresas sea el mismo que se examinó en la segunda parte, no se repetirá su examen en esta parte. Por ello, el contenido de la segunda parte será aplicable a los grupos de empresas, salvo indicación en contrario.

2. El capítulo I examina los rasgos generales de los grupos de empresas. El capítulo II trata de la insolvencia de las empresas de un grupo en un contexto nacional y propone una serie de recomendaciones que complementan las que ya se dieron en la segunda parte, en la medida en que el contexto de grupo suscite nuevas cuestiones. El capítulo III trata de la insolvencia transfronteriza de los grupos de empresas, basándose en la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (la Ley Modelo de la CNUDMI)¹, que será aplicable a los procedimientos de insolvencia transfronteriza que se abran respecto de cada empresa del grupo en particular, pero no a las cuestiones referentes a la insolvencia de diversas empresas de un mismo grupo sitas en distintos Estados y basándose también en la *Guía de Prácticas sobre la Insolvencia Transfronteriza* de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (la “Guía de Prácticas de la CNUDMI”²).

¹*Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.05.V.10), anexo III, primera parte. Puede consultarse en el sitio www.uncitral.org, concretamente en la sección “Textos de la CNUDMI y su situación”.

²Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.10.V.6. Puede consultarse en el sitio www.uncitral.org, concretamente en la sección “Textos de la CNUDMI y su situación”.

Finalidad de la tercera parte

3. La finalidad de la tercera parte es la de prever, en contextos tanto internos como transfronterizos, el trato que procede dar en las actuaciones de insolvencia que se abran en el marco de un grupo de empresas respecto de una o más empresas de ese grupo con miras a resolver las cuestiones que son peculiares a esos grupos con mayor eficiencia procesal y en provecho del grupo de empresas en su conjunto y de sus acreedores en general, procurando en particular:

- a) Promover los objetivos clave de la recomendación 1;
- b) Resolver con mayor eficiencia, en el contexto de la recomendación 5, los casos de insolvencia transfronteriza que afecten a empresas que sean miembros de un mismo grupo.

Glosario

4. Los siguientes términos adicionales se relacionan específicamente con los grupos de empresas y deberían leerse junto con los términos y explicaciones incluidos en el glosario principal *supra*.

- a) “Grupo de empresas”: dos o más empresas vinculadas entre sí por alguna forma de control o de participación significativa en su capital social;
- b) “Empresa”: toda entidad, cualquiera que sea su forma jurídica, que ejerza una actividad económica y a la que, llegado el caso, sea aplicable el régimen de la insolvencia³;
- c) “Control”: capacidad de determinar, directa o indirectamente, las políticas operacional y financiera de una empresa;
- d) “Coordinación procesal”: administración coordinada de dos o más procedimientos de insolvencia abiertos respecto de diversas empresas de un grupo. Cada empresa seguirá siendo una entidad separada y distinta, con su propio activo y pasivo⁴;

³En consonancia con el criterio adoptado con respecto a los deudores individuales, esta parte se concentra en el hecho de que la entidad realice alguna actividad económica y pertenezca a la clase de entidades conceptuadas como “empresas”. No abarca ni a los consumidores ni a las entidades de carácter especializado (por ejemplo, bancos y compañías de seguros) a las que no sea aplicable el régimen de la insolvencia conforme a lo previsto en las recomendaciones 8 y 9 (véase la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.05.V.10), segunda parte, cap. I, nota 6 sobre la recomendación 9). La *Guía Legislativa* no examina expresamente las consideraciones especiales que serían aplicables a la insolvencia de esos deudores (véase la segunda parte, cap. I, párrs. 1 a 11 *supra*).

⁴El concepto de coordinación procesal se explica en detalle en el comentario, véanse los párrafos 22 a 25 *infra*.

e) “Consolidación patrimonial”: tratamiento del activo y el pasivo de dos o más empresas de un grupo como si formaran parte de una única masa de la insolvencia⁵.

5. A fin de simplificar la terminología, en la tercera parte el término “matriz” se entiende referido a la entidad que controla a las empresas pertenecientes a un grupo y la expresión “empresa controlada” se refiere a toda empresa controlada por la sociedad matriz, independientemente de su estructura jurídica. A menos que se indique otra cosa, por “empresa de un grupo” se entiende en general a la vez la empresa matriz y el conjunto de empresas que controla.

⁵En lo que respecta a los efectos de la consolidación patrimonial y al tratamiento de las garantías reales, véanse las recomendaciones 224 y 225 *infra* y el comentario que figura en el capítulo II, párrs. 129 a 133.

I. Rasgos generales de los grupos de empresas

A. Introducción

1. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se reconoce la figura de la “sociedad mercantil”, entidad a la que se confiere personalidad jurídica propia, distinta de la de las personas físicas que la componen, ya sea en calidad de propietarios, directivos o empleados. En cuanto persona jurídica, una sociedad puede adquirir derechos y contraer obligaciones y responsabilidades, por ejemplo, la capacidad jurídica para ser parte activa o pasiva en un litigio, para poseer y transmitir bienes, para celebrar contratos y para pagar impuestos. Una sociedad mercantil goza también de perpetuidad, en el sentido de que su existencia se mantiene con independencia de la de sus socios, en un momento dado o a lo largo del tiempo, y sus socios capitalistas pueden transferir sus acciones sin que la existencia de la sociedad se vea afectada. Una sociedad también puede ser de responsabilidad limitada, lo que supone que sus socios capitalistas sólo arriesgarán la suma que hayan decidido invertir en la sociedad, lo cual, al ofrecer seguridad personal al inversionista, promueve la inversión. Sin esa limitación, los inversionistas arriesgarían la totalidad de sus bienes en cada empresa comercial a la que decidieran asociarse. Para fundar una sociedad mercantil se ha de seguir el procedimiento legalmente prescrito para dotarla de personalidad jurídica y, una vez constituida, la sociedad quedará sujeta al régimen reglamentario que le sea aplicable. Por lo general, el régimen legal de las sociedades mercantiles determinará no sólo los requisitos para la constitución de la sociedad, sino también las consecuencias que trae aparejada la personalidad jurídica de la que, al formarse, la sociedad haya sido dotada, es decir, su capacidad jurídica y de obrar, así como los derechos y las obligaciones de sus socios y el alcance de la responsabilidad personal de cada uno de ellos por las deudas de la sociedad. Así pues, la forma institucional de una sociedad mercantil propicia la seguridad jurídica de la actividad comercial, ya que quienes hayan de negociar con una sociedad mercantil conocen el valor de su personalidad jurídica y los derechos, deberes y obligaciones inherentes a esa personalidad.

2. Es cada vez más frecuente que la actividad mercantil de las sociedades se gestione, en el ámbito tanto nacional como internacional, en el marco de un “grupo de empresas”. El término “grupo de empresas” abarca distintas formas de organización económica edificadas sobre la base de la entidad

jurídica individual, que cabe definir, en sentido lato, como dos o más entidades jurídicas (miembros del grupo) cuya vinculación consiste en alguna forma de control (directo o indirecto) o de participación, mutua o no, en su capital social respectivo (véanse los párrafos 26 a 30 *infra*). La dimensión y la complejidad de los grupos de empresas tal vez sean difíciles de calibrar, dado que muchos de ellos se presentan como una organización unitaria que funciona de cara al público como una única entidad comercial.

3. Los grupos de empresas existen desde hace tiempo; algunos autores sostienen que, en algunos países, aparecieron a finales del siglo XIX o a comienzos del XX de resultas de un proceso de expansión interna de la empresa que le permitió irse haciendo con el control de su propia vida financiera, técnica o comercial. Estas grandes empresas, constituidas por una única entidad jurídica, se expandieron luego hacia el exterior, al ir adquiriendo el control jurídico o económico de otras sociedades mercantiles. En un principio esa expansión exterior se hacía hacia empresas del mismo sector comercial, pero con el tiempo se fue extendiendo a sectores afines y, más tarde, a sectores distintos e incluso sin vínculo mutuo alguno ni comercial ni geográfico. Un factor que impulsó, por lo menos en algunos países, esa expansión fue el hecho de que se legitimara la participación de una sociedad mercantil en el capital social de otra, lo cual estuvo inicialmente prohibido tanto en los países del *common law* como en los de tradición romanista.

4. Durante todo ese proceso de expansión las sociedades constitutivas mantuvieron, y siguen ahora manteniendo, su personalidad jurídica propia, aun cuando en la actualidad es probable que la pequeña empresa privada sea hoy el único tipo de empresa habitualmente organizado como sociedad independiente. Los grupos de empresas están omnipresentes tanto en los mercados desarrollados como en los incipientes, y presentan la característica común de llevar a cabo sus operaciones en un gran número de sectores que con frecuencia no son afines; algunas veces pertenecen a una familia y combinan esa forma de propiedad con distintos grados de participación de inversionistas externos. Las principales entidades económicas del mundo actual no son sólo Estados, sino también diversos grupos de empresas multinacionales. Los grandes grupos multinacionales pueden generar un porcentaje elevado del producto nacional bruto a escala mundial y sus tasas de crecimiento anual y su volumen de operaciones sobrepasan los de muchos Estados.

5. Pese a que los grupos de empresas sean hoy una realidad económica que no cabe ignorar, una gran parte del derecho de las sociedades mercantiles y, en particular, su régimen de la insolvencia han sido pensados en función de la empresa individual con personalidad jurídica propia. Pese a esta laguna legal, los jueces y representantes de la insolvencia de muchos países, al enfrentarse a cuestiones que pueden dirimirse mejor por referencia

a la empresa comercial única (constituida por un grupo de sociedades) que a la entidad jurídica única⁶, han hallado soluciones más acordes con la realidad económica del mundo empresarial moderno.

B. Naturaleza de los grupos de empresas

6. La estructura de los grupos de empresas puede ser sencilla o sumamente compleja; puede constar, por ejemplo, de muchas filiales que pertenezcan total o parcialmente a la sociedad matriz, filiales productivas, filiales de cartera, subfiliales, empresas de servicios o empresas inactivas, con o sin administración conjunta y con o sin participaciones en el capital social de otras empresas del grupo. Pueden también constar de entidades de índole peculiar como sería la denominada entidad para fines especiales⁷, así como la empresa conjunta⁸, la filial fiduciaria extraterritorial⁹, la filial fiduciaria de inversiones¹⁰ y el consorcio.

⁶Esta distinción se examina más a fondo en los párrafos 31 a 39 *infra*.

⁷La entidad para fines especiales (denominada también “vehículo para fines especiales” o “de riesgo aislado”) cumple una función especial o temporal como, por ejemplo, la de adquirir y financiar ciertos bienes, o la de aislar el riesgo financiero o mejorar la eficiencia fiscal de una actividad económica. Una entidad para fines especiales suele ser una filial cuyo capital está casi totalmente en manos de la sociedad matriz, aunque en ciertos países se exige que un mínimo del 3% del capital esté en manos de otro inversionista. La estructura de su activo y su pasivo y su condición de persona jurídica independiente suelen salvaguardar su propia solvencia, aun en caso de insolvencia de la sociedad matriz. La sociedad que crea ese tipo de filial puede efectuar operaciones que no figurarán ni en su activo ni en su pasivo, sino que “constarán en el balance de otra entidad”. Estas entidades también se utilizan para fines de libertad comercial, con miras, por ejemplo, a que la propiedad intelectual requerida para el desarrollo de cierta tecnología quede en manos de una entidad independiente que no esté vinculada por algún acuerdo de licencia de la empresa matriz.

⁸Una empresa conjunta suele ser fruto de un pacto entre dos o más sociedades que desean perseguir de consuno ciertos objetivos comerciales. Un arreglo de esa índole a veces puede dar lugar a la creación de una o más personas jurídicas en las que los socios fundadores aporten capital y compartan los beneficios, los gastos y el control del consorcio empresarial. La empresa conjunta puede formarse para la ejecución de un único proyecto o para mantener una asociación comercial permanente. Las empresas conjuntas son muy comunes en el ámbito internacional, habida cuenta de que algunos países exigen a las empresas extranjeras que formen una empresa conjunta con una sociedad del país para tener acceso al mercado interno. Es frecuente que este requisito dé lugar a que el control de la tecnología y de la gestión pasen a manos de la empresa nacional. La formación de una empresa conjunta suele hacerse para distribuir los gastos y riesgos, facilitar el acceso a recursos financieros, crear economías de escala o posibilitar el acceso a nuevas tecnologías, a nuevos clientes o a prácticas de gestión innovadoras. Puede servir también para fines competitivos y estratégicos, como el de facilitar la evolución estructural de una industria, prevenir la competencia comercial, crear unidades más competitivas y sólidas y facilitar la transferencia de tecnología y la diversificación comercial.

⁹Una filial fiduciaria extraterritorial (“offshore trust”) es una sociedad fiduciaria tradicional, pero constituida con arreglo a las leyes de otro país. Su naturaleza y sus efectos jurídicos son similares a los de una sociedad (o agencia) fiduciaria interna (“onshore trust”) del país desde donde se transmiten los bienes al “trust” que se encargará de gestionarlos en provecho de cierta persona o categoría de personas. La creación de este tipo de entidades en el extranjero suele obedecer a razones tributarias o de protección de ciertos bienes, por lo que su eficacia podrá verse limitada en la práctica si el régimen de la insolvencia del país de la persona, que transmita los bienes, ha previsto la posibilidad de impugnar toda transferencia de activos a otras sociedades que se haga en fraude de acreedores.

¹⁰Una filial fiduciaria de inversiones es una sociedad de cartera con activos financieros generadores de ingresos. Puede ser también una entidad jurídica que sea titular de ciertos bienes o negocios y cuyas acciones, denominadas unidades fiduciarias, son negociadas en bolsa, distribuyéndose la renta generada entre los titulares de esas acciones en cuotas mensuales o trimestrales.

7. Los grupos de empresas pueden tener una estructura jerárquica o vertical consistente en sucesivos estratos de sociedades matrices y empresas controladas, que podrán ser filiales u otro tipo de empresas conexas o asociadas, que funcionen en eslabones distintos de una misma cadena o proceso de producción o de distribución. La integración vertical suele darse entre empresas de un mismo ramo industrial, al combinarse, por ejemplo, algunas o todas las operaciones sucesivas desde la obtención de las materias primas hasta la venta del producto acabado. La integración puede ser fruto de una política destinada a asegurarse el control y la fiabilidad de las fuentes de suministro y de los canales de venta al por mayor y al por menor. Puede ser también fruto del fuerte control adquirido por una empresa, mediante el ejercicio de su preponderancia comercial, sobre sus proveedores o distribuidores. Suelen citarse como ejemplo de integración vertical las grandes empresas del sector del petróleo, que controlan la exploración, extracción y transporte del crudo, y el refinado, la distribución y la venta al por menor del combustible.

8. También es posible que la estructura de un grupo de empresas sea horizontal y que el grupo esté integrado por cierto número de empresas hermanas, con una participación elevada en el capital de otras empresas del mismo grupo, y que funcionen al mismo nivel de un determinado proceso productivo; por ejemplo, el sector editorial donde una casa editora tal vez adquiera otras a fin de incrementar su lista de autores y el número de obras publicadas, o el sector de los medios informativos donde es frecuente que un consorcio posea diversos medios que comparten unas mismas fuentes informativas y ciertos servicios de gestión. La integración horizontal suele utilizarse para controlar un eslabón entero de la producción o determinada industria con miras a obtener economías de escala, pero puede también utilizarse para racionalizar la gestión de empresas en sectores afines o incluso en una amplia gama de sectores. Se ha señalado que los grupos de estructura horizontal son más frecuentes en algunas partes del mundo, como Europa, en tanto que los grupos de estructura vertical suelen predominar en otras, como los Estados Unidos y el Japón. La integración vertical suele ser también más frecuente en el sector manufacturero, mientras que la integración horizontal se da más en el sector comercial.

9. La labor de investigación sobre los grupos de empresas muestra claramente que esos grupos pueden formarse gracias a diversos tipos de alianza, basados tal vez en vínculos bancarios, órganos rectores interrelacionados, alianzas de propietarios, intercambios de información, empresas conjuntas y cárteles. Esa labor ha mostrado, asimismo, que la estructura de los grupos de empresas varía según el sistema de gestión imperante. En algunos países tal vez se organicen de forma vertical o de forma horizontal y tal vez se extiendan a diversos sectores. Suelen constar de una sociedad matriz o una

empresa mercantil y de diversas empresas de manufacturas y a veces un banco. En algunos casos, la sociedad matriz puede ser una empresa no constituida, como una fundación u otro tipo de organización sin ánimo de lucro. En otros países, en cambio, esos grupos suelen estar bajo el control de una sola familia o de unas pocas familias, con una organización invariablemente vertical, o tal vez mantengan fuertes lazos con el Estado en vez de con determinadas familias. Los grados de diversificación varían también considerablemente, ya que algunos grupos mantienen un comercio interno intenso y otros no¹¹.

10. El grado de autonomía financiera y decisoria en el seno de un grupo de empresas puede variar considerablemente. Los miembros de algunos grupos son empresas comerciales activas que fijan sus propios objetivos y gestionan su propio negocio y sus finanzas. En otros grupos, las decisiones estratégicas y presupuestarias tal vez estén centralizadas y sus miembros tal vez funcionen como divisiones operativas de una empresa más grande, con facultades discrecionales limitadas en el seno de la unidad económica aglutinante. Una sociedad matriz puede ejercer un control estricto mediante una gestión financiera centralizada tanto del capital social como de la política crediticia de las empresas del grupo, fijando sus objetivos de producción, seleccionando su personal directivo o gestor y supervisando constantemente su actividad productiva y comercial. Los órganos rectores del grupo pueden estar centralizados en una sociedad financiera matriz o en una empresa de menor rango y, en este caso, la sociedad matriz poseerá las participaciones clave en el capital social de las empresas del grupo, pero sin ejercer una función directa en su gestión comercial o productiva. Los grupos más grandes tal vez dispongan de sus propios bancos que cumplan las funciones básicas de un mercado de capitales. La financiación del grupo tal vez se haga mediante préstamos internos con garantía recíproca entre la sociedad matriz y las filiales¹². Los préstamos internos tal vez aporten al beneficiario capital

¹¹Algunas investigaciones sugieren que los grupos de Chile, por ejemplo, están más diversificados que los de Corea del Sur, mientras que los de Filipinas tienen estructuras más verticales que los de la India y se dedican en mayor medida a prestar servicios financieros que los de Tailandia. Véase T. Khanna y Y. Yafeh, "Business Groups in Emerging Markets: Paragons or Parasites?", *Journal of Economic Literature*, Vol. XLV (junio de 2007), págs. 331 a 372.

¹²En muchos países, un método importante para obtener capital al que suelen recurrir las empresas de un mismo grupo consiste en otorgarse garantías recíprocas por las que cada empresa del grupo responde del cumplimiento de las obligaciones de las demás. En algunos países ha resultado difícil hacer efectivas esas garantías en los procedimientos de liquidación y, en algunos casos, se han anulado. En cierto país, se ha utilizado la garantía recíproca para no tener que cumplir ciertos requisitos gravosos en materia de contabilidad y auditoría que no son exigibles de las empresas que sean partes en este tipo de arreglos internos. El pacto escrito de garantía recíproca convierte a las empresas del grupo de que sean parte en ese pacto en una entidad jurídica en cierto sentido única, dado que dicho pacto supone una mancomunación voluntaria de fondos en respaldo de toda empresa que sea objeto de un procedimiento de insolvencia y que goce en ese momento de una garantía válida. Una ventaja de este enfoque es que los acreedores reales y potenciales pueden contar con la posición mancomunada de esas entidades, más que en los estados financieros de las filiales de propiedad total que sean partes en el pacto escrito.

de explotación, fondos para saldar deudas a corto plazo, tales como dividendos aún por pagar o crédito para financiar el comercio interno del grupo, reembolsable con o sin intereses.

11. En algunos países, los lazos de parentesco suponen un factor de conexión interna importante en los grupos de empresas; puede ocurrir, por ejemplo, que los miembros más importantes de la familia y sus allegados pertenezcan a la junta directiva de la sociedad matriz y que los miembros de esa junta formen parte de las juntas directivas de otras empresas del grupo, creándose así un denso tejido rector familiar entre las empresas del grupo que permite que la familia mantenga su control sobre el grupo. Por ejemplo, el organigrama de un gran grupo de la India muestra una intrincada red de cargos rectores compartidos entre la sociedad matriz y las 45 empresas del grupo¹³.

12. En otros países, ciertos grupos de empresas disfrutaban de lazos estrechos con los poderes públicos, particularmente con las autoridades que gestionan el acceso al crédito y las divisas o las reglas de la competencia, lo que ha contribuido en notable medida a su desarrollo. También ha habido casos de políticas estatales dirigidas contra ciertos grupos, privándoles del trato preferente del que disfrutaban, por ejemplo en materia de acceso a capital financiero.

13. La estructura de muchos grupos de empresas muestra las dimensiones y la complejidad que puede adquirir su organigrama, con varios estratos de distintas empresas controladas en mayor o menor medida por los estratos superiores o la cúpula del grupo, que puede estar formado por cientos o incluso miles de distintas empresas¹⁴.

14. Al hacer un estudio basado en las cuentas e informes de 1979 de varias grandes empresas multinacionales con sede en el Reino Unido, por ejemplo, hubo que abandonar la parte correspondiente a dos de los grupos más grandes, que contaban con 1.200 y 800 filiales, respectivamente, ante la imposibilidad de concluir el análisis. Los investigadores observaron que muy pocas personas del grupo podían discernir las relaciones jurídicas precisas que vinculaban a todas las empresas integrantes y que ninguno de los grupos

¹³Véase Khanna y Yafeh, nota 10.

¹⁴De una encuesta realizada en Australia en 1997 sobre las 500 principales empresas que cotizaban en bolsa se desprendió que el 89% de ellas controlaba a otras empresas; cuanto más alta era la capitalización bursátil de una empresa, más empresas controlaba (las cifras iban de un promedio de 72 empresas controladas por sociedades con la capitalización bursátil más alta a un promedio de 9 controladas por las de capitalización más baja); el 90% de las empresas controladas era de propiedad total; el número de estratos de filiales de un grupo de empresas con estructura vertical oscilaba entre 1 y 11 y el promedio general iba de 3 a 4. En otros países las cifras son mucho más altas (*Australia, Companies and Securities Advisory Committee, Corporate Groups Final Report* (Sidney, 2000), párr. 1.2).

estudiados parecía disponer de un organigrama propio completo¹⁵. De forma análoga, los organigramas de varios grupos inmobiliarios de Hong Kong, como Carrian, que quebró hace más de 20 años, ocupaban varias páginas, y un lector habría necesitado una buena lupa para hallar el nombre de las filiales. Otro caso es el del grupo Federal Mogul, proveedor de componentes de automóviles, cuyo organigrama, si se agrandara para poder leer el nombre de todas sus filiales, cubriría toda una pared de una pequeña oficina. El organigrama del grupo Collins and Aikman, también del sector del automóvil, está impreso en un libro, y los subgrupos que lo integran poseen una estructura interna igual de compleja que la de muchos grupos de empresas nacionales.

15. El grado de integración de un grupo puede estar determinado por varios factores, entre los que figurarán su organización económica (por ejemplo, si su estructura administrativa está centralizada o si cada empresa del grupo goza de independencia, si cada empresa depende del grupo para su financiación o para la garantía de los préstamos obtenidos, si la gestión de los recursos humanos está o no centralizada, así como la medida en que la sociedad matriz decida la política comercial y presupuestaria y el funcionamiento de las demás y el grado de integración vertical u horizontal del grupo); su gestión comercial (por ejemplo, la importancia de las compras y ventas internas del grupo, la utilización de unas mismas marcas, logotipos, programas publicitarios y red de garantías para sus productos), y su imagen pública (por ejemplo, si el grupo se presenta como empresa única y si la actividad mercantil de sus empresas constitutivas se describe como propia del grupo o de cada una de ellas en los informes externos, ya sean los destinados a los accionistas, a la autoridad competente o a los inversionistas).

16. La estructuración jurídica de un grupo en personas jurídicas distintas no determinará necesariamente la estructuración de su gestión. Si bien cada miembro del grupo será una entidad jurídica independiente, su gestión puede estar organizada por divisiones estructuradas en función de las líneas de productos y, como cada empresa del grupo puede tener más de una línea de productos, su gestión puede correr a cargo de varias de esas divisiones. En algunos casos ocurre que los órganos rectores de la sociedad matriz tratan a las empresas del grupo que son de su entera propiedad como si fueran filiales suyas.

¹⁵Tom Hadden, *Inside Corporate Groups*, 1984 *International Journal of Sociology of Law*, vol. 12, 1984, pág. 273.

C. Razones para gestionar la actividad comercial por conducto de un grupo de empresas

17. Diversos factores, que van de lo jurídico y económico a lo social, cultural e institucional, así como otras pautas de conducta, determinan la formación, el funcionamiento y la evolución de los grupos de empresas. La política estatal, los hábitos sucesorios, los lazos de parentesco (incluso intergeneracionales), la identidad étnica y la ideología nacional, así como la eficiencia del marco jurídico (por ejemplo, la fuerza ejecutoria de los contratos) e institucional en los que ha de apoyarse la actividad comercial pueden influir en el desarrollo de los grupos de empresas en distintos entornos. Ciertos estudios sugieren que la estructuración interna del grupo puede suplir al subdesarrollo institucional del entorno, lo que puede repercutir favorablemente en el costo de las operaciones.

18. La actividad comercial realizada al amparo de la estructura de un grupo de empresas puede ofrecer ventajas, como la de reducir el riesgo comercial o mejorar el rendimiento financiero, al permitir que el grupo diversifique y distribuya sus actividades comerciales entre diversos tipos de empresas, cada una gestionada por una sociedad distinta del grupo. Cabe que una sociedad adquiera otras empresas para expandirse y lograr más poder en el mercado, pero sin destruir su identidad jurídica y comercial a fin de beneficiarse de su nombre comercial, su clientela y su imagen pública. La expansión puede tener por objeto adquirir nuevo saber técnico o de gestión. El grupo, una vez formado, tal vez subsista y se desarrolle por razón de los gastos administrativos que pueda suponer racionalizar su estructura o liquidar empresas que estén de más.

19. Su propia estructuración puede permitir que el grupo atraiga capital hacia un único sector de su negocio, sin perder, por ello, su control general del negocio, creando, por ejemplo, para dicho sector otra empresa y permitiendo que inversionistas externos adquieran una participación minoritaria en su capital social. Una estructura de grupo puede reducir los riesgos de la responsabilidad jurídica, trasladando toda responsabilidad potencialmente elevada, como la dimanante de políticas de protección del consumidor o del medio ambiente, a determinadas sociedades del grupo, a fin de aislar de ese riesgo al patrimonio restante del grupo. Puede darse una garantía más eficaz en respaldo de una deuda o un proyecto de financiación si se traspasan determinados bienes a otra empresa que se haya constituido expresamente para ese fin, con lo cual el prestamista gozará de máxima prelación sobre la totalidad o la mayoría de los bienes de la nueva empresa. También puede constituirse otra empresa del grupo para llevar a cabo un proyecto determinado y obtener más financiación imponiendo cargas sobre sus propios bienes y su actividad mercantil, o para explotar una licencia o concesión oficial.

La estructura de grupo puede simplificar la venta parcial de una entidad, ya que puede ser más sencillo, y a veces más conveniente a efectos fiscales, traspasar al comprador las acciones de una empresa del grupo, en vez de vender bienes sueltos. Un grupo puede constituirse también de manera imprevista cuando una empresa adquiera otra empresa, que, a su vez, sea la sociedad matriz de empresas de otro grupo.

20. El cumplimiento de ciertos requisitos reglamentarios puede verse simplificado en el contexto de un grupo cuando cada empresa deba observarlos. En el caso de los grupos multinacionales, el derecho interno de determinados países en los que el grupo desee ejercer su actividad mercantil puede exigir que ésta se lleve a cabo por conducto de entidades independientes (a veces con un requisito mínimo de capital social de origen nacional) o imponer otros requisitos o restricciones, por ejemplo, en lo tocante a los reglamentos laborales y de empleo. Como medio de expansión en el extranjero se han utilizado mecanismos que no requieren aportaciones de capital social, a causa, por ejemplo, de leyes internas que dificultan la participación en el capital social, del grado de reglamentación impuesto a la inversión extranjera y de las relativas ventajas económicas que reportan esos mecanismos. Los imperativos geográficos constituyen otro factor importante para los grupos multinacionales, concretamente la necesidad de adquirir materia prima o de vender productos por conducto de una empresa del grupo radicada en determinado lugar. Una consideración afín de creciente importancia, que tal vez guarde más relación con la ubicación de las empresas componentes de un grupo que con la estructuración o no en grupo de su actividad comercial, es la importancia del derecho interno aplicable para cuestiones como el gasto inherente a la fundación de una sociedad, la simplicidad de las formalidades requeridas, las obligaciones que entraña la personalidad jurídica de la sociedad fundada y el trato que se dará a un grupo de empresas en casos de insolvencia. Las divergencias entre el derecho interno de distintos países pueden complicar notablemente esas cuestiones.

21. Otros factores clave que complican las estructuras de grupo son las consideraciones fiscales y su repercusión en la circulación de dinero dentro de los grupos. Se suele invocar la incidencia fiscal como razón para la formación y el crecimiento subsiguiente de los grupos y, tradicionalmente, en muchos ordenamientos jurídicos se ha venido dando importancia a la unidad económica de entidades conexas. Si bien el principio básico podría ser la imposición tributaria separada de cada entidad, de hecho tal vez se persigan otras finalidades esenciales, como proteger los ingresos fiscales de los gobiernos y aligerar la carga fiscal que de otro modo se crearía si cada empresa del grupo tuviera que pagar impuestos por separado¹⁶. Entre las

¹⁶Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, *International Investment and Multi-national Enterprises—Responsibility of parent companies and their subsidiaries* (París, 1979).

medidas en las que se tienen en cuenta los vínculos existentes entre la sociedad matriz y las empresas bajo su control cabe citar la exoneración fiscal, los dividendos abonables entre empresas del grupo, las medidas desgravadoras y las destinadas a combatir la evasión fiscal en el seno de un grupo. Cabe que se otorguen exenciones fiscales a los dividendos pagados por una empresa del grupo a los accionistas locales y a los dividendos abonables entre empresas del grupo cuando tengan entre ellas una fuerte participación en el capital social. Cabe también que se reconozca un crédito fiscal por concepto de todo impuesto abonable en el extranjero sobre los beneficios de una empresa controlada o sobre los dividendos de algún accionista. Tal vez se otorgue alguna desgravación conjunta a las empresas del grupo susceptibles de ser tratadas como una única unidad fiscal y que presenten cuentas unificadas. Las pérdidas de una empresa del grupo pueden compensarse con los ingresos de otra o las pérdidas y ganancias pueden compensarse mutuamente entre las empresas del grupo.

22. Por razón de la importancia de las consideraciones de orden fiscal, la política de precios entre empresas del mismo grupo y la política fiscal y las tasas impositivas del lugar suelen determinar la distribución del activo y del pasivo en el seno de un grupo de empresas. Las diferencias entre la tasa impositiva aplicable a las empresas en distintos países, así como ciertas exenciones ofrecidas en algunos países (por ejemplo, la tasa de desgravación fiscal sobre los beneficios reportados por el sector industrial o sobre los ingresos por concepto de servicios financieros), pueden hacer que un país resulte más atractivo que otro cuyo régimen fiscal sea más severo y que ofrezca menos exenciones o ninguna. De todos modos, tal vez convenga que el erario público examine toda estructura de los precios de transferencia que tienda a ubicar los beneficios en países de baja tasa impositiva.

23. Cabe la posibilidad de que la decisión de establecer un determinado tipo de empresa obedezca a razones fiscales cuando, por ejemplo, la repatriación de las ganancias de una empresa extranjera del grupo esté exonerada de impuestos por tratarse del reembolso de un préstamo a la sociedad matriz o cuando esta última posea cierto porcentaje (entre el 5% y el 20%) del capital social de esa empresa; cuando los intereses sobre un crédito tomado para sufragar la adquisición de una empresa del grupo pueden compensarse con sus ganancias y, como ya se señalado, cuando las pérdidas y ganancias de las diversas empresas del grupo puedan compensarse mutuamente en una declaración fiscal unificada. La actividad mercantil también puede dividirse entre dos o más empresas del grupo para aprovechar la desgravación fiscal, las cifras tope de desgravación fijadas o las tasas tributarias progresivas. Otras razones que cabe mencionar son las siguientes: aprovechar las ventajas emanadas de las diferencias entre los métodos contables, el ejercicio fiscal,

los métodos de amortización, los métodos de valoración de existencias y las deducciones por impuestos pagados en el exterior; disociar actividades mercantiles que, de realizarse juntas en una única entidad gravable, podrían entrañar perjuicios fiscales, y aprovechar el tratamiento favorable dado a ciertas actividades (por ejemplo, ventas anticipadas o posibles, fusiones, liquidaciones o regalos o legados entre miembros de una familia), que es aplicable a algunas operaciones pero no a otras.

24. Los requisitos contables tal vez determinen también la estructura de los grupos de empresas. En algunos países cabe crear empresas, con función de mera agencia o mandatario, para gestionar ciertos aspectos del negocio, sin que la sociedad matriz tenga que presentar cuentas detalladas acerca de las actividades de esas empresas, que actúan como agentes comerciales de la sociedad matriz, a la que pertenecen todos los bienes gestionados.

25. Muchas de las ventajas de gestionar los negocios por medio de un grupo de empresas pueden ser ilusorias. La protección contra pérdidas catastróficas puede desvanecerse ante los acuerdos financieros o los intercambios comerciales del grupo, y ante las garantías recíprocas, las cartas de respaldo¹⁷ entregadas a los auditores del grupo y la tendencia de los principales acreedores y, en particular, de los bancos, a obtener una garantía de indemnidad de la sociedad rectora del grupo. Para que no haya dudas, cabe señalar que la práctica contable no se vale de las estructuras de grupo: a los contadores les da igual unificar balances de sucursales que los de un grupo de filiales. Parece probable que ni el sector bancario, ni el comercial ni el jurídico, se dan la debida cuenta de la faceta contable de los grupos de empresas.

D. Definición del “grupo de empresas” — participaciones en el capital social y control de una empresa

26. Si bien tanto la legislación como la jurisprudencia son cada vez más conscientes de la existencia de los grupos de empresas y de la importancia de las relaciones internas del grupo, no existe ninguna norma directamente aplicable que rijan con coherencia esas relaciones en cuanto tales. En algunos países en los que la ley reconoce la existencia de esos grupos no hay norma

¹⁷La denominada “carta de respaldo” (*letter of comfort*) suele ser entregada por una sociedad matriz con miras a persuadir a otra entidad a concertar una operación con una empresa de su grupo. Puede entrañar diversos compromisos, sin que ninguno constituya una garantía, a saber, la promesa de mantener su participación en el capital social de la empresa o algún otro tipo de compromiso financiero contraído con ella, hacer uso de su influencia para que la empresa cumpla cierta obligación contractual principal, o confirmar que le consta la existencia del contrato concertado por la empresa, pero sin asumir expresamente responsabilidad alguna por la obligación principal.

legal o reglamentaria alguna que les sea expresamente aplicable, sino que existen reglas aisladas insertadas en otras leyes aplicables en materia de impuestos o de contabilidad empresarial, de fusiones empresariales y de competencia comercial, y sobre cuestiones de otra índole. Raro es el país cuyo régimen de la insolvencia haya previsto una normativa que sea aplicable a los grupos de empresas en casos de insolvencia. Además, al comparar las leyes en que sí se regulan algunos aspectos del grupo de empresas, se observa que las cuestiones se abordan con criterios dispares no sólo en los diferentes países, sino también en las diversas leyes de un mismo país. Así pues, el concepto de “grupo de empresas” puede denotar realidades distintas a efectos diferentes, aunque puede haber elementos comunes; cuando se utiliza un concepto particular para definirlo, como el de “control”, por ejemplo, el concepto se define en sentido más lato o más restringido, como ya se señaló, según la finalidad de la legislación.

27. Si bien en la mayoría de los ordenamientos se evita precisar lo que se entiende por “grupo de empresas”, es habitual recurrir a diversos conceptos para determinar cuáles son los lazos empresariales que bastarán para constituir a ciertas entidades en un grupo de empresas para fines como la extensión recíproca de la responsabilidad y la determinación de cuestiones de contabilidad, fiscales o de otra índole. Esos conceptos se utilizan en la legislación y en la jurisprudencia de diversos países en lo concerniente a los grupos de empresas y suelen basarse en criterios de participación de una empresa en el capital social de otra o en criterios de influencia o control directo ejercido por una empresa sobre la otra, si bien a veces sólo se tiene en cuenta el ejercicio de una influencia o poder directo sobre la otra empresa o la posesión de una participación dominante en su capital social. La elección entre uno y otro concepto suele reflejar la búsqueda de un término medio entre la seguridad que entraña el exigir una participación dominante en el capital social y la flexibilidad ofrecida por el criterio del control complementado por el reconocimiento de la diversidad de factores económicos que configuran a un grupo de empresas.

28. En algunos casos la participación en el capital social se define en función de la relación formal existente entre las empresas de un grupo. A su vez, esa relación viene determinada por un criterio de forma, consistente en la titularidad directa o indirecta de cierto porcentaje del capital social o de derechos de voto. Esos porcentajes oscilan entre una participación de sólo un 5% hasta más del 80%. En países que han fijado porcentajes más bajos, se suelen considerar otros factores complementarios, como los que se examinan más adelante como indicadores de control o de influencia. En algunos países, los porcentajes bajos establecen una presunción rebatible del dominio de una empresa por otra mientras que otros porcentajes más elevados establecen una presunción absoluta.

29. Otros ejemplos de lo que constituye un grupo de empresas se guían por criterios más funcionales centrados en el control o en la influencia decisiva (denominada “control”) que se ejerza, y en esos casos suele definirse el término “control”. El concepto radica principalmente en el control efectivo o la capacidad de controlar, directa o indirectamente, la política financiera y comercial y el proceso decisorio del grupo. Cuando en una definición se menciona la capacidad de control se hace referencia al potencial durmiente de control, más que a un control efectivamente ejercido. El control puede obtenerse mediante participaciones en el capital social o mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control. Lo que realmente cuenta no es tanto la forma jurídica estricta de la relación entre las entidades, por ejemplo, la relación entre la sociedad matriz y una empresa bajo su control, sino la esencia de esa relación.

30. Entre los factores indicativos de que una entidad controla a otra cabe destacar: la capacidad de dominar la composición de la junta directiva o del consejo de administración de la segunda entidad; la facultad de nombrar o de destituir a todos o a la mayoría de los directivos o miembros del consejo de administración de la segunda entidad; la posibilidad de controlar la mayoría de los votos emitidos en una reunión de la junta o consejo de la segunda entidad, y la posibilidad de emitir la mayoría de los votos en una junta general de accionistas de la segunda entidad, o de regular su emisión, independientemente de que esa posibilidad emane de la titularidad de acciones o de opciones sobre acciones. La información sobre el miembro del grupo que puede ser pertinente al analizar todos estos factores puede ser: su acta constitutiva, su participación en el capital social, sus decisiones estratégicas sustantivas, sus acuerdos internos y externos en materia de gestión y dirección, los detalles de sus cuentas bancarias y su administración, así como de los firmantes autorizados, y la información sobre sus empleados.

E. Reglamentación de los grupos de empresas

31. La reglamentación de los grupos de empresas suele estar basada en uno de dos criterios (o, en algunos casos, una combinación de los dos): el criterio de la identidad jurídica independiente de cada empresa del grupo (criterio tradicional y, con mucho, el predominante) y el de la empresa única.

32. El criterio de la identidad jurídica propia de cada empresa del grupo está basado en varios principios fundamentales, de los cuales el más importante es el de la personalidad jurídica propia de cada empresa del grupo. También se basa en la responsabilidad limitada de los accionistas de una

empresa del grupo y en los deberes de los directivos de cada empresa del grupo para con la primera.

33. La personalidad jurídica propia de cada sociedad del grupo significa que cada sociedad goza de sus propios derechos y deberes, con independencia de quién la controla o de quiénes son los titulares de su capital social (es decir, del hecho de que su capital esté o no esté total o parcialmente en manos de otra empresa) o de su participación en las actividades del grupo. Las deudas que contrae son propias y por lo general no cabrá mancomunar el activo del grupo para saldar esas deudas¹⁸. Los contratos que esa empresa celebre con personas ajenas al grupo no atañen automáticamente a la sociedad matriz ni a otras empresas del grupo. La sociedad matriz no puede tener en cuenta las ganancias no repartidas de otras empresas integrantes del grupo al calcular sus propias ganancias. La personalidad jurídica propia de cada empresa del grupo significa que, a diferencia de lo que sucede en una asociación o sociedad civil o en una empresa unipersonal, las deudas y obligaciones del grupo no recaerán sobre cada uno de sus miembros, por lo que las pérdidas que una empresa del grupo pueda sufrir no superarán al monto del capital que haya aportado a la empresa insolvente, si es que ha comprado acciones de esa otra empresa.

34. El criterio de la empresa única presta, en cambio, atención a la integración económica efectiva de las empresas de un grupo, por lo que se concibe al grupo como unidad económica única que desarrolla su actividad comercial al servicio de los intereses del grupo en cuanto tal, o al servicio de los intereses de la empresa dominante del grupo, pero no al servicio de los intereses de cada empresa en particular. Los préstamos tal vez se contraigan por el grupo en cuanto tal, recurriéndose a la tesorería del grupo para compensar el activo o el débito contable de cada empresa; cabe que se permita que una empresa del grupo funcione con pérdidas o que esté descapitalizada; el activo y el pasivo de las empresas del grupo podrán ser transferidos, en el seno del grupo, en uno u otro sentido y cabrá concertar préstamos, garantías u otros arreglos financieros entre las empresas del grupo en condiciones esencialmente preferentes.

35. Si bien en muchos países se aplica el criterio de la identidad jurídica propia de cada empresa del grupo, en algunos se hacen excepciones a la aplicación estricta de ese criterio mientras que en otros se ha adoptado, por vía legislativa o judicial, la práctica de aplicar, en determinadas situaciones, el criterio de la empresa única.

¹⁸Véase el capítulo II, párrs. 105 a 137, para un examen de la consolidación patrimonial.

36. Entre las circunstancias en las que no se aplica de forma estricta el criterio de la entidad jurídica independiente cabe citar: la consolidación de las cuentas de una sociedad matriz y de toda empresa por ella controlada; las operaciones entre personas allegadas (suele estar prohibido que una empresa del grupo otorgue a una sociedad allegada del grupo alguna ventaja financiera en forma, por ejemplo, de préstamos, garantías o indemnidades internas, condonación de deudas o transferencias de bienes, salvo que sus accionistas hayan aprobado la operación o que la sociedad otorgante goce de alguna exención); las participaciones cruzadas en el capital social de las empresas (por lo general, los miembros de un grupo tienen prohibido adquirir acciones de la empresa dominante o aceptar una garantía sobre tales acciones, y tienen igualmente prohibido emitir o transferir acciones en provecho de una empresa controlada del grupo) y el endeudamiento de una empresa siendo ya insolvente (la sociedad matriz, que debiera haber sospechado la insolvencia de una empresa del grupo bajo su control, podrá ser declarada responsable de las deudas que esa empresa del grupo contrajo siendo ya insolvente).

37. Unos cuantos países han establecido distintas categorías de grupos de empresas que pueden actuar como empresa única a cambio de otorgar mayor protección a los acreedores y a los accionistas minoritarios. En uno de ellos¹⁹, los grupos de empresas en que intervienen empresas públicas se dividen en tres categorías según su estructura: *a)* los grupos integrados; *b)* los grupos constituidos por vía contractual; y *c)* los grupos de facto; a todos ellos se aplica un conjunto de principios armonizados referentes a la gestión y la responsabilidad empresarial:

a) Grupos integrados. La integración completa de la filial se produce cuando es aprobada por un determinado porcentaje de los votos de los accionistas de la sociedad matriz, a la que corresponde una determinada participación en las acciones de la empresa del grupo que controla. La sociedad matriz, a cambio de asumir la responsabilidad mancomunada y solidaria por las deudas y obligaciones de la empresa controlada, tendrá un poder ilimitado para dirigirla;

b) Grupos constituidos por vía contractual. Pueden ser constituidos por un determinado porcentaje de accionistas de cada una de las dos empresas que celebren un contrato con miras a otorgar a una de ellas (la sociedad matriz) el derecho a dirigir la otra, siempre y cuando esa gestión sea acorde con los intereses de la sociedad matriz o del grupo en su conjunto. A cambio de otorgar a la sociedad matriz el derecho de control, los acreedores y los accionistas minoritarios reciben más protección; y

¹⁹Alemania.

c) Grupos de facto. Esos grupos se gestan cuando una empresa de un grupo ejerce, directa o indirectamente, una influencia dominante sobre otra empresa. Aunque la relación no se formaliza, se supone que la sociedad matriz intervendrá sistemáticamente en los asuntos de la empresa controlada.

38. En un país²⁰, cuyo derecho interno de las sociedades mercantiles se inspira ya en el concepto comercial de la empresa única, está legalmente permitido que el personal directivo de una empresa de un grupo cuyo capital social esté total o parcialmente en manos de la sociedad matriz actúe más en interés de la sociedad matriz que de su propia empresa; en dicho país se han dictado reglas para facilitar la fusión empresarial de los grupos y se han promulgado leyes que autorizan a los tribunales para dictar mandamientos de aportación de fondos y de mancomunación de bienes o consolidación patrimonial.

39. En otro país²¹, la normativa aplicable a las sociedades mercantiles se apoya cada vez más en el concepto de la empresa única a fin de evitar que la política legislativa subyacente a ciertas leyes especiales se vea frustrada por un recurso indebido a los grupos de empresas. La jurisprudencia de este país ha respaldado esa tendencia recurriendo al concepto de la empresa única para poder lograr los objetivos en los que se inspira la legislación mercantil en vigor. La jurisprudencia ha aplicado ese concepto al régimen de la insolvencia para declarar impugnables ciertas operaciones internas de un grupo de empresas, para confirmar las garantías internas del grupo y, en unos cuantos casos, para ordenar la consolidación patrimonial. Los tribunales están también facultados para alterar la prelación de los créditos en la liquidación de una empresa del grupo, ya sea asignando a los préstamos internos del grupo, otorgados a la empresa deudora, la prelación de participaciones en su capital social o ya sea subordinando el cobro de esos préstamos al de los créditos de los acreedores externos de la empresa.

²⁰Nueva Zelandia.

²¹Estados Unidos.

II. La insolvencia en el seno de un grupo de empresas: cuestiones de ámbito nacional

A. Introducción

1. Los grupos de empresas pueden estar estructurados de modo que se reduzca al mínimo el riesgo de insolvencia de uno o más de sus integrantes, para lo cual pueden establecer contragarantías e indemnizaciones y realizar otras clases de arreglos análogos. Cuando se presenten problemas efectivamente, la sociedad matriz, a efectos de proteger su reputación y de conservar su capacidad crediticia en el mundo comercial y financiero, tal vez procure impedir que otros miembros del grupo caigan en la insolvencia, para lo cual aportará más fondos y accederá a subordinar los créditos internos a obligaciones externas.

2. Ahora bien, si la compleja estructura de un grupo de empresas se ve perturbada por las dificultades financieras de una, de varias o incluso de todas las empresas que lo integran, y esas dificultades desembocan en la insolvencia, surgirán problemas por el simple hecho de que cada empresa constitutiva del grupo tiene una existencia y una personalidad jurídica propias reconocidas. Habida cuenta de que, como se observó anteriormente, la gran mayoría de los regímenes internos de la insolvencia y de las legislaciones nacionales en materia de sociedades mercantiles no abordan la cuestión de la insolvencia de los grupos de empresas, aun cuando las cuestiones relativas a los grupos puedan abordarse en contextos ajenos a la insolvencia, por ejemplo, en relación con los regímenes contable, regulatorio y tributario, la carencia de una base legislativa en contrario y de la facultad discrecional de los tribunales para intervenir en caso de insolvencia implica que cada empresa ha de considerarse por separado y, de ser necesario, administrarse por separado en lo que respecta a la insolvencia. En ciertas situaciones, por ejemplo, cuando la actividad comercial de los miembros del grupo se encuentra estrechamente integrada, ese criterio no siempre puede producir los mejores resultados para el deudor individual o para los negocios del grupo en su conjunto, a menos que se puedan coordinar estrechamente los procedimientos de insolvencia paralelos que se abran respecto de todas las empresas del grupo.

3. Mucho de lo ya previsto en el derecho interno en materia de insolvencia de los grupos de empresas se ocupa de las situaciones en las que procedería

mancomunar los patrimonios de las empresas del grupo en una única masa de la insolvencia. Sin embargo, cabe señalar la falta de orientación acerca de la forma de abordar la problemática de la insolvencia en un grupo de empresas desde una perspectiva global del grupo afectado y, en particular, sobre las circunstancias en las que procedería otorgar al grupo un trato distinto del previsto para una sociedad mercantil única.

4. Una segunda cuestión clave en cuanto al tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia es el grado de integración económica y organizativa del grupo y la manera en que su nivel de integración podría afectar al tratamiento del grupo en esos casos y, en particular, en qué medida sería procedente que se diera a un grupo sumamente integrado un trato distinto del que se da a un grupo cuyos integrantes conservaran un alto grado de independencia. En algunos casos, por ejemplo, cuando la estructura del grupo es variada y entraña actividades mercantiles y bienes sin vinculación alguna, la insolvencia de uno o más miembros del grupo puede no afectar a los demás miembros ni al grupo en su conjunto y los miembros insolventes pueden ser administrados por separado. En otros casos, en cambio, la insolvencia de un miembro del grupo puede causar dificultades financieras a otros miembros o al grupo en su conjunto, lo que sucede cuando la estructura del grupo es integrada, es decir, cuando existe un alto grado de interdependencia entre sus componentes y los bienes y las deudas de éstos están estrechamente vinculados. En esas circunstancias, con frecuencia podría darse el caso de que la insolvencia de varias o de muchas de las empresas del grupo diera lugar inevitablemente a la insolvencia de todos los miembros (“efecto dominó”) y tal vez fuera conveniente evaluar la inminencia de la insolvencia teniendo en cuenta la situación del grupo en su conjunto o coordinar el examen de la situación de los diversos miembros.

B. Solicitud y apertura

5. Las consideraciones generales con respecto a la solicitud de apertura y la apertura de un procedimiento de insolvencia fueron ya examinadas en los capítulos I y II de la segunda parte. Dado que esos capítulos son también aplicables a cada empresa perteneciente a un grupo, procedería examinarlos junto con las cuestiones adicionales específicas del grupo en cuanto tal, que se examinan a continuación.

1. Solicitud conjunta de apertura

a) Antecedentes

6. Por regla general, el régimen de la insolvencia respeta la personalidad jurídica propia de cada miembro del grupo de empresas y exige la

presentación de una solicitud de apertura respecto de cada empresa. Dicha empresa deberá estar sujeta al régimen de la insolvencia (véase la recomendación 10) y deberá además reunir las condiciones requeridas para la apertura de un procedimiento respecto de ella (véanse las recomendaciones 15 y 16). Hay muy pocas excepciones en que una sola solicitud pueda hacerse extensiva a otros miembros del grupo; eso ocurre, por ejemplo, cuando todos los interesados dan su consentimiento para incluir a más de uno de ellos, cuando la insolvencia de una empresa integrante del grupo pueda afectar a las demás, cuando haya una estrecha integración económica entre las partes solicitantes de la apertura, que consista, por ejemplo, en la mezcla de bienes o en un grado determinado de control o propiedad en común, o cuando la condición de entidad única del grupo tenga especial importancia jurídica, en particular en el momento de formular los planes de reorganización.

7. Las anteriores recomendaciones relativas a la solicitud de apertura y a la apertura de un procedimiento de insolvencia son aplicables a los deudores que sean miembros de un grupo de empresas al igual que se aplican a toda otra empresa deudora. Las recomendaciones 15 y 16 señalan las condiciones que habrá de reunir todo deudor o acreedor para poder solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia y esas condiciones son igualmente aplicables a toda solicitud que se presente respecto de una empresa perteneciente a un grupo²². En el contexto de los grupos de empresas, la insolvencia de la empresa matriz puede perturbar la estabilidad financiera de una empresa controlada del grupo o la insolvencia de varias empresas del grupo puede afectar la solvencia de otras, lo que puede extender el riesgo de insolvencia inminente a todo el grupo. Esa situación está prevista en la recomendación 15 siempre que, en el momento en que se presente la solicitud con respecto a los miembros insolventes de un grupo, se pueda decir de los demás miembros que no están o no estarán en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento.

b) Finalidad de una solicitud conjunta

8. Permitir que las empresas integrantes de un grupo, que reúnan las condiciones para solicitar la apertura de un procedimiento, lo hagan conjuntamente podría aligerar los trámites y reducir los gastos al facilitar el examen coordinado de las solicitudes por el tribunal sin menoscabar la identidad jurídica independiente de cada empresa solicitante o sin eliminar la necesidad de que cada empresa reúna las condiciones requeridas para solicitar la

²²Respecto de la solicitud de apertura presentada por el propio deudor, la recomendación 15 señala además, como condición posible para solicitar la apertura de un procedimiento, el riesgo de insolvencia inminente.

apertura. Esa solicitud conjunta alertaría al tribunal acerca de la existencia de un grupo, en particular si ha de presentarse acompañada de información acerca de las relaciones entre las empresas deudoras que formen parte del grupo y, en el caso de que se abran procedimientos a raíz de la misma, tendría la ventaja de establecer una fecha común de apertura para cada una de las empresas afectadas de dicho grupo.

9. Siempre y cuando la ley lo permita y sea factible en las circunstancias del caso, la solicitud conjunta podría consistir en un solo escrito que englobara a todas las empresas del grupo habilitadas para solicitar la apertura, o en escritos separados presentados simultáneamente en relación con cada una de ellas. Este último criterio podría resultar apropiado cuando las empresas no pertenecieran a la misma jurisdicción interna y hubiera varios tribunales competentes (como se examina en los párrafos 17 a 20 *infra*), o cuando, debido a otras circunstancias, por ejemplo, si hubiera que coordinar un número considerable de procedimientos, no fuera práctico presentar una sola solicitud. En ambos casos, sería conveniente que el régimen de la insolvencia facilite al tribunal la tarea de coordinar el examen de las solicitudes, teniendo presente, cuando proceda, el hecho de que se trata de un grupo de empresas, para determinar si cada uno de sus integrantes cumple los requisitos correspondientes.

c) Distinción entre solicitud conjunta y coordinación procesal

10. Debe distinguirse una solicitud conjunta de apertura de un procedimiento de coordinación procesal. Permitir la presentación conjunta de las solicitudes de apertura tiene por objeto facilitar la coordinación del examen requerido para decretar la apertura de un procedimiento y reducir los gastos al respecto. La apertura de varios procedimientos a raíz de una solicitud conjunta facilitará sin duda la coordinación de esos procedimientos, al propiciar la fijación de una misma fecha de apertura para toda empresa deudora que sea miembro del grupo, y la de unos mismos plazos calculados a partir de esa fecha, así como la determinación de un mismo período de sospecha previo a la apertura para la impugnación de todo acto del deudor o deudores que se estime realizado en perjuicio de sus acreedores. Permitir la solicitud conjunta no tiene por objeto predeterminar la forma en que se sustanciarán los procedimientos que se declaren abiertos, ni, en particular, si éstos estarán o no sujetos a coordinación procesal. Es de desear, por ello, que el régimen de la insolvencia no exija una solicitud conjunta a título de requisito previo de la coordinación procesal. No obstante, una solicitud de apertura conjunta puede llevar aparejada una solicitud de coordinación procesal, como se indica a continuación, lo que podría facilitar la decisión del tribunal al respecto.

d) Participación de una empresa solvente del grupo en una solicitud conjunta

11. Una cuestión que se suele examinar con respecto a los grupos de empresas es la de si cabe o no incluir a una empresa solvente de un grupo en una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia presentada respecto de sus miembros insolventes y, en caso afirmativo, en qué circunstancias. Como se señaló anteriormente, la inclusión en esa solicitud de una empresa del grupo que parezca ser solvente, pero que, tras una indagación al respecto, se demuestre que esa empresa está al borde de la insolvencia, se regirá por la recomendación 15.

12. Si no existe una situación de riesgo inminente de insolvencia y el miembro del grupo es claramente solvente, pueden adoptarse diferentes criterios. Cuando un grupo esté estrechamente integrado, el régimen de la insolvencia tal vez permita, en interés del grupo en su conjunto, que la solicitud de apertura incluya a empresas del grupo que no satisfagan las condiciones requeridas para la apertura de un procedimiento. Un factor importante para determinar si existe el grado de integración requerido puede ser el hecho de que las empresas mantengan una vinculación que, aunque sea describible de diversos modos, se caracterice por un grado notable de control o de interdependencia, límites patrimoniales mal definidos e identidad comercial unitaria del grupo, dependencia de unas empresas de otras respecto de su propia gestión financiera o comercial, así como otros factores similares que no necesariamente se desprendan de la relación jurídica entre las empresas del grupo (por ejemplo, de la sociedad matriz con una empresa controlada). Otro supuesto en el que procedería incluir a una empresa solvente del grupo en una solicitud conjunta se da cuando la existencia del “grupo” es ficticia. Este sería el caso, por ejemplo, en supuestos en los que la actividad comercial de un grupo se gestiona como la de una empresa única y el grupo, en cuanto tal, constituye tan sólo una fachada. Podría suceder también en supuestos en los que las empresas del grupo estén de tal modo entrelazadas que la base patrimonial del grupo sea una sola, no se tenga cuenta alguna en su gestión la separación jurídica entre sus miembros y tanto el personal directivo como los acreedores del grupo traten a las diversas entidades como si fueran una sola.

13. Esa inclusión de una empresa solvente del grupo puede facilitar la búsqueda de una solución de la insolvencia para la totalidad del grupo, evitando una apertura escalonada de procedimientos, cada vez que otra empresa del grupo se vea afectada por la insolvencia de las empresas inicialmente declaradas insolventes. También podría facilitar la preparación de un plan global de reorganización del grupo, basado en la masa patrimonial de todos sus miembros, tanto solventes como insolventes.

14. Uno de los problemas de incluir a un miembro solvente del grupo es que el régimen de la insolvencia sólo será aplicable, por lo general, a las empresas que reúnan las condiciones requeridas para poder ser objeto de un procedimiento de insolvencia. Ahora bien, una empresa solvente del grupo siempre podrá ser objeto, a título voluntario, de un plan de reorganización del grupo si así lo decide la junta directiva o el personal rector de esa empresa (véase el párrafo 152, *infra*).

15. Conforme a algunos regímenes de la insolvencia, cabe también permitir que se incluya a una o más empresas del grupo, insolventes o no, en una solicitud conjunta de apertura, si se cuenta con el consentimiento de todas las empresas interesadas del grupo, o con el consentimiento de todos los interesados, incluidos los acreedores. Ahora bien, lo normal en esos casos es que resultará muy difícil, y llevará mucho tiempo, obtener el consentimiento de todos los acreedores. También sería posible que el régimen de la insolvencia prevea que una empresa del grupo que no haya participado en la apertura del procedimiento respecto de otras empresas del grupo se adhiera más adelante al procedimiento si se ve adversamente afectada por el procedimiento, o si se estima que su participación redundaría en provecho del grupo en su conjunto.

e) Personas legitimadas para presentar una solicitud conjunta

16. En consonancia con el criterio aplicado en la recomendación 14 de la *Guía Legislativa*, el régimen de la insolvencia puede permitir que presenten una solicitud conjunta dos o más empresas integrantes de un grupo que reúnan los requisitos necesarios en él previstos para la apertura (véase segunda parte, cap. I, párrs. 32 a 53). También podría presentarla un acreedor con respecto a los miembros del grupo del que fuera acreedor. El hecho de permitir que un acreedor presente una solicitud con respecto a miembros del grupo de los que no es acreedor sería incompatible con el requisito previsto para la apertura en la recomendación 14.

f) Tribunal competente

17. La presentación de una solicitud conjunta de apertura con respecto a dos o más miembros de un grupo de empresas puede plantear problemas jurisdiccionales, incluso en el ámbito interno, si los establecimientos de las empresas están situados en diferentes lugares y si hay varios tribunales que pueden gozar de jurisdicción sobre esas empresas y ser, por ello, competentes para conocer de la solicitud. Esto puede ocurrir, por ejemplo, con respecto

a un grupo de empresas que funcionen en Estados en los que la jurisdicción para conocer de la insolvencia corresponda a diversos foros o en los que la solicitud de apertura haya de presentarse ante distintos tribunales. Ciertas leyes tal vez permitan presentar una solicitud conjunta ante un único tribunal, que será luego competente para conocer de la insolvencia de cada empresa que figure en esa solicitud.

18. Pese a las ventajas que dicha práctica pueda tener, en última instancia será el derecho interno el que determine si cabe presentar una solicitud conjunta respecto de diversos deudores (aun cuando sean miembros de un mismo grupo) sujetos a la jurisdicción de diversos tribunales. En algunos países, cabrá trasladar las actuaciones abiertas ante diversos tribunales a un único foro, para que las consolide. Cabría aplicar diversos criterios para determinar el foro competente para conocer de esa solicitud. Cabría, por ejemplo, designar para dicho cometido al foro competente para conocer de la insolvencia de la sociedad matriz del grupo, cuando dicha empresa esté incluida en la solicitud. Otros criterios, como la magnitud del endeudamiento de los diversos miembros del grupo o la ubicación del centro de control del grupo también podrán ser alegados para determinar el foro interno competente. Cabe también que los acreedores de los distintos miembros del grupo también se encuentren en diferentes lugares, lo que se suscitara cuestiones acerca de la representación de los interesados y del lugar donde habrán de reunirse o constituirse los comités de acreedores.

19. Si bien la cuestión de determinar el foro competente para conocer de una solicitud conjunta de apertura cuando los establecimientos de las empresas estén situados en diferentes jurisdicciones nacionales podría regirse por normas ajenas al régimen de la insolvencia, será siempre conveniente que se siga el criterio de la recomendación 13. Para eso será necesario que el régimen de la insolvencia indique con claridad la ley aplicable para determinar el foro competente para conocer de dicha solicitud. Esta cuestión resultará particularmente espinosa cuando haya más de un tribunal con jurisdicción sobre distintos miembros del grupo.

20. De permitir el régimen de la insolvencia la presentación de una solicitud conjunta, existirá amplio margen para reducir gastos, al ser posible que un único tribunal examine, al mismo tiempo, las condiciones para la apertura de un procedimiento respecto de diversas empresas de un mismo grupo. Procederá por ello estudiar con atención, respecto de una solicitud conjunta, las actuaciones y costas procesales inherentes a la tramitación de una solicitud y a la apertura de un procedimiento (véase la segunda parte, cap. I, párrs. 76 a 78).

g) Notificación de la solicitud

21. Las recomendaciones concernientes a la notificación de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia son también aplicables a la solicitud conjunta (véase la segunda parte, cap. I, párrs. 64 a 67). Cuando una solicitud conjunta sea presentada por un acreedor, ésta se notificará a los miembros del grupo que sean objeto de la solicitud de conformidad con el apartado *a)* de la recomendación 19. Cuando sea presentada por empresas del grupo, no se exigirá que se dé notificación de esa solicitud a los acreedores y a otros interesados mientras no se inicien las actuaciones abiertas a raíz de esa solicitud, de conformidad con la recomendación 22.

Recomendaciones 199 a 201

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas a la solicitud conjunta²³ de apertura de procedimientos de insolvencia con respecto a dos o más empresas de un grupo tienen por objeto:

- a)* Facilitar el examen coordinado de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia presentada respecto de esas dos o más empresas del grupo;
- b)* Habilitar al tribunal para obtener información acerca del grupo de empresas que facilite la determinación de si procede o no decretar la apertura de un procedimiento de insolvencia respecto de cada una de esas empresas del grupo;
- c)* Promover la eficiencia y reducir los gastos de apertura de esos procedimientos, y
- d)* Ofrecer un mecanismo²⁴ que facilite al tribunal la determinación de si procede o no coordinar esos procedimientos.

Contenido de las disposiciones legislativas

Solicitud conjunta de apertura de procedimientos de insolvencia
(párrafos 8 y 9)

199. El régimen de la insolvencia tal vez especifique que se podrá presentar una solicitud conjunta de apertura de procedimientos de insolvencia

²³Una solicitud conjunta de apertura no afecta a la identidad propia de cada empresa del grupo incluida en la solicitud; cada empresa sigue siendo una entidad separada y distinta.

²⁴Una solicitud conjunta no es un requisito previo para la coordinación procesal, pero puede facilitar la decisión del tribunal en cuanto a decretar o no la coordinación de los procedimientos.

respecto de dos o más miembros de un grupo de empresas, cada uno de los cuales deberá satisfacer las condiciones exigibles para la apertura de un procedimiento²⁵.

Personas legitimadas para presentar una solicitud conjunta (párrafo 16)

200. [Cuando el régimen de la insolvencia prevea la solicitud conjunta, conforme a lo indicado en la recomendación 199], el régimen de la insolvencia debería especificar que podrán presentar una solicitud conjunta:

- a) Dos o más empresas de un grupo, siempre que cada una de ellas satisfaga las condiciones de apertura aplicables de acuerdo con la recomendación 15; o
- b) Un solo acreedor, a condición de que:
 - i) sea acreedor de cada una de las empresas del grupo que se incluirá en la solicitud;
 - ii) Cada una de esas empresas satisfaga el requisito de apertura enunciado en la recomendación 16.

Tribunales competentes (párrafos 17 a 20)

201. A los efectos de la recomendación 13, las palabras “para abrir y sustanciar procedimientos de insolvencia, así como para conocer de las cuestiones que se planteen en el curso de las actuaciones” se refieren también a una solicitud conjunta de apertura de procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un grupo²⁶.

2. Coordinación procesal

a) Finalidad de la coordinación procesal

22. La coordinación procesal tiene por objeto aumentar la eficiencia de las actuaciones y ahorrar gastos y puede facilitar no sólo la obtención de información completa sobre las operaciones comerciales de las empresas del grupo sujetas a un procedimiento de insolvencia, sino también la valoración

²⁵Véase *supra* la recomendación 15, concerniente a la solicitud de apertura presentada por un deudor, y la recomendación 16, concerniente a la solicitud de apertura presentada por un acreedor (*Guía Legislativa de la CNUDMI*, segunda parte, cap. I).

²⁶En la recomendación 13 se establece lo siguiente: “El régimen de la insolvencia debería indicar claramente (o remitir a la regla de derecho pertinente que establezca) el tribunal competente para abrir y sustanciar procedimientos de insolvencia, así como para conocer de las cuestiones que se planteen en el transcurso de ellos” (*Guía Legislativa de la CNUDMI*, segunda parte, cap. I). Los criterios que podrían ser pertinentes para determinar el tribunal competente se examinan en el comentario, véase el párrafo 18 *supra*.

de los bienes y la identificación de los acreedores y de otras partes con intereses jurídicamente reconocidos, así como evitar la duplicación de esfuerzos. El concepto de coordinación procesal se refiere a lo que, en la práctica, pueden ser diversos grados de coordinación en cuanto a la sustanciación de las actuaciones o a la administración de las masas de la insolvencia de varios procedimientos entablados respecto de dos o más miembros de un grupo de empresas en los que tal vez intervenga más de un tribunal. Aunque se vayan a administrar de forma coordinada, deberán mantenerse separados los patrimonios de cada empresa del grupo sujeta a coordinación procesal, a fin de preservar la identidad e integridad de cada empresa, sin menoscabar los derechos sustantivos de los acreedores. De eso se deduce que los efectos de la coordinación procesal se circunscriben a los aspectos administrativos de la insolvencia y no conciernen a las cuestiones jurídicas de fondo. Por lo general, será el tribunal el que determine, en cada caso, el alcance de un mandamiento de coordinación procesal.

23. El mandamiento de coordinación procesal podrá racionalizar de diversos modos las actuaciones: facilitando el intercambio de información para obtener una evaluación más completa de la situación de los diversos deudores; combinando audiencias y reuniones; preparando una sola lista de acreedores y demás interesados que deban ser notificados, a efectos de coordinar el envío de las notificaciones; fijando plazos comunes; concertando la presentación conjunta de los créditos y la realización o venta coordinada de los bienes; coordinando los procedimientos de impugnación de ciertos actos; y celebrando juntas generales de acreedores o coordinando la actuación de las juntas. Tal vez se facilite esa racionalización nombrando a un único o mismo representante de la insolvencia para todos los procedimientos o garantizando la coordinación entre esos representantes cuando se nombre más de uno (véanse los párrafos 139 y 140 *infra*). También puede entrañar cooperación entre dos o más tribunales o, cuando lo permita el derecho interno, trasladando las actuaciones concernientes a las empresas de un mismo grupo a un solo tribunal.

24. Cuando intervengan dos o más tribunales, la cooperación entre ellos podría incluir, por ejemplo, la coordinación de la celebración de audiencias y el intercambio y la divulgación de información. Como se observa más adelante con respecto a la cooperación transfronteriza (véase el capítulo III, párrs. 38 a 40), la coordinación de las audiencias puede promover considerablemente la eficiencia de los procedimientos de insolvencia paralelos que se abran respecto de las empresas de un grupo, al servir para reunir a los interesados para debatir y resolver cuestiones pendientes o posibles conflictos, evitando así negociaciones prolongadas y las demoras resultantes. Estas audiencias implicarían por lo general que dos o más tribunales celebraran audiencias al mismo tiempo, adoptando medidas para asegurar la comunicación simultánea

de modo que las partes puedan por lo menos oír y de preferencia ver los procedimientos en cada tribunal. Esas audiencias pueden resultar más convenientes para organizar tales audiencias a nivel interno, dado que normalmente no se presentarán los problemas planteados por diferentes idiomas, husos horarios, leyes, procedimientos y tradiciones judiciales que pueden ocurrir en el contexto transfronterizo. No obstante, al igual que en el contexto internacional, la realización de tales audiencias podría requerir la utilización de procedimientos comunes y el acuerdo, por ejemplo, en lo referente a la manera de abordar la presentación de documentos y de información entre diferentes tribunales.

25. Hay diversos factores que cabría considerar en cada caso para determinar si corresponde decretar la coordinación procesal, por ejemplo, todo lo relacionado con la información incluida en la solicitud a efectos de sustanciar la existencia del grupo y determinar los vínculos entre sus miembros, incluida la posición de cada uno de ellos en el grupo, en particular cuando uno de los miembros sea la sociedad matriz. Si bien, en casos en que los acreedores estén legitimados para solicitar la coordinación procesal, tal vez parezca oneroso exigir tanto detalle, es esencial que, para poder solicitar la coordinación, los deudores afectados sean miembros de un mismo grupo y que la coordinación procesal redunde en provecho de la sustanciación de las actuaciones y de la administración de la insolvencia. El tribunal deberá, por ello, estar convencido de que existen esos vínculos al determinar si procede decretar la apertura de un procedimiento y la coordinación procesal.

b) Participación de los acreedores

26. En la segunda parte (cap. III, párrs. 99 a 114) se analiza la participación de acreedores en procedimientos de insolvencia y, en particular, la formación de comités de acreedores. Las consideraciones examinadas serían también aplicables en el contexto de procedimientos de insolvencia entablados respecto de empresas pertenecientes a un grupo. Con respecto a esos procedimientos, es posible que los intereses de los acreedores de los diferentes miembros del grupo sean divergentes y no puedan estar representados en un solo comité o junta. No obstante, en los casos en que la coordinación procesal afecte a muchas empresas de un grupo, establecer un comité de acreedores para cada miembro por separado podría resultar sumamente costoso e ineficiente para la administración de los procedimientos. Por esa razón, en algunos Estados los tribunales pueden decidir no establecer un comité para cada entidad del grupo sujeta a insolvencia en determinadas circunstancias. Esas circunstancias pueden darse cuando los intereses de los acreedores de las diferentes empresas del grupo no difieran y puedan ajustarse y quedar debidamente protegidos por un único comité o cuando las empresas

afectadas del grupo tengan acreedores comunes. La conveniencia de formar un único comité puede depender también de si los acreedores pueden participar en los procedimientos de insolvencia en virtud del régimen de la insolvencia aplicable (véase la segunda parte, cap. III, párrs. 75 a 87) y de si esa participación puede verse facilitada por un comité de acreedores (véase la segunda parte, cap. III, párrs. 99 a 114). Cuando no sea apropiado establecer un único comité de acreedores, convendrá facilitar la coordinación entre los diversos comités en los distintos procedimientos.

c) Momento de presentar la solicitud

27. Las ventajas que entraña la coordinación procesal pueden ponerse de manifiesto en el momento de presentar una solicitud de apertura o surgir después de que se haya abierto el procedimiento. Es, por ello, conveniente que un régimen de la insolvencia adopte un enfoque flexible en lo que respecta al momento de presentar la solicitud de coordinación procesal. Por consiguiente, la solicitud podrá presentarse al mismo tiempo que la solicitud de apertura del procedimiento o posteriormente. No obstante, dado que el objetivo de la coordinación procesal es coordinar la administración de múltiples procedimientos, la viabilidad de presentar una solicitud en una etapa más avanzada de los procedimientos se vería limitada, en la práctica, por la utilidad de proceder de esa forma. En otras palabras, no se lograrían demasiadas ventajas al procurar coordinar procedimientos que están a punto de concluir. Por ello mismo, el momento en que alguna otra empresa del grupo pase a ser insolvente será lo que determine si cabe o no agregarla a un mandamiento de coordinación procesal existente.

28. Un régimen de la insolvencia podría adoptar el criterio de fijar una fecha límite para solicitar la coordinación procesal, a fin de ofrecer cierto grado de certidumbre. No obstante, como suele ocurrir con toda consideración relativa a la necesidad de una fecha límite, las ventajas de fijar ese límite deberán ser sopesadas frente a las posibles desventajas de la inflexibilidad resultante del mismo y de la necesidad de garantizar que esa fecha límite sea debidamente observada (véase la segunda parte, cap. I, párr. 60).

d) Personas legitimadas para presentar una solicitud de coordinación procesal

29. Sería conveniente que la coordinación procesal resulte lo más accesible posible y que quede a discreción del tribunal el considerar si la coordinación de los diversos procedimientos favorecería su administración. El tribunal podrá considerar si procede ordenar de oficio la coordinación procesal,

particularmente en casos en los que se haya determinado que recurrir a la coordinación procesal sería provechoso para el grupo de empresas y facilitaría la administración de la insolvencia, pero ninguna parte legitimada para solicitarla lo haya hecho. El tribunal también podrá ordenar la coordinación procesal a instancia de las partes habilitadas para solicitarla, a saber, toda empresa del grupo que esté sujeta a un procedimiento de insolvencia, el representante de la insolvencia de uno de los miembros del grupo, que por lo general poseería la información más importante para hacerlo, o un acreedor.

30. Tratándose de solicitudes de coordinación emanadas de los acreedores, tal vez no proceda aplicar los límites por concepto de su legitimación para presentarla que se aplican respecto de una solicitud conjunta de apertura de un procedimiento de insolvencia (recomendación 200 *b*) i)). En los casos en los que se solicite la coordinación procesal al presentarse la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, la cuestión de la apertura y la de la coordinación procesal deberán ser tratadas por separado, dado que las condiciones que se han de dar para poder admitir una u otra solicitud suelen ser distintas. Una vez abierto el procedimiento, no hay razón alguna para limitar la facultad de solicitar la coordinación procesal a los acreedores que sean acreedores de los miembros que vayan a coordinarse, especialmente ya que la coordinación procesal pretende beneficiar a la sustanciación y administración de las actuaciones. También pueden presentar una solicitud los acreedores de otras empresas del grupo; la decisión de dictar un mandamiento de coordinación procesal no debería estar supeditada a la situación del acreedor que la solicita.

e) Tribunales competentes

31. La coordinación procesal puede también suscitar los problemas jurisdiccionales anteriormente señalados respecto de una solicitud conjunta de apertura (véanse los párrafos 17 y 18 *supra*) cuando diversos foros sean competentes para conocer de la insolvencia de las distintas empresas del grupo sujetas a un procedimiento. Cuando surjan problemas de esa índole, lo habitual será resolverlos por remisión al derecho procesal interno. En algunos Estados, cabrá consolidar los diversos procedimientos o remitirlos a un solo foro, por ejemplo, el que sea competente para administrar la insolvencia de la sociedad matriz de un grupo. Cabrá también remitirse, para determinar el foro competente, a diversos otros criterios, como, por ejemplo, el orden cronológico de las solicitudes presentadas, la magnitud del endeudamiento de una empresa o la ubicación del centro de control del grupo. Un factor clave para unificar las actuaciones o trasladarlas a un solo foro sería poner en contacto a los tribunales competentes antes de proceder a ese traslado. Cabe también que los acreedores de los diversos miembros del

grupo se encuentren en distintos lugares, lo que suscitaría cuestiones de representación en las juntas de acreedores y de determinación del lugar de reunión. Cuando las actuaciones no puedan consolidarse ni trasladarse a un único tribunal, deberá haber coordinación entre los tribunales competentes a fin de que se cumpla el objetivo de la coordinación procesal.

32. Si bien estas cuestiones tal vez no dependan del régimen de la insolvencia, convendría (véase el párrafo 19) enfocarlo con arreglo al criterio de la recomendación 13. Para eso, convendría que el régimen de la insolvencia indique con claridad cuál es el foro competente para conocer de una solicitud de coordinación procesal o se remita a la ley aplicable para determinarlo.

f) Notificación con respecto a la coordinación procesal

33. Cabe que la solicitud de coordinación procesal esté sujeta a los mismos requisitos en materia de notificación que la solicitud de apertura de un procedimiento (véanse las recomendaciones 19 y 22 a 24 y la segunda parte, cap. I, párrs. 64 a 68). Cuando una y otra solicitud se presenten al mismo tiempo, sólo la solicitud de coordinación procesal presentada por los acreedores habrá de ser notificada a todo deudor afectado, conforme a lo indicado en la recomendación 19.

34. A tenor de las recomendaciones 23 y 24, no será necesario que se dé aviso a los acreedores de una solicitud presentada en ese momento por empresas del mismo grupo, pero cabría incluir en la notificación de apertura de un procedimiento información pertinente, como pudiera ser el contenido o las consecuencias del mandamiento.

35. Cuando la solicitud de coordinación procesal se presente después de la apertura del procedimiento, tal vez convenga notificarlo a los acreedores, sin perjuicio de que la coordinación procesal no afecta a los derechos sustantivos de los acreedores. La notificación puede resultar particularmente importante cuando la ley prevea, como se señaló anteriormente, la remisión a un solo tribunal o la sustanciación en un solo tribunal de las causas iniciadas en diferentes jurisdicciones y esa remisión pueda afectar a aspectos procesales del procedimiento que sean de interés para los acreedores, entre ellos, el lugar de celebración de las reuniones de un comité de acreedores o el lugar de presentación de los créditos.

36. La notificación exigible podrá darse a todos los acreedores mediante notificación colectiva, insertando, por ejemplo, cuando el derecho interno lo permita, un aviso en determinada publicación jurídica, y deberá darse siempre que proceda, por ejemplo, si existe un gran número de acreedores (véase la segunda parte, cap. I, párrs. 69 y 70). Además de la información

requerida en las ya citadas recomendaciones relativas a la notificación de apertura (recomendación 25 y segunda parte, cap. I, párr 71), en la del mandamiento de coordinación procesal podrían figurar los términos del mandamiento emitido y datos relativos a la coordinación de las audiencias y reuniones y toda medida que deba adoptarse respecto de la financiación posterior a la apertura.

g) Modificación o revocación de un mandamiento de coordinación procesal

37. Habida cuenta de que la coordinación procesal tiene por objeto mejorar la eficiencia de las actuaciones y ahorrar gastos, el régimen de la insolvencia podría prever que cabrá modificar o revocar el mandamiento de coordinación siempre que las circunstancias lo justifiquen. Esa posibilidad sería conveniente, por ejemplo, cuando una reorganización coordinada no esté dando resultado y se haya de proceder a la liquidación de cada empresa del grupo por separado. Aunque la revocación de esa orden sea rara vez necesaria, debería ser posible, ya que el mandamiento inicial no tiene por objeto afectar a derechos sustantivos. A título de salvaguardia, el régimen de la insolvencia podría prever la posibilidad de revocar o modificar el mandamiento, siempre y cuando ello se haga sin perjuicio de todo derecho o ventaja que haya reportado la aplicación inicial del mandamiento.

Recomendaciones 202 a 210

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas a la coordinación procesal de los procedimientos de insolvencia abiertos respecto de dos o más empresas de un grupo tienen por objeto:

- a)* Facilitar la sustanciación coordinada de esos procedimientos, respetando la identidad jurídica propia de cada empresa del grupo; y
- b)* Racionalizar los gastos y elevar la tasa de reembolso de sus préstamos a los acreedores.

Contenido de las disposiciones legislativas

Coordinación procesal de dos o más procedimientos de insolvencia (párrafos 22 a 25)

202. El régimen de la insolvencia debería especificar que la sustanciación de los procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un grupo podrá ser coordinada para fines procesales.

Recomendaciones 202 a 210 (continuación)

203. El régimen de la insolvencia debería disponer que el tribunal²⁷ podrá, si así lo solicita una persona legitimada para presentar una solicitud a tenor de la recomendación 206 u obrando a iniciativa propia, decretar la coordinación procesal.

204. La coordinación procesal podrá consistir, por ejemplo, en el nombramiento de un único o mismo representante de la insolvencia; en medidas de cooperación judicial como sería, por ejemplo, la coordinación de las audiencias; en medidas de cooperación entre los representantes de la insolvencia como sería, por ejemplo, el intercambio de información y la coordinación de las negociaciones; en el envío conjunto de las notificaciones; en la coordinación de los procedimientos para la presentación y verificación de los créditos, y en la coordinación de los procedimientos de impugnación. El tribunal debería especificar el alcance de la coordinación procesal decretada.

Solicitudes de coordinación procesal

- Momento de presentar la solicitud (párrafos 27 y 28)

205. El régimen de la insolvencia debería especificar que la solicitud de coordinación procesal podrá presentarse al mismo tiempo que se presente una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia o en todo momento posterior²⁸.

- Personas legitimadas para solicitar la coordinación procesal (párrafos 29 y 30)

206. El régimen de la insolvencia debería especificar que la solicitud de coordinación procesal podrá ser presentada por:

- a) Una empresa de todo grupo que sea objeto de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia o esté sujeta a un procedimiento de esa índole;
- b) El representante de la insolvencia de una empresa del grupo; o
- c) Un acreedor²⁹ de una empresa de un grupo respecto de la que se haya presentado una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia o que sea objeto de un procedimiento ya abierto.

²⁷La coordinación puede abarcar diferentes tribunales competentes con respecto a distintas empresas de un mismo grupo o a un único tribunal que sea competente respecto de diversos procedimientos de insolvencia relacionados con empresas del mismo grupo. Por consiguiente, un mandamiento de coordinación procesal puede requerir la adopción de medidas por parte de más de un tribunal.

²⁸La posibilidad de ordenar una coordinación procesal en una etapa avanzada de las actuaciones se analiza en el comentario; véase el párrafo 27 *supra*.

²⁹Para poder solicitar la coordinación procesal no será preciso que un acreedor lo sea de todas las empresas del grupo que sean objeto de su solicitud de coordinación procesal.

Coordinación del examen de una solicitud de coordinación (párrafo 31)

207. El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal³⁰ podrá tomar medidas apropiadas para coordinar, con todo otro foro competente, el examen de una solicitud de coordinación procesal de los procedimientos de insolvencia abiertos respecto de dos o más empresas de un grupo. Esas medidas podrán dar lugar, por ejemplo, a la coordinación de los procedimientos o de las audiencias, o al intercambio y la revelación de información.

Modificación o revocación de un mandamiento de coordinación (párrafo 37)

208. El régimen de la insolvencia debería especificar que podrá modificarse o revocarse todo mandamiento de coordinación procesal, siempre y cuando ninguna medida o decisión ya adoptada a raíz de dicho mandamiento se vea afectada por su modificación o revocación. Cuando la coordinación procesal haya sido decretada por más de un tribunal, esos tribunales podrán tomar medidas apropiadas para coordinar la modificación o revocación del mandamiento de coordinación.

Tribunales competentes (párrafos 31 y 32)

209. A los efectos de la recomendación 13, las palabras “para abrir y sustanciar procedimientos de insolvencia, así como para conocer de las cuestiones que se planteen en el curso de las actuaciones” se refieren también a las solicitudes y los mandamientos de coordinación procesal de los procedimientos abiertos respecto de dos o más empresas de un grupo³¹.

Notificación de la coordinación procesal (párrafos 33 a 36)

210. El régimen de la insolvencia debería definir reglas para la notificación de las solicitudes y los mandamientos de coordinación procesal y para su modificación o revocación eventual, precisando, por ejemplo, el alcance de la coordinación ordenada, las partes a quienes se haya de notificar y quién habrá de hacerlo, y el contenido de la notificación.

³⁰Véase la nota de pie de página correspondiente a la recomendación 203.

³¹Los criterios que podrían ser pertinentes para determinar el tribunal competente se analizan en el párrafo 18 *supra*.

C. Trato otorgable a los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia

38. Los modos en que la apertura de procedimientos de insolvencia afectan al deudor y a sus bienes se analizan en detalle *supra* (véase la segunda parte, cap. II). En general, esos efectos se producirían igualmente al abrirse procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un mismo grupo. A continuación se examinan algunos de los efectos que pueden ser distintos en el contexto de un grupo de empresas, concretamente en lo relativo a la protección y conservación de la masa de la insolvencia; la financiación posterior a la apertura; la anulación; la subordinación; y las soluciones o remedios, como las órdenes de consolidación patrimonial.

1. Protección y preservación de la masa de la insolvencia

a) Extensión de la paralización a una empresa solvente de un grupo

39. Como se observó en la segunda parte (capítulo II, párrafo 26), muchos regímenes de la insolvencia han previsto un mecanismo para proteger el valor de la masa de la insolvencia que no sólo impide que los acreedores puedan interponer demandas para obtener la ejecución de sus derechos por vía judicial durante una parte o la totalidad del procedimiento de insolvencia, sino que también paraliza las acciones que ya se hayan entablado contra el deudor. Las recomendaciones referentes a la aplicación de ese mecanismo, denominado “paralización”, serían generalmente aplicables en el caso de procedimientos de insolvencia abiertos respecto de dos o más empresas de un grupo de sociedades (véanse las recomendaciones 39 a 51).

40. Una cuestión que podría plantearse en el contexto de la insolvencia de grupos de empresas, pero no en el caso de deudores no vinculados entre sí, es la de la posibilidad de hacer extensiva la paralización a una empresa del grupo que no esté sujeta al procedimiento de insolvencia (cuando el régimen de la insolvencia permita que una empresa solvente del grupo quede incluida en el procedimiento, esta cuestión no se planteará). Tal cuestión puede revestir especial importancia para los grupos de empresas a causa de los vínculos existentes entre los negocios de un grupo. Por ejemplo, cuando la financiación de un grupo se organice mediante un sistema de garantías recíprocas reales o de otra índole, los fondos que se den a una empresa de un grupo podrían incidir en las obligaciones o responsabilidades de otra, o las acciones que se interpongan respecto de los bienes de alguna empresa solvente del grupo pueden afectar igualmente a los bienes o a las obligaciones de los miembros del grupo respecto de los cuales se hayan presentado solicitudes

de apertura de un procedimiento de insolvencia o respecto de los cuales el procedimiento se halle en curso, o pueden incluso minar su capacidad para mantener el giro ordinario de los negocios.

41. Esta extensión del alcance de la paralización para incluir a un miembro solvente podría solicitarse en determinadas situaciones, por ejemplo, para proteger una garantía interna del grupo que se basara en los bienes de la empresa solvente del grupo que diera la garantía; para impedir que un prestamista hiciera ejecutar un acuerdo contra una empresa solvente del grupo, cuando la ejecución del acuerdo pudiera afectar a la responsabilidad de otra empresa contra la que se hubiera presentado una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia; y para impedir que se ejecutara una garantía real sobre los bienes de un miembro solvente que fueran vitales para la actividad mercantil del grupo, inclusive para la de las empresas del grupo contra las que se hubiera presentado una solicitud de apertura de un procedimiento. La extensión del alcance de la paralización en estos casos podría afectar a los negocios de la empresa solvente y a los intereses de sus acreedores, según la naturaleza de la empresa solvente y la función que desempeñara en la estructura del grupo. Por ejemplo, las actividades cotidianas de una empresa comercial del grupo podrían verse más perjudicadas que las de un miembro del grupo establecido para tener en su posesión determinados bienes o para cumplir determinadas obligaciones.

42. En algunos Estados, tal vez no resulte posible dictar medidas compensatorias o cautelares relacionadas con la insolvencia respecto de una empresa solvente de un grupo (que no esté incluida en el procedimiento de insolvencia), pues podrían entrar en conflicto, por ejemplo, con la protección de los derechos de propiedad o plantear problemas sobre derechos constitucionales. No obstante, podría obtenerse el mismo resultado si un tribunal pudiera dictar medidas cautelares paralelamente a la apertura de un procedimiento de insolvencia entablado respecto de otras empresas de ese grupo en determinados casos, como por ejemplo cuando existiera una garantía interna entre las empresas del grupo. El tribunal puede dictar las medidas a su discreción, supeditándolas a las condiciones que el propio tribunal estime apropiadas.

43. Esas medidas podrían quedar abarcadas por la recomendación 48, que dispone que el tribunal podrá conceder otras limitaciones, además de las que sean aplicables automáticamente al abrirse el procedimiento de insolvencia (como se enuncia en la recomendación 46). Tal como se señala en la nota de pie de página correspondiente a la recomendación 48, las medidas suplementarias otorgables dependerán de los tipos de medidas previstas en cada ordenamiento jurídico, así como de las medidas que resulten más adecuadas en un determinado procedimiento de insolvencia.

44. También cabría dictar medidas cautelares provisionalmente. En la recomendación 39 se tratan las exenciones de carácter provisional y se enumeran los tipos de exención que podrían otorgarse “a petición del deudor, de los acreedores o de terceros, si tal exención es necesaria para proteger y preservar el valor de los bienes del deudor o los intereses de los acreedores entre el momento de la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y el de la apertura en sí”.

45. En las recomendaciones pertinentes que figuran en el capítulo II de la segunda parte se regula también la protección de los intereses de los acreedores, tanto garantizados como ordinarios, de la empresa solvente del grupo. En las recomendaciones 50 y 51, por ejemplo, se abordan específicamente la cuestión de la protección de los acreedores garantizados y los motivos para la exención de la paralización aplicable en el momento de la apertura, que podría hacerse extensiva a los acreedores garantizados de la empresa solvente del grupo. Otros motivos para conceder la exención de la paralización podrían ser el estado financiero de la empresa solvente y el efecto continuo que tendría la paralización en sus operaciones cotidianas y, potencialmente, en su solvencia.

46. Cuando un acreedor garantizado sea al mismo tiempo un miembro del mismo grupo de empresas, del que son miembros el deudor o los deudores, podría requerirse un enfoque diferente de la protección, especialmente cuando el régimen de la insolvencia permita la consolidación patrimonial o la subordinación de los créditos de personas allegadas (véanse los párrafos 84 a 88 *infra*).

b) Financiación posterior a la presentación de una solicitud

47. En el examen de la financiación posterior a la apertura que figura en el capítulo II de la segunda parte se reconoce que el hecho de que la empresa del deudor siga funcionando después de la apertura del procedimiento de insolvencia es fundamental para la reorganización, y también es importante en caso de liquidación cuando la empresa vaya a venderse como negocio en marcha. Para que la empresa pueda seguir funcionando, el deudor debe tener acceso a una financiación que le permita seguir sufragando el pago de los bienes y servicios esenciales, como los costos de personal, los seguros, los alquileres, el mantenimiento de contratos y otros gastos de explotación, así como los costos que entrañe la conservación del valor de los bienes.

48. La misma necesidad de financiación puede presentarse también en el período comprendido entre la presentación de una solicitud de apertura de

un procedimiento de insolvencia y la apertura de dicho procedimiento (se trata de la denominada financiación posterior a la solicitud). Cuando un miembro de un grupo de empresas cae en la insolvencia y presenta una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, esa solicitud a menudo desencadena el incumplimiento de lo pactado en los acuerdos de préstamo existentes, habilitando al prestamista a dejar de adelantar los fondos previstos en dichos acuerdos. Cuando un régimen de la insolvencia no prevé la apertura automática de un procedimiento al ser éste solicitado, a menudo puede transcurrir un período de varios meses entre la presentación de la solicitud y la apertura del procedimiento, intervalo durante el cual los tribunales deben hacer una evaluación independiente acerca de si los deudores que figuran en la solicitud cumplen los requisitos legislativos para abrir un procedimiento. No obstante, para que el miembro del grupo pueda seguir funcionando mientras se toma esa decisión, es necesario que pueda seguir administrando el negocio, remunerando a sus empleados, pagando a sus proveedores y llevando adelante sus actividades cotidianas en general. La posibilidad o la imposibilidad de obtener esos fondos durante ese intervalo puede ser un factor decisivo o influir mucho en lo que respecta a determinar si la reorganización será una opción viable o si habrá que recurrir a la liquidación. Cuando el negocio de la empresa insolvente del grupo guarde una estrecha relación con el de otras empresas del grupo, su habilitación para seguir funcionando pudiera afectar a la solvencia de otras empresas del grupo y, según cuál sea el lugar que ocupe en la jerarquía del grupo, a la del propio grupo en cuanto tal.

49. Como se observó en la segunda parte (capítulo II, párrafo 96), en ausencia de un tratamiento habilitante o esclarecedor en el régimen de la insolvencia, el suministro de financiación en este período anterior a la apertura del procedimiento de insolvencia puede plantear preguntas difíciles relativas a la aplicación de facultades de impugnación y a la responsabilidad tanto del prestamista como del deudor. Algunos regímenes de la insolvencia disponen, por ejemplo, que cuando un prestamista adelanta fondos a un deudor insolvente durante el período previo a la apertura de un procedimiento, el prestamista podrá ser tenido por responsable de cualquier incremento de las deudas de otros acreedores, o el anticipo por él otorgado podrá ser objeto, en cuanto operación preferente, de impugnación judicial.

50. La existencia, en el régimen de la insolvencia, de una disposición que permita obtener financiación durante el período que media entre la presentación de una solicitud y la apertura del procedimiento proporcionaría la autorización necesaria y daría a todo prestamista existente o nuevo la seguridad y el incentivo necesarios para proporcionar fondos adicionales que cubran las necesidades de ese período.

51. Como ya se indicó en el párrafo 44 *supra*, la recomendación 39 permite que el tribunal dicte medidas cautelares para preservar los bienes del deudor antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia. Dado que dichas medidas podrían incluir la autorización de la financiación posterior a la solicitud, debería considerarse que la concesión de esa financiación entra en el ámbito de lo dispuesto en la recomendación 39.

2. *Uso y enajenación de bienes*

52. Se ha observado en la segunda parte (capítulo II, párrafo 74) que aun cuando, como principio general, es conveniente que el régimen de la insolvencia no menoscabe indebidamente el derecho de propiedad de terceros ni los intereses de los acreedores garantizados, en los procedimientos de insolvencia será a menudo necesario seguir usando los bienes de la masa de la insolvencia y los bienes en posesión del deudor utilizados en su empresa, o poder disponer de ellos (incluso gravándolos) para cumplir con el objetivo de cada procedimiento.

53. Cuando el procedimiento de insolvencia afecte a dos o más empresas de un grupo, pueden plantearse problemas en el uso de los bienes que sean propiedad de una empresa solvente del mismo grupo para apoyar las operaciones en curso de las empresas insolventes en espera de que se resuelva el procedimiento entablado contra éstas. Cuando esos bienes estén en posesión de una de las empresas insolventes del grupo, la recomendación 54, que regula la utilización de bienes que sean propiedad de terceros y estén en posesión del deudor, puede resultar suficiente.

54. Cuando esos bienes no estén en posesión de ninguna de las empresas insolventes del grupo, en general no se aplicará la recomendación 54. Sin embargo, puede haber circunstancias en que la empresa solvente del grupo que está en posesión de los bienes quede incluida en el procedimiento de insolvencia o que las disposiciones de un plan de reorganización de un grupo abarquen los bienes (véase el párrafo 152 *infra* para un examen de la inclusión de una empresa solvente de un grupo en un plan de reorganización). Cuando la empresa solvente del grupo no esté incluida en el procedimiento, se planteará la cuestión de si esos bienes podrán utilizarse para apoyar a las empresas insolventes del grupo y, en caso afirmativo, a qué condiciones estaría sujeta dicha utilización. El uso de esos bienes podría suscitar impugnaciones con fines de anulación, en particular cuando la empresa que prestara apoyo cayera posteriormente en la insolvencia, y además tal utilización preocuparía a los acreedores de la empresa solvente.

3. *Financiación posterior a la apertura*

a) *Necesidad de financiación posterior a la apertura*

55. En el examen de la financiación posterior a la apertura que figura en el capítulo II de la segunda parte (véanse en particular los párrafos 94 y 95) se reconoce que el hecho de que la empresa del deudor siga funcionando después de la apertura del procedimiento de insolvencia es fundamental para la reorganización, y también es importante en caso de liquidación cuando la empresa vaya a venderse como negocio en marcha. Para que la empresa pueda seguir funcionando, el deudor debe tener acceso a una financiación que le permita seguir sufragando el pago de los bienes y servicios esenciales, como los costos de personal, los seguros, los alquileres, el mantenimiento de contratos y otros gastos de explotación, así como los costos que entrañe la conservación del valor de los bienes. También se puntualiza, sin embargo, que en varios ordenamientos se restringe la aportación de nuevos fondos en la insolvencia o no se regula expresamente la obtención de financiación suplementaria ni la prelación para su reembolso. Entre los ordenamientos que sí regulan la financiación posterior a la apertura, muy pocos, o ninguno de ellos, abordan en concreto la cuestión en el contexto de los grupos de empresas.

56. La financiación posterior a la apertura puede revestir, en el contexto de un grupo de empresas, una importancia aun mayor que en el contexto de los procedimientos de insolvencia que afectan a una única empresa. Si no hay circulación de fondos, serán muy escasas las perspectivas de reorganización de un grupo insolvente de empresas; también serán escasas las posibilidades de vender la totalidad o varias partes del grupo como negocio en marcha. El fracaso de tal intento puede tener consecuencias económicas de mucho mayor envergadura que en el caso de un único deudor, especialmente si se trata de grandes grupos de empresas. Por consiguiente, los motivos para promover la oferta de financiación tras la apertura en el contexto de un grupo de empresas son similares a los que justifican el otorgamiento de tal financiación a un único deudor, aunque es probable que, tratándose de un grupo de empresas, se plantee toda una serie de problemas distintos, por ejemplo, la compaginación de los intereses de cada empresa de un grupo con los requisitos para la reorganización de todo el grupo; la concesión, por parte de empresas solventes del grupo, de financiación posterior a la apertura, especialmente en los casos en que puedan plantearse cuestiones de control (como cuando esa empresa solvente esté controlada por la empresa matriz, insolvente, del grupo); el trato otorgable a las operaciones concertadas entre empresas del grupo que mantengan entre sí alguna relación personal (véase el glosario principal, párr. 12 jj)); la aportación de fondos por empresas del grupo que sean objeto de un procedimiento de insolvencia; y

la conveniencia de que, en el curso del procedimiento de insolvencia, se mantenga la estructura financiera del grupo previa a la declaración de insolvencia, particularmente si esa estructura entraña la pignoración de todos los bienes del grupo para obtener financiación canalizada por alguna entidad central del grupo encargada de funciones de tesorería.

57. El recurso a la financiación posterior a la apertura en el marco de un grupo obligará a considerar su conveniencia y sus repercusiones no sólo respecto de la empresa receptora de los fondos, sino también respecto de toda empresa del grupo que aporte fondos o que facilite su obtención otorgando alguna fianza o garantía real para dicho fin. Cuando dicho examen requiera la intervención de dos o más representantes de la insolvencia, será indispensable concertar cierto grado de coordinación entre ellos. Si se ha nombrado a un único representante para administrar la insolvencia de varias empresas del grupo, será preciso examinar y resolver todo conflicto de intereses que pueda darse.

b) Fuentes de financiación posterior a la apertura en el contexto de un grupo

58. Como se observó en el párrafo 99 del capítulo II de la segunda parte, la financiación posterior a la apertura puede provenir de un número limitado de fuentes. En el contexto del grupo de empresas, esto podría incluir tanto fuentes externas al grupo como fuentes internas, y las fuentes internas podrían incluir tanto a miembros solventes del grupo como a miembros del grupo que ya están sujetos a procedimientos de insolvencia. Si bien algunos de los incentivos para proporcionar financiación posterior a la apertura podrían ser los mismos para los prestamistas internos y para los externos, los prestamistas internos podrían tener además el aliciente de su propia supervivencia cuando vayan a participar en una reorganización.

i) Financiación posterior a la apertura otorgada por un miembro solvente del grupo

59. Como ya se ha señalado, una de las cuestiones que se plantean respecto de la financiación tras la apertura en el contexto de un grupo de empresas es la de saber si pueden utilizarse los bienes de una empresa solvente del grupo, por ejemplo, como base directamente gravable o como aval financiero de una fianza, para obtener financiación de una fuente externa destinada a una empresa insolvente del grupo o para financiar directamente a dicha empresa y, en caso afirmativo, cuáles serían las consecuencias que ello tendría en el marco de las recomendaciones referentes a la prelación y a las garantías. Es posible que a una empresa solvente le interese la estabilidad

financiera de la empresa matriz, la de las demás empresas del grupo o la del grupo en su conjunto para asegurar su propia estabilidad financiera o la marcha de su negocio, en particular si está estrechamente integrada con ellas o depende de ellas para la marcha de su propio negocio. Ello puede suceder fácilmente, por ejemplo, en un grupo constituido al servicio de una integración vertical de la producción. Diversos tipos de entidades solventes, como pudiera ser una empresa para fines especiales, con un pasivo poco oneroso y un activo valioso, podrían intervenir de diversos modos para paliar la insolvencia de otras empresas del grupo, por ejemplo, otorgando una garantía real o una fianza como respaldo de algún nuevo crédito negociado para la empresa insolvente.

60. Ahora bien, la utilización de los bienes de una empresa solvente de un grupo de esa forma, concretamente cuando sea probable que esa empresa solvente del grupo caiga en la insolvencia o cuando esto llegue a producirse, puede plantear varios problemas. Si bien la empresa solvente podría proporcionar los fondos por iniciativa propia con arreglo al derecho de sociedades y al margen del régimen de la insolvencia, las consecuencias de esa aportación de fondos pueden estar reguladas en última instancia por el régimen de la insolvencia. Por ejemplo, pueden plantearse preguntas respecto a si un miembro solvente de un grupo de empresas tendría derecho a la prelación prevista en la recomendación 64 si diera financiación a una empresa insolvente del grupo; si el crédito dimanante de tal operación quedaría sujeto a un trato especial por haber tenido lugar entre personas allegadas conforme a la recomendación 184; o si una operación de esa índole se consideraría una operación preferente conforme a la recomendación 87, y por ello mismo impugnable, en todo procedimiento de insolvencia entablado posteriormente contra la empresa del grupo que hubiera aportado la financiación. En algunos ordenamientos, la aportación de tales fondos podría estar prohibida por equipararse a una transmisión de los bienes de una entidad solvente a una entidad insolvente en perjuicio de los acreedores y accionistas de la primera.

61. Algunas de las dificultades vinculadas a la aportación de fondos por una empresa solvente del grupo podrían resolverse si se abordaran en el contexto de un plan de reorganización en el que la empresa solvente del grupo y los proveedores externos de fondos pudieran participar contractualmente. No obstante, si bien podría haber situaciones en las que ese enfoque resultara apropiado, cabe suponer que, al requerir la aportación de fondos en una etapa temprana de un procedimiento ya abierto, rara vez será aplicable. En un procedimiento de reorganización, por ejemplo, es probable que se necesiten esos fondos antes de que pueda negociarse y aprobarse un plan. De irse a vender una empresa como negocio en marcha, no habría necesidad de ningún plan de reorganización, pero tal vez se necesiten fondos para mantener a la empresa en funcionamiento hasta su venta.

ii) *Financiación tras la apertura otorgada por una empresa insolvente del grupo*

62. La financiación posterior a la apertura otorgada por una empresa del grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia en beneficio de otra de las empresas que esté en la misma situación no se regula directamente en ninguna otra parte de la *Guía*. Tal vez sea necesario que en algunos de los regímenes existentes se aborden algunas de las prohibiciones generales relacionadas con la obtención y la concesión de fondos por parte de empresas insolventes, a fin de facilitar el otorgamiento de financiación tras la apertura en tal situación. Las razones que justifican estas prohibiciones serán probablemente aun más evidentes cuando tanto el prestamista como el prestatario no sólo sean insolventes y estén sujetos a procedimientos de insolvencia, sino que también sean miembros del mismo grupo de empresas. El contexto de grupo puede también dar lugar a dudas acerca de los deberes y obligaciones de los representantes de la insolvencia, cuando el representante de la insolvencia de una empresa insolvente del grupo trata de facilitar a otra empresa insolvente del grupo la financiación posterior a la apertura que el representante de la segunda empresa está intentando obtener o percibir. Para tales casos, sería conveniente que el régimen de la insolvencia regulara los deberes tanto del lado proveedor como del lado receptor de la financiación posterior a la apertura.

63. Si bien por lo general cabe esperar que una empresa insolvente de un grupo que esté sujeta a un procedimiento no estará en condiciones de adelantar fondos, tras la apertura, a otra empresa que esté en la misma situación ni de facilitar apoyo para la aportación de esos fondos, pueden darse circunstancias potencialmente limitadas en que esa financiación sea posible y también conveniente, en particular cuando se consideren los intereses del grupo de empresas en su conjunto. Habida cuenta de que la concesión de tales fondos puede repercutir en los derechos de los acreedores existentes, tanto garantizados como ordinarios, de ambas empresas insolventes del grupo, convendrá sopesar las ventajas de tal financiación frente a la posibilidad de que la preservación del valor de la empresa que se mantenga en marcha beneficie en última instancia a dichos acreedores. Conviene también evaluar las ventajas que entrañaría el sacrificio de una empresa del grupo en beneficio de las demás, con la posibilidad de que todas las empresas del grupo salgan globalmente beneficiadas. Aunque pueden plantearse dificultades para conseguirlo, el objetivo podría ser una distribución equitativa de todos los perjuicios que tal financiación tras la apertura pudiera causar a corto plazo con miras a beneficiarse a largo plazo, en vez de sacrificar a una de las empresas del grupo (y a sus acreedores) en beneficio de las demás empresas del grupo interesadas en la financiación posterior a la apertura.

c) Problemas que plantea, en el contexto de un grupo, la aportación y recepción de financiación posterior a la apertura, y su solución

64. Las recomendaciones 63 a 68 tienen por objeto promover la obtención de crédito para mantener en marcha la empresa del deudor, o asegurar su supervivencia y garantizar la debida protección de los proveedores de fondos después de la apertura, así como de otras partes cuyos derechos puedan verse afectados por esa aportación de fondos. En el contexto de un grupo de empresas, estas recomendaciones se aplicarían a la financiación posterior a la apertura de un procedimiento otorgada a una empresa del grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia por prestamistas ajenos al grupo y por empresas solventes del mismo grupo.

65. La recomendación 63 define las condiciones exigibles para la obtención de financiación posterior a la apertura (si el representante de la insolvencia determina que es indispensable para mantener en marcha o asegurar la supervivencia del negocio del deudor o para preservar o incrementar el valor de la masa) y para obtener su autorización (por el foro competente o los acreedores). Estos requisitos son también pertinentes en el contexto de los grupos de empresas, y, para eliminar dudas, debería entenderse que la recomendación 63 es también aplicable a una empresa del grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia que obtiene fondos, tras la apertura del procedimiento, ya sea de un prestamista externo o de una empresa solvente del mismo grupo. Lo que la recomendación 63 no regula es el caso de una empresa del grupo objeto de un procedimiento de insolvencia que aporta financiación posterior a la apertura directamente a otra empresa del grupo igualmente objeto de un procedimiento o facilita esa financiación otorgando una garantía real o saliendo como fiadora.

66. Para ajustarse a los requisitos de la recomendación 63 y aplicarlos a la empresa del grupo que aporta la financiación, podría ser conveniente exigir que el representante de la insolvencia de la empresa del grupo que aporta la financiación determine que será necesario obtener fondos tras la apertura para mantener en marcha la empresa del deudor o garantizar su supervivencia o para preservar o incrementar el valor de su masa. Un requisito adicional podría consistir en que los perjuicios que puedan sufrir los acreedores de la empresa del grupo que facilita la financiación sean contrarrestados por los beneficios que resultarán del otorgamiento de la financiación posterior a la apertura.

67. De conformidad con la recomendación 63, el régimen de la insolvencia también podría requerir la autorización previa del tribunal o de los acreedores de la empresa del grupo que proporciona la financiación para la concesión de crédito tras la apertura. Dado que la nueva financiación puede necesitarse

con bastante urgencia para mantener el negocio en marcha, es conveniente reducir al mínimo el número de autorizaciones requeridas. Las ventajas y los inconvenientes de las distintas consideraciones que habría que hacer con respecto a la autorización, y que también serían aplicables en el contexto de un grupo de empresas, se analizan en los párrafos 105 y 106 del capítulo II de la segunda parte. Cabe añadir que, como es probable que las cuestiones que deban determinarse sean más complejas en ese contexto por englobar a un mayor número de partes e implicar relaciones complejas entre ellas, lo más probable es que los representantes de la insolvencia de las empresas pertinentes del grupo sean las partes que estén en mejores condiciones para evaluar las consecuencias del acuerdo de financiación propuesto, del mismo modo que son también las personas más indicadas para determinar la necesidad de nueva financiación según la recomendación 63. No obstante, si se estima conveniente la intervención de los tribunales o de los acreedores, deberá tenerse presente que podrán producirse demoras cuando deba consultarse a un gran número de acreedores o cuando el tribunal no esté en condiciones de adoptar decisiones con celeridad.

d) Conflicto de intereses

68. La aportación de fondos en el contexto de un grupo plantea problemas relativos a los posibles perjuicios y conflictos de intereses que no se dan en el caso de un único deudor. Por ejemplo, existe un riesgo de conflicto de intereses cuando se sopesen los intereses del grupo en su conjunto frente a los intereses potencialmente diferentes del prestamista y del receptor de la financiación posterior a la apertura. Ese riesgo sería particularmente grave si se nombra a un único o al mismo representante para administrar las insolvencias de varias empresas de un grupo. El representante de la insolvencia de la empresa que aporte los fondos pudiera ser al mismo tiempo el representante de la insolvencia de la empresa que los reciba y tener el deber de determinar los intereses de cada empresa en particular y del grupo en cuanto tal. Esta situación puede resolverse de varias maneras en el régimen de la insolvencia, por ejemplo, exigiendo, como se sugiere en la recomendación 63, la aprobación del tribunal o de los acreedores en lo que respecta a la financiación posterior a la apertura o designando a uno o más representantes de la insolvencia adicionales para velar por la protección de los intereses de los acreedores de los diferentes miembros del grupo (véase el párrafo 144 *infra*). El nombramiento puede efectuarse por el tiempo requerido para resolver ese conflicto o, en términos más generales, por toda la duración del procedimiento.

69. También se plantea la cuestión de si se podría solicitar a una empresa insolvente del grupo que, como parte de los acuerdos financieros del grupo

en su conjunto, garantice la financiación proporcionada a un miembro solvente del grupo. Dado que es probable que otorgar esa garantía constituya un acto de disposición de los bienes de la empresa insolvente, también es probable que ese caso esté ya previsto en las recomendaciones relativas a esa cuestión (véanse recomendaciones 52 a 62).

e) Prelación de los préstamos otorgados con posterioridad a la apertura

70. En la recomendación 64 se especifica la necesidad de determinar la prelación de los préstamos posteriores a la apertura y su rango, es decir, superior a la de los acreedores ordinarios o no garantizados, e incluso superior a la de los titulares de créditos preferentes dimanantes de la administración de la insolvencia, prelación que sería aplicable en el contexto de un grupo a la financiación posterior a la apertura aportada por un prestamista ajeno a una empresa del grupo. En tales casos, la prelación que se reconozca a esos préstamos sigue siendo un incentivo apreciable a la hora de obtener crédito. Ahora bien, tal vez sea distinto el incentivo requerido para que una empresa, objeto ya de un procedimiento, obtenga crédito de otra empresa del grupo.

71. El interés particular de una empresa del grupo que proporcione fondos a otra puede radicar más en el resultado del procedimiento de insolvencia para la totalidad del grupo (inclusive para dicha empresa) que en las expectativas de posibles beneficios comerciales a corto plazo que ésta pueda albergar, especialmente en casos de fuerte integración o dependencia entre los negocios de las empresas del grupo. En tales circunstancias, tal vez convenga estudiar si la prelación prevista en la recomendación 64 es del rango apropiado. Por una parte, cabría considerar que ese rango de prelación incentiva debidamente la aportación de fondos y ampara debidamente a los acreedores del proveedor de los fondos, con independencia de si se trata de un proveedor ajeno al grupo o del propio grupo. Por otra parte, cabría también opinar que, habida cuenta de que la operación se realiza entre personas allegadas y en el marco de un mismo grupo, sería preferible otorgar un rango de prelación inferior a fin de amparar, de modo más general, los intereses de los acreedores y de equilibrar mejor la defensa de los intereses de los acreedores tanto de la empresa proveedora de los fondos como de la empresa del grupo destinataria de esos fondos. Sea cual sea el enfoque que se adopte, es conveniente que el régimen de la insolvencia otorgue prelación a estas operaciones crediticias y que especifique el rango de prelación adecuado que se les deba reconocer.

f) Garantías reales en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento

72. En las recomendaciones 65 a 67 se regulan cuestiones relativas al otorgamiento de una garantía real para la concesión de fondos tras la apertura de un procedimiento, y estas recomendaciones serían generalmente aplicables en el contexto de un grupo de empresas. Una empresa del grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia puede otorgar una garantía real del tipo mencionado en la recomendación 65 para respaldar la financiación tras la apertura que ha obtenido para uso propio. Esta situación ha sido claramente prevista en las recomendaciones 65 a 67. Una empresa del grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia puede también otorgar una garantía real del tipo mencionado en la recomendación 65 para respaldar el reembolso de la financiación tras la apertura concedida a otra empresa del grupo que esté en circunstancias similares. En esta última situación, la empresa del grupo otorga la garantía real sobre sus bienes no gravados, pero no se beneficia directamente de la financiación concedida tras la apertura y con ello puede disminuir el conjunto de bienes disponibles para los acreedores. No obstante, esa empresa puede obtener un beneficio indirecto en el contexto del grupo de empresas cuando la financiación otorgada propicie una mejor solución de la insolvencia del grupo en su totalidad y, como ya se ha dicho, todo perjuicio a corto plazo será contrarrestado por los beneficios que obtengan a largo plazo los acreedores, inclusive los acreedores de dicha empresa. La empresa del grupo que reciba los fondos obtendrá un beneficio directo, pero aumentará su endeudamiento en perjuicio de sus acreedores, aunque éstos también deberían beneficiarse a largo plazo de los fondos otorgados.

73. Cuando se considere conveniente respaldar la obtención de un nuevo crédito con una garantía real dotada de un rango de prelación superior al de toda otra garantía real ya constituida sobre el mismo bien, tal como prevé la recomendación 66, serán aplicables, en el contexto del grupo, las salvaguardias previstas en dicha recomendación y en la recomendación 67.

g) Fianza u otra garantía personal del reembolso de la financiación otorgada tras la apertura

74. La oferta por una empresa del grupo de una garantía personal del reembolso de todo nuevo crédito otorgado a otra empresa del grupo no es una situación que se plantee en el caso de un deudor autónomo y, por consiguiente, no se ha regulado en ninguna otra parte de la *Guía*. Sin embargo, habida cuenta de que las consideraciones que se plantean son similares a las que se acaban de analizar con respecto al otorgamiento y la obtención de una garantía real, tal vez proceda adoptar el mismo enfoque respecto de las decisiones que habrán

de tomar los representantes de la insolvencia y respecto de la autorización del tribunal o del consentimiento de los acreedores que tal vez se haya de obtener.

Recomendaciones 211 a 216

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones sobre la financiación otorgada tras la apertura de un procedimiento en el contexto de un grupo de empresas tienen por objeto:

- a) Facilitar la obtención de fondos por toda empresa de un grupo, respecto de la que se haya abierto un procedimiento de insolvencia, con miras a asegurar la continuidad o la supervivencia de su negocio o para preservar o incrementar el valor de su propia masa de la insolvencia;
- b) Facilitar la aportación de fondos por otras empresas del grupo, así como por una empresa de ese mismo grupo que sea, a su vez, objeto de un procedimiento de insolvencia;
- c) Velar por la debida protección de los intereses de todo proveedor o destinatario de fondos aportados tras la apertura de un procedimiento y de toda parte interesada cuyos derechos puedan verse afectados por esa aportación de fondos; y
- d) Propiciar el objetivo de lograr una distribución equitativa, entre todas las empresas del grupo afectadas, de los beneficios y perjuicios que puedan derivarse de esa aportación de fondos tras la apertura de un procedimiento.

Contenido de las disposiciones legislativas

Financiación posterior a la apertura de un procedimiento otorgada por un miembro del grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia a otro miembro del grupo que también lo sea (párrafos 62 a 67 y 74)

211. El régimen de la insolvencia debería permitir que una empresa de un grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia:

- a) Adelante fondos a otra empresa del grupo que sea también objeto de un procedimiento;
- b) Otorgue una garantía real sobre sus propios bienes en respaldo de un crédito obtenido por otra empresa del grupo que sea también objeto de un procedimiento; y
- c) Ofrezca una fianza u otra forma de garantía personal del reembolso de los fondos que se hayan aportado a otra empresa del grupo que sea también objeto de un procedimiento.

212. El régimen de la insolvencia debería especificar que cabrá aportar fondos tras la apertura de un procedimiento, conforme a lo previsto en la recomendación 211, cuando el representante de la insolvencia de la empresa

Recomendaciones 211 a 216 (continuación)

del grupo que aporte los fondos, que otorgue una garantía real o que ofrezca una fianza u otra forma de garantía personal de la operación:

a) Determine que esos fondos son necesarios para mantener el funcionamiento o asegurar la supervivencia del negocio de esa otra empresa del grupo o incrementar el valor de su masa de la insolvencia; y

b) Determine que cualquier perjuicio que se ocasione a los acreedores será compensado por el beneficio reportado por el adelanto de esos fondos o por la garantía real u otra forma de afianzamiento otorgada.

213. El régimen de la insolvencia tal vez requiera que el foro competente haya autorizado o que los acreedores hayan consentido en que se adelanten fondos, se otorgue una garantía real o se ofrezca una fianza u otra garantía personal, conforme a lo previsto en las recomendaciones 211 y 212.

Financiación posterior a la apertura de un procedimiento obtenida por una empresa del grupo, que sea objeto de un procedimiento, de otra empresa del grupo que también lo sea (párrafos 64 a 67)

214. El régimen de la insolvencia debería especificar que, con arreglo a la recomendación 63, una empresa de un grupo, que sea ella objeto de un procedimiento de insolvencia, podrá obtener financiación, tras la apertura de ese procedimiento, de otra empresa del mismo grupo, que sea también objeto de un procedimiento, cuando el representante de la insolvencia de la empresa destinataria de la financiación haya determinado que esa financiación será necesaria para asegurar la marcha del negocio o la supervivencia de la empresa destinataria de los fondos o para preservar o incrementar el valor de su masa de la insolvencia. El régimen de la insolvencia tal vez exija que se obtenga una autorización judicial previa de esa financiación posterior a la apertura de los procedimientos o que los acreedores den su consentimiento a que se otorgue.

Prelación asignable a la financiación posterior a la apertura de un procedimiento (párrafos 70 y 71)

215. El régimen de la insolvencia debería especificar el rango de prelación aplicable a la financiación otorgada por una empresa de un grupo, que sea ella misma objeto de un procedimiento de insolvencia, a otra empresa del grupo que también lo sea.

Gravamen constituido en garantía de un crédito obtenido tras la apertura de un procedimiento (párrafos 72 y 73)

216. El régimen de la insolvencia debería especificar que las recomendaciones 65, 66 y 67 son aplicables a la constitución de un gravamen conforme a lo previsto en la recomendación 211 b).

4. *Procedimiento de impugnación*

a) *Naturaleza de las operaciones del grupo de empresas*

75. Las recomendaciones 87 a 99 referentes a la impugnación serán, en general, aplicables a la impugnación de toda operación que se haya concertado en el seno de un grupo de empresas, aunque tal vez proceda complementarlas con alguna consideración que sea aplicable, en particular, a las operaciones entre empresas de un mismo grupo por razón de su estructuración en grupo y de los diversos vínculos que pudiera haber entre ellas. Tal vez lleve mucho tiempo y dinero desentrañar el entramado de las operaciones internas de un grupo a fin de determinar si alguna de ellas es impugnabile. Como ya se indicó en el párrafo 155 del capítulo II de la segunda parte, se habrán de sopesar, en cada caso, los gastos inherentes a la impugnación a la luz de la probabilidad de que se recuperen suficientes activos para reportar una ventaja apreciable a la masa de la insolvencia. Algunas operaciones que pudieran parecer preferentes o infravaloradas en una relación entre dos empresas autónomas, tal vez no lo sean si se las considera en el contexto de un grupo de empresas en donde los beneficios y las pérdidas, dimanantes de las operaciones, sean distribuidos en función de criterios más amplios. Esas operaciones, por ejemplo, los contratos concertados para la fijación de los precios de transferencia interna³², tal vez se rijan por condiciones distintas de las que sean usuales en las operaciones comerciales concertadas entre partes no allegadas. Por ello mismo, algunas operaciones tenidas por legítimas en el seno de un grupo de empresas pudieran no estar comercialmente justificadas fuera de ese contexto, si se analizan a la luz de las condiciones comerciales normales.

76. Las operaciones internas de un grupo pueden ser muy diversas. Tal vez sean intercambios comerciales entre empresas del grupo; transferencias de beneficios de una empresa del grupo a la empresa matriz; préstamos otorgados por una empresa del grupo a otra para ayudarla a mantener su negocio en marcha; transferencias de bienes o garantías otorgadas entre empresas del grupo; el pago de deudas de una empresa del grupo por otra; y la constitución de algún gravamen o la oferta de una fianza por una empresa del grupo en garantía de un préstamo concedido a otra empresa del grupo por un prestamista externo. Un grupo puede tener por norma

³²Por fijación de los precios de transferencia interna se entiende la atribución de determinado valor a los bienes y servicios intercambiados en el seno de una organización con múltiples divisiones. Cabe que los bienes de la división productiva se vendan a la de comercialización, o que los bienes de la empresa matriz se vendan a una filial en el extranjero. Los precios de transferencia interna que se fijen incidirán en el reparto de los beneficios totales entre las divisiones de la empresa. Podrá reportar ventajas fijar los precios de tal forma que, al contabilizarlos, la mayor parte de los beneficios se obtengan en un país con bajos impuestos.

poner todos los bienes y el dinero de que disponga al servicio de los intereses y del rendimiento comercial del grupo en su conjunto, en vez de al servicio de los intereses o del provecho de la empresa a la que pertenezcan. Ello puede suponer el traspaso de fondos, por empresas del grupo, a la empresa financiera de ese grupo. Si bien esa práctica tal vez no sea siempre lo más conveniente para cada empresa en particular, la normativa legal de algunos países faculta a los directivos de toda empresa del grupo cuyo capital esté plenamente en manos de la empresa matriz a obrar en provecho de esta última.

b) Criterios de impugnación en el contexto de un grupo de empresas

77. Una cuestión que cabría examinar en el contexto de un grupo de empresas es la de la finalidad de las disposiciones en materia de impugnación. Esa finalidad puede ser la de amparar a las operaciones internas del grupo en su conjunto, por razón de que sean operaciones comerciales realizadas en el “curso normal” del negocio o la de someter esas operaciones a un examen más minucioso, al tenerlas por más impugnables en razón de la vinculación existente entre sus autores, en cuanto miembros de un mismo grupo, y a la luz de la normativa del régimen de la insolvencia aplicable a las operaciones entre personas allegadas. Se definió “persona allegada” en términos que son aplicables a las empresas de un grupo, como sería el caso de la empresa matriz o de una filial, sucursal o empresa asociada de la empresa insolvente del grupo, respecto de la que se haya abierto un procedimiento de insolvencia, o de una persona, ya sea natural o jurídica, que ejerza o haya ejercido algún control sobre el negocio de la empresa deudora (glosario principal, párr. 12 *jj*).

78. En algunos casos puede justificarse la aplicación de un régimen más estricto, al ser probable que esas empresas tengan más posibilidades de salir favorecidas y dado que, al ser las primeras en tener conocimiento de que otra empresa del grupo se encuentra en dificultades financieras, es también más probable que puedan sacar algún provecho de la situación. Cabe, por ejemplo, que ciertos bienes de la empresa en dificultades sean transferidos a otros miembros del grupo para que sigan siendo utilizados al servicio del grupo y evitar que queden sujetos al régimen de la insolvencia. Además, las empresas del grupo pueden tener directivos o accionistas comunes que controlen las operaciones internas del grupo o que puedan determinar la política comercial o financiera del grupo. Por razón de esos vínculos, las operaciones internas de un grupo tienden a ser más fácilmente impugnables que las operaciones del mismo tipo concertadas entre empresas autónomas. Ahora bien, la mera existencia de un grupo de empresas tal vez no sea siempre suficiente

para justificar que toda operación interna sea tratada como una operación entre personas allegadas y, por tanto, como operación impugnabile, conforme se indicó en el párrafo 48 del capítulo V de la segunda parte.

79. Por ello, aun cuando algunas de las operaciones realizadas en el seno de un grupo de empresas entran sin duda alguna en la categoría de operaciones impugnables, conforme a lo previsto en la recomendación 87, cabe que otras no entren tan claramente en esa categoría, por lo que deberán ser examinadas en detalle para determinar si han beneficiado o perjudicado a alguien. Estas operaciones pueden suscitar cuestiones acerca de si la empresa funcionaba, en mayor o menor grado, como una única empresa o acerca de si el activo y el pasivo o los negocios de las empresas del grupo estaban de tal modo entrelazados que es probable que esa estructura interna del grupo haya repercutido en la índole de las operaciones efectuadas no sólo entre las empresas del grupo, sino también entre tales empresas y sus acreedores externos. Algunas operaciones pueden ser operaciones internas por no haber otra manera de realizarlas o por ser consecuencia de la manera en que está estructurado el grupo. En algunas situaciones, por ejemplo, es posible que sólo se disponga de financiación interna y no habría motivo para tratar una operación de esa índole de una manera más estricta que una operación en la que interviniera un prestamista externo. Del mismo modo, como se observó *supra*, un grupo puede implicar corrientes y transferencias de efectivo centralizadas que no se producirían de no existir ese grupo. Tratándose, por ejemplo, de una garantía interna del grupo otorgada en respaldo de un crédito obtenido tras la apertura de un procedimiento, el otorgante de la garantía tal vez no obtenga beneficio directo alguno de esa operación financiera pero sí un beneficio indirecto, al depender su negocio de la actividad comercial de la empresa beneficiaria del crédito (por ejemplo, el proveedor de ciertos componentes o de propiedad intelectual para el producto acabado de la empresa beneficiaria del crédito) o por alguna otra razón dimanante de la estructura comercial del grupo. Al evaluar esas operaciones internas, sería conveniente que el tribunal estuviera facultado para tener en cuenta esos y otros factores dimanantes de la existencia de un grupo.

80. Puede haber también operaciones no previstas por el régimen de la impugnación. Por ejemplo, algunos regímenes de la insolvencia prevén la anulabilidad de todo pago preferente efectuado a un acreedor del propio deudor, pero no la de un pago efectuado a los acreedores de otra empresa del grupo, a menos que el pago se haya de realizar, por ejemplo, a raíz de una garantía personal. Por estas razones, es conveniente que el régimen de la insolvencia aborde estas cuestiones en el contexto de un grupo de empresas e incluya los factores de grupo entre los elementos que deberán tenerse en cuenta al determinar si una operación concertada entre empresas de un grupo es impugnabile con arreglo a la recomendación 87.

81. La recomendación 97 regula los elementos que deberán probarse para poder impugnar determinada operación, así como las excepciones que cabrá oponer a tal impugnación. Puede ser oportuno analizar cómo se aplicarían esos elementos y esas excepciones en el contexto de un grupo de empresas y si es conveniente adoptar otro enfoque. Una forma de determinar la carga de la prueba en el supuesto de operaciones concertadas con personas allegadas podría consistir, por ejemplo, en especificar que se presumirá que ha habido la necesaria intencionalidad o mala fe si cierto tipo de operaciones se han realizado durante el período de sospecha, imponiendo la carga de la prueba en contrario a la otra parte que haya intervenido en la operación sospechosa. En algunos regímenes de la insolvencia, por ejemplo, se ha establecido una presunción rebatible, consistente en que toda operación concertada entre empresas de un mismo grupo y entre esas empresas y los accionistas de dicho grupo puede haber sido efectuada en perjuicio de los acreedores y debe ser, por ello mismo, impugnabile. Otro criterio distinto consiste en reconocer que, como ya se ha señalado, las operaciones concertadas en el seno de un grupo, aunque no sean siempre comercialmente viables si se realizan al margen de un grupo, son por lo general legítimas, especialmente si se observa todo límite legal que les sea aplicable y si se realizan en el curso normal de la relación comercial existente entre las empresas del grupo afectadas. Sin embargo, tal operación debería ser objeto de minucioso examen, al igual que se recomienda, respecto de los créditos presentados por personas allegadas, en la recomendación 184, criterio que se sigue en algunos regímenes que permiten también que los créditos adquiridos por empresas del grupo, beneficiarias de un trato especial, que sean diferidos o subordinados a los créditos de los acreedores externos de las empresas insolventes del grupo.

82. La recomendación 93 trata brevemente de la facultad de un acreedor para interponer una acción en impugnación cuando cuente con la aprobación del representante de la insolvencia o la autorización del tribunal. En el contexto de un grupo de empresas, el grado de integración del grupo podría repercutir notablemente en la capacidad de los acreedores para determinar con qué empresa del grupo tuvieron tratos a fin de poder presentar la información requerida para interponer una acción en impugnación.

Recomendaciones 217 y 218

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones en materia de impugnación de las operaciones efectuadas entre empresas de un mismo grupo tienen por objeto prever, además de los factores indicados en las recomendaciones 87 a 99, que el régimen de la insolvencia:

- a) habilite al tribunal para tener en cuenta el hecho de que la operación se realizó en el contexto de un grupo de empresas: y
- b) defina las circunstancias que el tribunal pueda tener en cuenta.

Contenido de las disposiciones legislativas

Operaciones impugnables (párrafos 79 y 80)

217. El régimen de la insolvencia debería especificar que, al examinar si procede anular una operación del tipo mencionado en los apartados *a)*, *b)* o *c)* de la recomendación 87 que se haya concertado entre miembros de un grupo de empresas o entre un miembro de un grupo de empresas y otras personas allegadas, el tribunal podrá tomar en consideración las circunstancias en que se haya efectuado la operación. Entre esas circunstancias cabe mencionar: la relación entre las partes en la operación; el grado de integración entre las empresas del grupo que hayan intervenido en la operación; la finalidad de la operación; si la operación ha contribuido al rendimiento comercial del grupo en su conjunto; y si, gracias a la operación, las empresas del grupo u otras personas allegadas han obtenido alguna ventaja que normalmente no se otorgaría entre partes no allegadas.

Elementos para obtener la anulación y excepciones oponibles (párrafo 81)

218. El régimen de la insolvencia debería especificar la manera en que cabrá aplicar los elementos mencionados en la recomendación 97 al impugnar operaciones en el contexto de un grupo de empresas³³.

5. Subordinación

83. Como se indicó en el párrafo 56 del capítulo V de la segunda parte, la subordinación consiste en una modificación del orden de prelación entre los acreedores que no influye en la validez o la legalidad de sus créditos. Sin que sea óbice la validez de un crédito, cabrá sin embargo subordinarlo mediante un pacto voluntario entre los acreedores, siempre que un acreedor convenga en subordinar su crédito al de otro acreedor o por mandamiento judicial dictado a resultas de alguna conducta indebida de un acreedor o de alguna persona allegada al deudor, en cuyo caso cabrá subordinarlo a los créditos de los demás acreedores. Dos tipos de créditos que suelen ser subordinados en casos de insolvencia son los presentados por personas allegadas al deudor y los presentados por propietarios y accionistas de la empresa deudora.

³³Es decir, los elementos que habrán de probarse para obtener la anulación, la carga de la prueba, las excepciones invocables contra la impugnación, y la aplicabilidad de ciertas presunciones; véase en general la *Guía Legislativa de la CNUDMI* (véase la nota 3 de pie de página), segunda parte, capítulo II, párrafos 148 a 203.

a) *Créditos de personas allegadas*

84. En el contexto de un grupo de empresas, la subordinación de los créditos de una persona allegada podrá suponer, por ejemplo, que los derechos de las empresas del grupo nacidos de acuerdos internos concertados en el grupo sean subordinados a los derechos de los acreedores externos de las empresas del grupo que sean objeto de un procedimiento de insolvencia.

85. Como ya se ha explicado, el término “persona allegada” incluiría a las empresas miembros de un mismo grupo. No obstante, el mero hecho de que exista una relación especial con el deudor como, por ejemplo, la pertenencia al mismo grupo de empresas, puede no resultar suficiente en todos los casos para justificar que se dispense un trato especial al crédito de esa empresa acreedora, ya que ello podría redundar en perjuicio de sus acreedores. En algunos casos, esos créditos serán totalmente transparentes y deberían tratarse del mismo modo que otros créditos similares presentados por acreedores que no sean personas allegadas; en otros casos, pueden engendrar sospechas y merecerán una especial atención. Es posible que un régimen de la insolvencia necesite prever un mecanismo para determinar los tipos de conducta o las situaciones en que los créditos merecerán una mayor atención. Como ya se indicó, cabrá invocar consideraciones similares para impugnar toda operación concertada entre empresas de un mismo grupo.

86. En la segunda parte, en el párrafo 48 de su capítulo V, se indican ciertas situaciones en las que podría justificarse dar un trato especial al crédito de una persona allegada (por ejemplo, cuando el deudor tenga una grave deficiencia de capital y cuando haya indicios de que se ha actuado en provecho propio) y que serán normalmente aplicables en el contexto de un grupo. En el contexto de un grupo de empresas, otras consideraciones que se habrán de tener en cuenta, en las operaciones entre una empresa matriz y la empresa controlada, son la participación de la primera en la gestión de la segunda; el hecho de que la empresa matriz haya tratado de manipular las operaciones internas del grupo en su propio provecho y a expensas de los acreedores externos; o el hecho de que la empresa matriz haya obrado de forma injusta, en detrimento de los acreedores y accionistas de la empresa controlada. En algunos países, la existencia de tales circunstancias puede dar lugar a que los créditos de la sociedad matriz sean subordinados por ley a los de acreedores ordinarios, que no sean personas allegadas del deudor, o incluso a los de los accionistas minoritarios de la empresa controlada.

87. Algunos regímenes prevén otras soluciones en materia de operaciones internas, como la de autorizar que los créditos otorgados por una empresa del grupo, en el marco de un acuerdo interno del grupo, sean subordinados de oficio a los de los acreedores externos de la empresa que haya solicitado

el crédito; la de habilitar al foro competente para que examine los acuerdos financieros internos del grupo, a fin de determinar si ciertos fondos aportados a una empresa del grupo deben ser considerados como una aportación a su capital social, y no como un préstamo, en casos en los que el régimen aplicable subordine las aportaciones al capital social a los créditos de los acreedores (consúltese a continuación el trato que ha de darse al capital social); y la de permitir la subordinación pactada de los créditos internos de un grupo a los de los acreedores externos.

88. El resultado práctico de toda subordinación decretada o pactada, en el contexto de un grupo de empresas, puede suponer la reducción o la cancelación efectiva de todo reembolso a las empresas del grupo cuyos créditos hayan sido subordinados, si el importe de los créditos de los acreedores garantizados y ordinarios ajenos al grupo es superior al monto de los fondos disponibles para la distribución. En algunos casos, esto podría poner en peligro la viabilidad de la empresa subordinada del grupo y perjudicar no sólo a sus propios acreedores, sino también a sus accionistas y, de haberse optado por una reorganización, al grupo de empresas en su conjunto. La adopción de una política consistente en subordinar siempre esos créditos puede además desalentar la concesión de créditos internos en el seno de un grupo.

b) Trato que procede dar al capital social

89. Muchos regímenes de la insolvencia hacen una distinción entre los créditos de los propietarios o accionistas nacidos de algún préstamo que hayan concedido a la empresa deudora y los dimanantes de sus créditos en cuanto accionistas o propietarios de su capital social (véase la segunda parte, cap. V, párr. 76). En lo que respecta a los créditos dimanantes del capital social, en muchos regímenes de la insolvencia se adopta la regla general de que los propietarios y los accionistas de la empresa no tienen derecho a la distribución del producto de los bienes hasta que se hayan reembolsado íntegramente todos los créditos que gocen de una prelación superior (inclusive los créditos por concepto de intereses devengados desde la apertura). Por ello, en cuanto propietarios y accionistas rara vez obtendrán algo por concepto de su participación en el capital social de la empresa deudora. Si se llega a hacer una distribución entre ellos, generalmente se hará con arreglo a la clasificación de sus acciones especificada en el derecho de sociedades y en la escritura de constitución de la empresa. Pero, en cambio, no siempre se subordinarán sus créditos nacidos de préstamos.

90. Pocos son los regímenes de la insolvencia que se ocupan expresamente de la subordinación de los créditos por concepto de participaciones en el

capital de una sociedad en el contexto de un grupo de empresas. Conforme a uno de ellos, el foro competente estará habilitado para examinar los arreglos financieros internos del grupo para determinar si ciertos fondos que se hayan entregado a una de las empresas que sea objeto de un procedimiento de insolvencia habrán de ser tratados como aportaciones a su capital social (lo cual permitirá subordinarlos a los créditos de los acreedores) o como préstamos internos. Es probable que esos fondos sean considerados como capital social siempre que: la proporción deuda/capital social previa a la aportación de los fondos fuera elevada y haya quedado reducida gracias a esa aportación; el capital en acciones desembolsado fuera insuficiente; fuera poco probable que un acreedor externo hubiera concedido un préstamo en las circunstancias del caso; y las condiciones en que se efectuó el anticipo no sean razonables y no haya perspectivas verosímiles de reembolso.

91. El tema de la subordinación fue ya examinado al estudiarse el trato otorgable a los créditos y su orden de prelación, pero en la *Guía* no se recomienda que el régimen de la insolvencia subordine ningún tipo de crédito; simplemente se señala que la prelación de los créditos subordinados sería inferior a la de un acreedor ordinario no garantizado (véase la recomendación 189)³⁴.

D. Recurso a la vía judicial

92. Por razón de su naturaleza y de su forma de obrar, cabe que exista una compleja red de operaciones financieras entre las empresas de un mismo grupo, y que los acreedores, en vez de negociar por separado con una de las empresas del grupo, lo hayan hecho con varias de ellas a la vez o, incluso, con el grupo como entidad económica única. Disociar la titularidad de los derechos y obligaciones y determinar quiénes son los acreedores de cada empresa del grupo tal vez requiera una compleja y costosa indagación judicial. Sin embargo, dado que la observancia del principio de la personalidad jurídica propia de cada empresa del grupo significa que cada una de ellas habrá de responder únicamente de sus propias deudas frente a sus acreedores, al abrirse un procedimiento de insolvencia contra dos o más empresas de un mismo grupo podrá ser necesario delimitar el activo y el pasivo de cada una de ellas.

93. Si se consigue delimitar o disociar el patrimonio de cada empresa del grupo, el principio de la personalidad jurídica propia dará lugar a que los acreedores sólo puedan cobrar sus créditos con cargo al patrimonio de la

³⁴Véase también la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.09.V.12), cap. V.

empresa deudora de la que sean acreedores. Si dicha disociación resulta imposible, o si existen otros motivos para tratar al grupo como empresa única, algunas legislaciones han previsto remedios para soslayar el principio de la personalidad jurídica autónoma de cada empresa. En un principio, se buscaron dichos remedios para subsanar lo que se percibía como un funcionamiento ineficiente e injusto del principio tradicional de la personalidad jurídica propia de cada empresa en ciertos casos que atañen a empresas pertenecientes a un mismo grupo. Además de anular las operaciones entre las empresas de un mismo grupo o de subordinar los préstamos internos del grupo, se idearon soluciones como la de hacer extensiva a empresas solventes del grupo, así como a su personal directivo y a ciertos accionistas, la responsabilidad por las deudas externas de otras empresas de dicho grupo; o la de ordenar por vía judicial cierta aportación financiera, o incluso la consolidación de los patrimonios de dos o más empresas del grupo en una masa única. Algunos de estos remedios requieren que se dictamine que ha habido culpa, en tanto que otros sólo requieren que se comprueben ciertos hechos en el funcionamiento interno del grupo. En otros casos, en particular si se presentan denuncias de mala gestión, tal vez proceda adoptar otras medidas, como la de destituir al personal directivo inculpado o la de limitar su participación en la reorganización de la empresa.

94. Dada la injusticia que puede suponer que una empresa solvente de un grupo se vea obligada a compartir su activo y su pasivo con otras empresas menos solventes del mismo grupo, la solución consistente en soslayar el principio de la personalidad independiente de cada empresa no estará siempre disponible y sólo será aplicable en ciertos casos y en circunstancias especiales. Todo remedio que implique extender a otros la responsabilidad de una empresa insolvente puede suponer que se haya de “levantar el velo” de la personalidad jurídica de cada empresa del grupo, lo que puede llevar a que algún accionista sea tenido por responsable de ciertas actividades que normalmente no le competían. Algunos otros remedios que se examinan a continuación y que, en principio, no suponen levantar el velo de la personalidad propia de una empresa pueden dar lugar en ciertos casos, a efectos similares.

1. Extensión de la responsabilidad

95. La extensión de la responsabilidad por las deudas externas y, en algunos casos, por los actos de la empresa de un grupo declarada insolvente a otras empresas solventes del mismo grupo y a los titulares de ciertos cargos directivos de una empresa es un remedio que el derecho interno ofrece en algunos países al acreedor en función de las circunstancias del caso y de la relación existente entre dicho acreedor y su deudor.

96. En muchos países, la ley reconoce supuestos en los que cabe hacer excepción al principio de responsabilidad limitada de una sociedad mercantil, exigiéndose responsabilidad a otra empresa del grupo o a ciertos cargos de la misma por los actos o las deudas de otra empresa del mismo grupo. En algunos casos, la ley definirá estrictamente las circunstancias en las que dicha excepción pueda ser invocada mientras que, en otros, se deja a los tribunales un amplio margen para evaluar cada caso sobre la base de ciertas directrices. No obstante, en ambos casos, el motivo para hacer extensiva la responsabilidad de la empresa insolvente del grupo será la relación existente, en términos de dominio y control, entre esa empresa y toda otra empresa allegada del mismo grupo. Otro factor importante pudiera ser la conducta observada por la empresa solvente del grupo respecto de los acreedores de la empresa que sea objeto del procedimiento de insolvencia.

97. Aunque las circunstancias en que cabrá extender la responsabilidad varían según las legislaciones, cabe en general agruparlas conforme a las categorías siguientes. Sin embargo, debe señalarse que no todos los ordenamientos prevén dichas categorías y que es probable que algunas de ellas se solapen:

a) Uso indebido o abuso por una empresa del grupo (quizá la sociedad matriz) del control que ejerce sobre otra empresa del grupo, explotándola, por ejemplo, en déficit y en provecho de la empresa matriz;

b) Conducta fraudulenta del accionista dominante de una empresa del grupo, que puede consistir en desviar, en provecho propio, partidas del activo de dicha empresa del grupo, en aumentar su pasivo, o en administrarla con intención de defraudar a sus acreedores;

c) Explotar a una empresa del grupo como mero fiduciario, agente o socio de la sociedad matriz del grupo;

d) Llevar los negocios del grupo en su conjunto o de una empresa en particular de manera que pueda redundar en perjuicio de ciertas categorías de acreedores (por ejemplo, endeudándose con los empleados de una empresa del grupo);

e) Fragmentar artificialmente una única empresa en diversas sociedades a fin de eludir ciertas responsabilidades; no respetar la personalidad propia de cada empresa del grupo, tal vez haciendo caso omiso del principio de la responsabilidad limitada de cada una de ellas o confundiendo sus activos sociales; o utilizar la estructura social del grupo de manera puramente ficticia, creando, por ejemplo, sociedades que sean un mero artilugio para eludir obligaciones legales o contractuales;

f) Mantener descapitalizada una empresa del grupo de tal forma que no disponga del capital requerido para la marcha de su negocio. Dicha deficiencia tal vez remonte al momento de constituirse la sociedad o se deba

al agotamiento de su capital por reembolsos indebidos a los accionistas o reparto de beneficios excesivos;

g) Falsar la imagen del grupo, haciendo creer a los acreedores que tratan con una empresa única, cuando lo están haciendo con una empresa que forma parte de un grupo;

h) Ejercicio indebido del cargo, que se da, por ejemplo, cuando una persona, o incluso una empresa del grupo, haya de indemnizar a otra empresa del grupo por daños y perjuicios imputables a fraude, al incumplimiento de un deber o a algún otro acto culpable causante, por ejemplo, de lesiones corporales o daños ecológicos;

i) Gestión indebida del comercio, que se da, por ejemplo, cuando un directivo de una empresa del grupo incumple su deber de supervisar que esa empresa sigue estando en condiciones de proseguir su negocio habida cuenta de su situación financiera, y no solicita la apertura de un procedimiento de insolvencia, pese a estar obligado a hacerlo, en un plazo contado a partir de la fecha en que la entidad pase a ser insolvente, o si dicho directivo permite que una empresa del grupo contraiga deudas o la induce a hacerlo, cuando es ya insolvente o puede pasar a serlo; y

j) Inobservancia de algún deber reglamentario, como sería el de llevar con regularidad la contabilidad de una empresa controlada del grupo.

98. En general, no se considera que el mero hecho de que una empresa ejerza cierto dominio o control sobre otra o de que haya alguna otra forma de integración económica estrecha en el seno de un grupo de empresas sea motivo suficiente para ignorar la personalidad jurídica propia de cada empresa del grupo o para no respetar su condición de tal.

99. En varios de los ejemplos en que la responsabilidad tal vez pueda hacerse extensiva a la empresa matriz del grupo, esa responsabilidad pudiera también extenderse a los miembros de la junta directiva de la empresa matriz del grupo (quienes podrían estar formalmente nombrados o ser directivos *de facto* u ocultos de la empresa controlada). Si bien los directivos de cada empresa de un grupo han de asumir sus deberes para con su propia empresa, pueden sentirse, a la vez, obligados a compaginar esos deberes con los intereses comerciales y financieros generales del grupo. Hacer prosperar los intereses del grupo puede entrañar, por ejemplo, que en determinadas circunstancias se hayan de sacrificar los intereses de alguna empresa del grupo. Entre los factores que se han de considerar a la hora de determinar si los directivos de la empresa matriz del grupo podrán ser tenidos como personalmente responsables de las deudas y actos de una empresa controlada que sea objeto de un procedimiento de insolvencia cabe citar los de si hubo intervención directa en la gestión de la empresa controlada, o negligencia grave o fraude en esa gestión, o si hubo abuso de poder o negligencia por

parte de los directivos de la empresa matriz del grupo, o el de si la gestión de la empresa controlada fue causa directa de su insolvencia. En algunos países, cabe también exigir responsabilidad penal a los directivos. A la hora de extender la responsabilidad suele resultar particularmente difícil probar la intervención *de facto* u oculta de la sociedad matriz del grupo en la gestión culpable de la empresa controlada.

100. Hay también leyes que prevén que una sociedad matriz de un grupo se haga responsable de las deudas de alguna empresa controlada del grupo, ya sea por medio de garantías recíprocas o, si el acreedor es un banco, por vía contractual. Conforme a otras leyes, que prevén diversas formas de integración de los grupos de empresas, cabe que la empresa principal del grupo sea considerada solidariamente responsable frente a los acreedores de toda otra empresa del grupo por las obligaciones nacidas tanto antes como después de formalizarse la integración.

2. *Mandamiento de aportación financiera*

101. Cabe que un tribunal ordene a una empresa solvente del grupo que aporte cierta suma para sufragar plena o parcialmente las deudas de otra empresa del grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia, particularmente si la empresa solvente ha actuado indebidamente respecto de la empresa insolvente. Tal conducta indebida pudiera consistir, por ejemplo, en transferir bienes de una empresa en dificultades a otra empresa del grupo por un precio no justificable, o aprovecharse de las ventajas fiscales otorgadas a una empresa en dificultades, pero abandonando a los acreedores de esa empresa a un reembolso reducido de sus créditos en la insolvencia subsiguiente. Permitir algún comportamiento indebido sin rectificarlo podría perjudicar a los acreedores de la empresa insolvente y proporcionar un lucro indebido a los accionistas de la empresa solvente.

102. Si bien el régimen de la insolvencia rara vez ha previsto estos mandamientos, algunos países los han adoptado ya o están estudiando hacerlo, pero limitando su uso, en general, a casos en que se proceda a la liquidación de la empresa insolvente. Algunas de las cuestiones que los mandamientos de aportación de fondos tienen por objeto resolver tal vez no hayan de ser reguladas expresamente en el régimen de la insolvencia, dado que tal vez se hayan previsto ya remedios al respecto en otras leyes en materia de gestión indebida del comercio o de responsabilidad comercial.

103. La dificultad con la que se tropieza más a menudo a la hora de emitir un mandamiento de aportación de fondos es la de tener que sopesar los intereses de los acreedores ordinarios y accionistas de la empresa solvente

del grupo frente a los de los acreedores de la empresa en liquidación, particularmente si existe el riesgo de que tal mandamiento pueda afectar a la solvencia de la primera. Los acreedores de la empresa solvente podrán alegar que ellos confiaron en el patrimonio independiente de esa empresa al negociar con ella, por lo que no debería privárseles de un reembolso completo de sus créditos por razón de la vinculación y conducta de la empresa solvente del grupo respecto de otras empresas del grupo. La dificultad de conciliar estos intereses divergentes ha dado lugar a que los tribunales rara vez hagan uso de su facultad de emitir ese mandamiento. Los tribunales siguen también el parecer de que ordenar una contribución financiera plena sería improcedente en todo supuesto en que dicha orden suponga una amenaza a la solvencia de la empresa que no esté aún en liquidación, aunque tal vez resulte posible ordenar una aportación financiera parcial que quede limitada a ciertos bienes de la empresa solvente, tal vez al saldo restante una vez satisfecha toda obligación de buena fe de la empresa aún solvente del grupo.

104. En un país que sí haya previsto el mandamiento de aportación financiera, el tribunal habrá de tener en cuenta ciertos factores al considerar si debe o no emitirlo. Esos factores conciernen a la relación entre la empresa solvente del grupo y la que ya es objeto de un procedimiento de insolvencia y cabe citar los siguientes: la medida en que la empresa solvente del grupo haya intervenido en la gestión de la empresa insolvente; la conducta observada por la empresa solvente del grupo hacia los acreedores de la empresa insolvente, aun cuando no baste para emitir dicho mandamiento que los acreedores se hayan fiado de la relación existente entre las empresas del grupo; la medida en que los hechos que dieron lugar a la apertura de un procedimiento sean imputables a actos de la empresa solvente; la conducta de la empresa solvente del grupo tras la apertura de un procedimiento respecto de la empresa insolvente, particularmente si dicha conducta afecta directa o indirectamente a los acreedores de esta última, como sería el caso del incumplimiento de un contrato con la empresa insolvente; y todo otro asunto que el tribunal estime ser del caso³⁵. Tal vez sea también posible obtener dicho mandamiento en casos en los que, por ejemplo, una empresa controlada del grupo sea culpable de lesiones personales importantes o en los que la sociedad matriz del grupo haya permitido que una filial o empresa controlada prosiga su negocio tras haber incurrido en insolvencia.

³⁵New Zealand Companies Act 1993, Sections 271 (1) a) y 272 (1).

3. Consolidación patrimonial

a) Introducción

105. Conforme ya se señaló en el párrafo 22 *supra*, al ordenarse la coordinación procesal, el activo y pasivo patrimonial de cada deudor permanece separado y deslindado del de las demás empresas, por lo que los créditos de los reclamantes no se ven sustancialmente afectados. En cambio, una consolidación patrimonial da lugar a que un tribunal que sustancie procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un mismo grupo ignore, cuando proceda hacerlo, la personalidad jurídica propia de cada una de ellas y ordene que se consoliden sus activos y pasivos como si pertenecieran a una única entidad. Por tanto, los bienes de cada una de ellas se tratan como si formaran parte de una masa única de la insolvencia en provecho general de todos los acreedores de las empresas cuyo patrimonio se haya consolidado. Pocos son los países donde se ha autorizado emitir órdenes de consolidación patrimonial, y en aquellos donde se autoriza esta medida se la supedita a reglas probatorias muy severas, por lo que rara vez se recurre a ella. Lo que más inquietud suscita es el hecho de que la consolidación ignore el principio de la personalidad jurídica propia de cada empresa del grupo, que es lo que permite estructurar al grupo de empresas de modo que responda a diversos cometidos comerciales que permiten adaptarlo ventajosamente a la normativa fiscal, al derecho de sociedades y a los reglamentos aplicables en materia de gestión de empresas. Por ello mismo, si los tribunales ordenaran rutinariamente la consolidación patrimonial, se perderían muchas de las ventajas dimanantes de la flexibilidad estructural de un grupo de empresas.

106. Pese a la ausencia de una autorización legal directa o de una norma preceptiva acerca de las circunstancias en las que podrá emitirse una orden de consolidación patrimonial, la práctica judicial de algunos países ha desarrollado y ha definido los supuestos en los que procederá dictarlas. Si bien esta práctica supone un reconocimiento judicial del creciente recurso a este tipo de estructuras empresariales para fines fiscales y comerciales, las circunstancias que justificarían una orden de consolidación siguen siendo, no obstante, muy escasas. Cabe citar casos en los que la integración de las operaciones y negocios de las empresas de un grupo, a través de vínculos de control o de participación en el capital social, dificultan o hacen prácticamente imposible disociar el activo y el pasivo de cada empresa del grupo, a fin de deslindar, por ejemplo, sin un gasto en tiempo y recursos que resultaría nocivo para todos los acreedores, el patrimonio y los acreedores de cada empresa del grupo.

107. La consolidación suele ser evocada en el contexto de la liquidación y sólo suele estar autorizada en dicho contexto. No obstante, existen proyectos

de ley que permitirían la consolidación patrimonial en el marco de diversos tipos de reorganización. En países donde no se ha legislado en la materia, cabe la posibilidad de que se dicten órdenes de consolidación patrimonial en casos tanto de liquidación como de reorganización, si se estima que esa consolidación facilitaría la reorganización del grupo. Aunque lo habitual sea que la consolidación patrimonial sea impuesta por mandato judicial, cabe también que sea consensuada entre todas las partes interesadas, y algunos comentaristas indican que no es raro que las empresas de un mismo grupo concierten entre sí y con sus acreedores una reorganización consensuada, incluso en supuestos en los que sea probable que los tribunales admitirían una objeción de los acreedores contra la consolidación, si es que fuera formalmente presentada. La consolidación patrimonial es también posible como fruto de un plan de reorganización, dado que el régimen de la insolvencia de algunos países permite que se incluya en ese plan una propuesta para consolidar a la empresa deudora con otras empresas del mismo grupo, solventes o insolventes, propuesta a la que se dará curso si dicho plan es aprobado por la mayoría prescrita de los acreedores.

108. La consolidación patrimonial estaría justificada en supuestos en los que no exista una separación real entre las empresas del grupo y en los que la estructura de grupo se mantenga para fines deshonestos o fraudulentos. Otro motivo, válido en algunos países, se da en supuestos en los que la consolidación patrimonial permite acrecentar el valor a repartir entre los acreedores, ya sea por razón de la relación estructural existente entre las empresas del grupo, de la gestión de sus negocios y de sus lazos financieros, o por razón del valor de cierta propiedad intelectual utilizada en común por las empresas del grupo para la fabricación de sus productos o incorporada a ellos.

109. Las principales inquietudes que suscita la consolidación patrimonial, además de la de que no tiene en cuenta la personalidad jurídica propia de cada miembro, dimanarían de la injusticia que puede suponer para los acreedores de una empresa solvente del grupo un reparto por partes iguales de la masa consolidada con los acreedores de otras empresas menos solventes del grupo, así como del hecho de que no se sepa a ciencia cierta si las ventajas reportadas a los acreedores en general serán superiores a las desventajas que la consolidación puede reportar a algunos de los acreedores en particular. Tal vez algunos acreedores se hayan fiado correctamente del patrimonio de una de las empresas del grupo al negociar con ella y de su personalidad autónoma, por lo que no se les debería privar de un reembolso pleno de sus créditos por razón de que dicha empresa mantuviera una relación con otra empresa insolvente del grupo, de la que dichos acreedores no tuvieran conocimiento. Cabe, no obstante, que otros acreedores se hayan fiado del patrimonio del grupo en su conjunto, por lo que se sentirían

defraudados si su derecho al reembolso de su crédito quedaba limitado a los bienes de una sola empresa del grupo.

110. Dado que la consolidación supone la mancomunación de los bienes de distintas empresas de un grupo, no suele incrementar la suma cobrada por cada acreedor, sino que más bien tiende a nivelar lo que se reembolsa a cada uno, incrementando los importes que perciben algunos de ellos a expensas de lo que cobran otros. Además, la consolidación de patrimonios se presta a que los acreedores más importantes y mejor defendidos obtengan reembolso con cargo a bienes a los que no deberían tener acceso, o puede dar lugar a la interposición de recursos por los acreedores disconformes con la consolidación, lo que prolongaría el procedimiento de insolvencia, y mermaría la seguridad y ejecutoriedad de ciertas garantías reales (si se anulan los créditos internos del grupo a resultas de la consolidación, todo acreedor con una garantía sobre dichos créditos la perdería).

111. La consolidación patrimonial afectará por lo general a las empresas insolventes del grupo, pero algunos regímenes de la insolvencia permiten en ocasiones que se haga extensiva a una empresa aparentemente solvente del grupo. Esto puede ocurrir cuando los negocios de dicha empresa estén de tal modo vinculados a los de otras empresas del grupo que no sería viable excluirla de la consolidación o cuando una investigación haga ver que, a resultas de dicha vinculación, la empresa solvente ha dejado de serlo, así como cuando la personalidad jurídica de la empresa solvente sea una mera fachada o fruto de un plan fraudulento. Si se ha de incluir a una empresa solvente del grupo, cabe que sus acreedores tengan buenos motivos para sentirse inquietos, por lo que convenga limitar la consolidación patrimonial al capital social neto de la empresa solvente a fin de amparar los derechos de sus acreedores, si bien esta solución resultaría difícil si ha habido mezcla de bienes o fraude.

b) Circunstancias que justifican la consolidación patrimonial

112. Varios factores se han considerado cruciales a la hora de determinar si se justifica o no ordenar una consolidación de patrimonios, tanto en la legislación que autoriza las órdenes de consolidación patrimonial como en la práctica de los tribunales que han impulsado su utilización. Corresponde en cada caso ponderarlos entre sí, dado que ninguno de ellos es necesariamente decisivo ni es preciso que se den todos ellos en un determinado caso. Cabe citar los siguientes: la existencia de estados financieros consolidados del grupo; la utilización de una única cuenta bancaria para todas las empresas del grupo; la comunidad de intereses y la mancomunación de bienes entre las empresas del grupo; la dificultad que suponga deslindar el

activo y el pasivo de cada empresa; la magnitud de los gastos generales, contables, de gestión o afines que compartan las distintas empresas del grupo; la existencia de préstamos internos y de garantías recíprocas entre las empresas del grupo; el hecho de que se hayan traspasado bienes o de que los fondos hayan circulado de una empresa a otra por razones de conveniencia sin cumplir los requisitos formales del caso; el grado de suficiencia del capital; la mezcla de bienes o de operaciones comerciales; el nombramiento de personal directivo o de gestión compartido y la celebración de reuniones combinadas de sus juntas directivas; la utilización de una sede en común; tratos fraudulentos con acreedores; la práctica de inducir a los acreedores a negociar con el grupo como entidad única, creando así confusión entre los acreedores al no saber con cuál de las empresas estaban tratando, o de difuminar los límites jurídicos de las empresas del grupo; o las ventajas que la consolidación patrimonial suponga para la reorganización del grupo o para los acreedores.

113. Si bien todos estos factores pueden ser importantes, ciertos tribunales centran su atención en algunos de ellos en particular, como sería el hecho de que los negocios del grupo estén de tal modo entrelazados que separar el activo y el pasivo de cada empresa supondría una enorme pérdida de tiempo y dinero o el de que se hayan cometido actos fraudulentos o llevado a cabo negocios carentes de finalidad legítima. En cuanto al primer motivo, el grado de entrelazamiento requerido es difícil de cuantificar y se ha descrito de diversas maneras por distintos tribunales, a saber, que la titularidad de los activos sea prácticamente indeterminable; que llevaría demasiado tiempo o sería excesivamente oneroso determinar los vínculos exactos existentes entre las empresas del grupo y quién era propietario de esto o de aquello; que la vinculación entre los bienes era tal que separarlos comprometería la realización de un saldo activo neto para su reparto entre los acreedores; o que la distribución del activo y del pasivo entre las empresas afectadas era básicamente arbitraria y sin relación alguna con la realidad económica. Al tratar de determinar el grado de entrelazamiento comercial que justificaría una consolidación patrimonial, los tribunales han tenido en cuenta diversos factores, en especial el funcionamiento de cada empresa del grupo y su vinculación con las otras, particularmente en asuntos de gestión y financieros; el mantenimiento o no de registros contables adecuados para cada miembro del grupo; el respeto de la reglamentación interna del grupo; la manera en que los fondos y activos se transfieren entre las diversas empresas; y otros factores similares relativos a las operaciones del grupo.

114. En cuanto al tipo de fraude aquí contemplado no es el que tal vez ocurra en el curso normal de un negocio, sino la ausencia de una finalidad comercial legítima que justifique la existencia de una empresa o que justifique la actividad comercial a la que se dedique (véase el párrafo 97 e)

supra). Cabe citar el caso de una empresa deudora que transfiera la cuasi totalidad de su activo a una empresa recién formada o a otras empresas que le pertenezcan, con miras a conservarla en provecho propio y así obstaculizar, retrasar y defraudar a sus acreedores, la denominada simulación³⁶ o la pirámide de Ponzi³⁷ y otras prácticas fraudulentas similares.

c) Solicitud de consolidación patrimonial

i) Personas legitimadas para presentar una solicitud

115. El régimen de la insolvencia debería resolver la cuestión de la legitimidad y oportunidad de una solicitud de consolidación. Para saber quién estará legitimado para presentar una solicitud, tal vez proceda seguir el enfoque adoptado en la recomendación 14 respecto de la parte habilitada para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia. Tratándose de grupos de empresas, debería estar legitimada cualquier empresa interesada del grupo o acreedor de dicha empresa. Debería admitirse también la solicitud presentada por el representante de la insolvencia de cualquier empresa del grupo, dado que el representante será a menudo la persona que disponga de más información acerca de otras empresas del grupo, por lo que podrá juzgar acerca de la conveniencia de solicitar la consolidación patrimonial.

116. Aunque algunos Estados hayan previsto que el tribunal actúe de oficio si estima oportuno ordenar la consolidación patrimonial, la gravedad de la medida obliga, por razones de equidad, a que las partes afectadas sean escuchadas y puedan impugnar la medida, de conformidad con lo dispuesto en las recomendaciones 137 y 138. Por esa razón, parece apropiado hacer una distinción entre consolidación patrimonial y coordinación procesal y adoptar el criterio de que los tribunales no pueden actuar de oficio en lo concerniente a la consolidación patrimonial.

ii) Oportunidad de una solicitud

117. Dado que los factores que pueden justificar la consolidación patrimonial no son siempre evidentes o seguros al declararse abierto un procedimiento de insolvencia, sería aconsejable que el régimen de la insolvencia

³⁶La simulación puede consistir en celebrar contratos que no expresan la verdadera intención de las partes y que no tienen efecto entre las partes o producen efectos diferentes de los descritos en los contratos, es decir, contratos ficticios.

³⁷Una operación de inversión fraudulenta que consiste en remunerar a distintos inversionistas con el dinero que invirtieron o con el dinero de inversionistas posteriores, y no con las ganancias efectivamente realizadas.

adopte un criterio flexible con respecto a la cuestión de la oportunidad de la solicitud de consolidación patrimonial, permitiendo que dicha solicitud sea hecha al presentarse la solicitud de apertura del procedimiento o en todo momento ulterior de un procedimiento ya abierto. Cabe observar, no obstante, que la oportunidad de presentar una solicitud de consolidación puede verse limitada en la práctica, una vez abierto un procedimiento, por todo avance en la administración del procedimiento, como pudiera ser la puesta en práctica de un plan de reorganización. Cabe también que se hayan resuelto ya ciertas cuestiones clave concernientes a la venta y enajenación de los bienes, o a la presentación y la admisión de los créditos, o que se hayan adoptado y ejecutado decisiones respecto de alguna empresa del grupo. Todo ello hace que resulte difícil, en la práctica, consolidar procedimientos parcialmente administrados. De optarse, pese a todo, por la consolidación patrimonial, la orden que se dicte deberá tener en cuenta el estado en que se hallen los procedimientos abiertos, consolidando las actuaciones en curso, pero preservando todo derecho adquirido. Cabría, por ello, declarar que todo crédito ya admitido frente a una empresa del grupo será tenido por admitido frente a la masa patrimonial consolidada.

118. Cabría proceder de igual modo al agregar alguna otra empresa a una consolidación patrimonial. Al progresar la administración de un procedimiento relativo a diversas empresas del grupo, tal vez se vea la conveniencia de incluir en la masa consolidada el patrimonio de otras empresas del grupo, por darse respecto de ellas las mismas razones que justificaron la orden inicial. Si la consolidación inicial de los patrimonios se hizo con el consentimiento de los acreedores, o si se les dio a los acreedores la oportunidad de impugnarla, la adición ulterior a la masa consolidada del patrimonio de otra empresa del grupo podría modificar la composición de la masa mancomunada notificada inicialmente a los acreedores y por ellos aprobada. En dicho caso, sería conveniente volver a dar a los acreedores la oportunidad de pronunciarse acerca de la ampliación sugerida. Si la consolidación patrimonial se ordena tras haberse efectuado una distribución parcial a los acreedores de una de las empresas, procedería traer a colación lo ya distribuido de tal modo que un acreedor que haya sido reembolsado parcialmente con cargo a una de las empresas del grupo no pueda resarcirse por el mismo crédito frente a la masa consolidada hasta que los demás acreedores hayan obtenido una retribución parcial de sus créditos proporcional a la ya obtenida, antes de la consolidación, por algunos de los acreedores.

d) Intereses encontrados a raíz de una consolidación patrimonial

119. En el contexto de la consolidación patrimonial merecerán tenerse en cuenta los intereses encontrados no sólo de los acreedores de las distintas

empresas de un grupo, sino también los de otros interesados y, en particular, los de los acreedores frente a los accionistas; los de los accionistas de las distintas empresas del grupo, en especial los de los que son accionistas de algunas empresas, pero que no lo son de otras; y los de los acreedores garantizados y privilegiados de cada empresa consolidada del grupo.

i) Propietarios y accionistas

120. Muchos regímenes de la insolvencia siguen la regla general de dar primacía a los acreedores sobre los propietarios y accionistas de la empresa, de modo que los créditos de estas dos últimas categorías quedan subordinados a todos los demás en el orden de prelación que rige la repartición de la masa de la insolvencia. Ello suele dar lugar a que los propietarios y los accionistas no perciban nada (véase la segunda parte, cap. V, párr. 76). Cabe, no obstante, que los accionistas de algunas empresas de un mismo grupo, cuyo activo sea superior a su pasivo, reciban cierta suma, en tanto que los acreedores de otras empresas del grupo, cuya situación patrimonial sea inversa, no perciban nada. Si la regla general de dar prelación a los acreedores sobre los accionistas se aplica solidariamente a todas las empresas consolidadas del grupo a raíz de su consolidación, todo acreedor de una de esas empresas sería reembolsado antes de que los accionistas de cualquiera de ellas percibiera pago alguno.

ii) Acreedores garantizados

121. La posición del acreedor garantizado en un procedimiento de insolvencia se examina a lo largo de toda la *Guía* (véase en el anexo I toda remisión pertinente) y se adopta como regla general la de que procede que en un procedimiento de insolvencia se reconozca la oponibilidad y la prelación de toda garantía real válida, preservándose el valor del bien gravado. Ese criterio será igualmente aplicable al acreedor garantizado en el contexto de un grupo de empresas. Se reconoce también que el régimen de la insolvencia puede prever algún trato especial para un bien gravado que, salvaguardando su valor, permita utilizarlo al servicio de su política general en materia de insolvencia (véase la segunda parte, cap. II, párr. 59).

122. En una consolidación patrimonial se plantearán cuestiones como la de si una garantía constituida sobre la totalidad o parte del patrimonio de una empresa de un grupo podrá hacerse extensiva, a raíz de la consolidación, al patrimonio de otra empresa del grupo o si quedará circunscrita al patrimonio de la empresa inicialmente gravada; o la de si un acreedor garantizado con cobertura insuficiente podrá presentar una reclamación, a título de

acreedor ordinario, frente a la masa consolidada, por la parte de su crédito no cubierta por su garantía; y la de si un acreedor garantizado interno (es decir una empresa del mismo grupo) debe ser tratado de modo distinto que los acreedores garantizados externos. Las garantías reales que gravan el conjunto de la masa de un deudor cristalizarían generalmente en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia y no debería plantearse la cuestión de si esas garantías se extenderán a los activos mancomunados de todas las empresas del grupo consolidadas. El hecho de permitir la extensión de una garantía real de un acreedor garantizado a raíz de una orden de consolidación patrimonial mejoraría la posición de ese acreedor en detrimento de otros acreedores y constituiría un beneficio indebido, lo que no es de desear. Cabría aplicar ese mismo razonamiento a los créditos salariales de los empleados de una de las empresas.

123. Tratándose de los acreedores garantizados externos, la solución pudiera estar en excluirlos de los efectos de la consolidación patrimonial. Procederá tal vez prever alguna solución especial para el caso de un acreedor garantizado que se haya fiado de la personalidad autónoma de cada empresa del grupo, confiando quizá en la validez de una fianza interna del grupo. Esa fianza dejaría de ser exigible si la empresa fiadora y la beneficiaria son empresas de un mismo grupo y son objeto de una orden de consolidación patrimonial que las privara de su identidad personal. El resultado sería que ese acreedor garantizado pasaría a ser tratado como un acreedor ordinario, salvo que el régimen permita que se le reconozca cierta prelación sobre los demás acreedores de la masa patrimonial consolidada. Cuando un bien gravado sea requerido como factor clave para la reorganización de una empresa, cabría prever soluciones algo distintas, como la de permitir que el tribunal ordene la consolidación en términos que permitan que dichos bienes sigan cumpliendo su función de garantía o la de negociar el consentimiento del acreedor garantizado afectado. Cabría también prever que dicho acreedor renuncie, a raíz de la consolidación, a su gravamen, y que la suma debida pase a ser pagadera por las entidades consolidadas.

124. Tal vez proceda también considerar el caso de los acreedores garantizados internos. Con arreglo a algunas leyes, cabe que las garantías reales internas al grupo sean anuladas, pasando el acreedor garantizado interno a ser un acreedor ordinario, o que sean subordinadas o modificadas de algún otro modo.

iii) Acreedores privilegiados

125. El trato que procede dar a los acreedores privilegiados suscita cuestiones similares. En la práctica, cabe que se vean beneficiados o perjudicados

por la puesta en común de los bienes del grupo, al igual que sucede con los acreedores ordinarios. Cuando la prelación de sus créditos se haya asignado, como en el caso de las prestaciones sociales de los empleados o los créditos fiscales, en el marco de cada empresa en particular, podría tener que examinarse de nuevo el orden de prelación de dichos créditos privilegiados en el marco del grupo consolidado, especialmente cuando los intereses de los empleados de una y otra empresa se vean opuestamente afectados. Por ejemplo, está claro que los intereses de los empleados de una empresa con un activo superior a su pasivo se verán diversamente afectados por la consolidación que los de los empleados de otra empresa del mismo grupo cuya situación patrimonial sea la inversa. Si bien cabe prever que, por lo general, los acreedores privilegiados mejoren su posición a expensas de los acreedores ordinarios de las empresas consolidadas, cabe también prever que los acreedores privilegiados de cada empresa hayan de moderar sus expectativas iniciales al tener que computar entre todos ellos sus créditos privilegiados frente a la masa única del grupo consolidado. Cuando los activos estén de tal modo entrelazados que no sea posible discernir quién es el propietario de tal o cual activo, puede ser muy difícil cuantificar la prelación otorgable y determinar el valor del activo disponible para saldar cada crédito privilegiado. Por consiguiente, si bien es deseable que se reconozca el orden de prelación previsto por el régimen de la insolvencia respecto de cada empresa deudora en particular, al pasar a ser esa empresa objeto de consolidación patrimonial, no siempre será posible.

e) Notificación que ha de darse a los acreedores

126. Cabe prever que una solicitud de consolidación patrimonial sea objeto de los mismos requisitos, en materia de notificación, que una solicitud para la apertura de un procedimiento (véase segunda parte, cap. I, párrs. 64 a 71 y las recomendaciones 19 *a*) y 22 a 25). Por ello, de presentarse simultáneamente a la solicitud de apertura de un procedimiento, la solicitud de consolidación sólo deberá ser notificada, con arreglo a la recomendación 19, a las empresas deudoras afectadas cuando la solicitud sea presentada por los acreedores. Con arreglo a las recomendaciones 22 y 23, no sería necesario que una solicitud de consolidación presentada por las propias empresas del grupo, al presentar una solicitud de apertura de un procedimiento, sea notificada a los acreedores, al igual que con arreglo a dichas recomendaciones no se habría de notificar la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia a los acreedores de la empresa que presente dicha solicitud.

127. Ahora bien, la incidencia eventual que puede tener una consolidación patrimonial sobre los derechos de los acreedores sugiere que tal vez sea conveniente que los acreedores afectados tengan derecho a ser notificados

de toda orden de consolidación emitida con ocasión de la apertura de un procedimiento y que tengan derecho a recurrir contra dicha orden, de conformidad con lo previsto en la recomendación 138. Lo primero que ha de considerarse en tal caso es si bastará con que se haya presentado un único recurso contra la orden para impedir que se proceda a la consolidación. Tal vez sea posible, por ejemplo, compensar a los acreedores que hayan recurrido, por verse notablemente perjudicados por la consolidación, una tasa de reembolso superior a la que sería aplicable a los demás acreedores no garantizados, apartándose en esto del principio de la igualdad en la repartición entre acreedores de una misma categoría. Cabría también excluir de la consolidación a ciertos acreedores que estén amparados por un contrato especial, como pudiera ser un acuerdo de financiación de proyectos de recurso limitado concertado con determinada empresa del grupo en términos estrictamente comerciales.

128. Cuando la consolidación sea solicitada por los acreedores estando ya abiertos los procedimientos, tal vez proceda que se dé aviso de la solicitud de consolidación a los representantes de la insolvencia de las empresas que vayan a ser consolidadas. Los avisos deberán darse por una vía eficaz y oportuna conforme a lo prescrito por el derecho interno.

f) Efecto de una orden de consolidación patrimonial

129. El régimen de la insolvencia debería prever los efectos que tendrá una orden de consolidación patrimonial. Cabe señalar al respecto: el trato del activo y del pasivo de cada empresa consolidada como si formasen parte de una única masa de la insolvencia; la cancelación de los créditos internos del grupo; el trato de los créditos frente a las empresas consolidadas como si se tratara de créditos frente a la masa consolidada; y el reconocimiento del orden de prelación calculado frente a cada empresa del grupo como orden de prelación frente a la masa consolidada (en la medida de lo posible, dada la dificultad antes mencionada). A raíz de una consolidación, se cancelarán, en general, mutuamente los créditos internos del grupo, por pasar todos ellos a ser exigibles a la misma y única masa consolidada de la insolvencia.

i) Impugnación de operaciones en las que sean parte empresas de un grupo que sean objeto de consolidación

130. Al decretarse la consolidación patrimonial de empresas de un mismo grupo, la impugnación de las operaciones concertadas entre las empresas consolidadas del grupo tropezará con la dificultad práctica de que los bienes

recuperables y la masa para la que se vayan a recuperar formarán parte de una misma masa consolidada de la insolvencia. Ahora bien, toda operación de una empresa del grupo consolidada con otra empresa del grupo o con una empresa externa al grupo será impugnabile con arreglo al régimen normal de la impugnación y con arreglo al método de cálculo del período de sospecha que sea aplicable en el lugar donde se ordene la consolidación. Cuando una operación sea impugnabile y ciertos bienes o su valor sean recuperables, la recuperación se hará en provecho de la masa consolidada.

ii) Cálculo del período de sospecha

131. Cuando se ordene una consolidación patrimonial estando ya abierto un procedimiento de insolvencia o cuando se extienda a otras empresas del grupo en fechas sucesivas, tal vez se haya de considerar cuál será la fecha más adecuada para el cálculo del denominado período de sospecha que permite impugnar ciertas operaciones (véase la segunda parte, cap. II, párrs. 188 a 191, y recomendación 89), a fin de que los prestamistas y otros terceros interesados gocen de seguridad al respecto. Esta cuestión será más ardua de resolver cuanto más tiempo transcurra entre la emisión de una orden de consolidación y la solicitud o la apertura de un procedimiento de insolvencia respecto de cada empresa del grupo. Optar por la fecha de emisión de la orden de consolidación como punto de partida para el cálculo retroactivo del período de sospecha, durante el cual sería impugnabile toda operación de una empresa consolidada, suscitaría tal vez problemas acerca de ciertas operaciones negociadas después de la fecha de solicitud o de apertura del procedimiento de insolvencia respecto de una u otra empresa del grupo y previas a la emisión de la orden de consolidación. Cabría fijar dicha fecha determinante del período de sospecha con arreglo a la recomendación 89, lo cual podría dar lugar a que se fijara una fecha distinta respecto de cada empresa del grupo que sea objeto de consolidación, lo que suscitaría dificultades prácticas. Pero cabría también fijar una fecha común determinante del período de sospecha, fijándola en la fecha de presentación de la primera solicitud de apertura o en la fecha de apertura efectiva del primer procedimiento de insolvencia respecto de cualquiera de las empresas consolidadas del grupo. Ahora bien, siempre será conveniente que el régimen de la insolvencia se pronuncie acerca de la fecha que procedería fijar a fin de salvaguardar la transparencia y previsibilidad debidas.

iii) Reorganización

132. En cuanto a los efectos de una consolidación patrimonial sobre una reorganización en marcha, cabe decir que el valor en liquidación, al que se

refiere la recomendación 152 b), sería el valor en liquidación de la masa consolidada, y no el de cada empresa del grupo antes de la consolidación. Cabe también que la orden de consolidación patrimonial convoque a los acreedores con miras a someter a votación el plan eventual de reorganización de las empresas consolidadas del grupo. De ser obligatorio reunir a los acreedores a raíz de una orden de consolidación patrimonial, posterior a la apertura de los procedimientos, todo acreedor de alguna empresa consolidada del grupo estaría legitimado para asistir a la reunión.

iv) Trato otorgable a las fianzas

133. Las fianzas dadas entre empresas de un grupo pueden verse afectadas de diversa manera por una orden de consolidación patrimonial. De haber salido una empresa de un grupo fiadora de otra, cabe que las dos sean objeto de una orden de consolidación o cabe que el fiador no lo sea. En el primer caso, a raíz de la orden quedaría extinguida la fianza y todo crédito nacido de ella en cuanto crédito interno del grupo. En el segundo caso, la fianza pudiera verse afectada por lo que disponga el régimen de la insolvencia respecto de los tratos entre personas allegadas (véase la segunda parte, cap. V, párr. 48). Cabe también que una empresa externa al grupo haya salido fiadora de una empresa del grupo que sea objeto de consolidación patrimonial. Salvo que el régimen de la insolvencia disponga algo al respecto, este caso se regirá por la ley que le sea aplicable, que tal vez restrinja todo crédito adquirido por el fiador a raíz del pago de la fianza. Cabe asimismo que una empresa del grupo haya salido fiadora, frente a un prestamista externo, de otra empresa del grupo en garantía personal del préstamo otorgado a la otra, en un supuesto en el que las dos empresas del grupo pasen a ser objeto de consolidación. Como ya se señaló, cuando la exigibilidad de una fianza dependa de la personalidad autónoma de cada empresa del grupo, lo probable es que el prestamista externo, titular de la fianza, sea tratado como un acreedor ordinario de la masa consolidada, salvo que el régimen de la insolvencia le reconozca alguna prelación sobre los acreedores ordinarios de las empresas consolidadas del grupo.

g) Modificación de una orden

134. Pese a que la irreversibilidad de ciertos efectos de una orden de consolidación patrimonial hace que no siempre sea posible o deseable modificar una orden ya emitida, puede suceder que la evolución del caso o la disponibilidad de nuevos datos hagan aconsejable que se modifique la orden original. Toda modificación debería estar supeditada a la condición de que todo derecho conferido o nacido a raíz de la orden inicial no se vea injustamente

afectado por la orden de modificación. Esos derechos dimanantes de una decisión, ya sea del tribunal, ya sea del representante de la insolvencia, pueden haber nacido de la venta de bienes o de la financiación otorgada a una empresa del grupo.

h) Exclusiones de una orden de consolidación patrimonial

135. Algunos regímenes han previsto lo que cabría llamar la consolidación patrimonial parcial o limitada, consistente en una orden de consolidación patrimonial que excluye de su ámbito ciertos bienes o ciertos créditos.

136. Estas exclusiones suelen ser poco frecuentes, dado que la consolidación patrimonial suele ordenarse si se cumple el requisito de una mezcla indiscriminada de bienes o el de la existencia de un plan fraudulento. Ahora bien, pueden darse otras circunstancias que justifiquen esa exclusión. Por ejemplo, si es fácil identificar al propietario de ciertos bienes que no haya participado en el plan fraudulento o si resulta posible aislar ciertos negocios de las empresas consolidadas del grupo del fraude cometido; cuando la inclusión de ciertos bienes en una orden de consolidación patrimonial pudiera exacerbar las consecuencias de un plan fraudulento; o si los bienes son onerosos, por ejemplo, bienes con repercusiones ambientales o bienes de administración ardua o costosa (véase la segunda parte, cap. II, párr. 88). Todo crédito asociado a un bien excluido seguiría a dicho bien. Cabe también que se limite el efecto de la consolidación a los créditos ordinarios, mientras que los acreedores garantizados externos podrán hacer valer sus créditos mediante el ejercicio de su garantía real (salvo que la validez de esa garantía dependa de la identidad jurídica propia de cierta empresa del grupo que se vaya a consolidar). Otro enfoque consistiría en excluir ciertos activos de la consolidación patrimonial a fin de no causar daño indebido a algunos acreedores, aunque esto es poco probable que se haga en casos de bienes entremezclados o de fraude.

i) Foro competente

137. Las cuestiones que se examinaron acerca de la solicitud conjunta y de la coordinación procesal serían igualmente aplicables al foro competente para ordenar la consolidación patrimonial (véanse los párrafos 17 a 19 *supra* y la recomendación 209).

Recomendaciones 219 a 231

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas a la consolidación patrimonial tienen por objeto:

- a) Ofrecer un marco legal para la consolidación patrimonial, pero respetando el principio básico de la identidad jurídica propia de cada empresa del grupo;
- b) Precisar las circunstancias sumamente limitadas en que cabrá recurrir a la consolidación patrimonial en aras de la transparencia y la previsibilidad; y
- c) Precisar el efecto de una orden de consolidación patrimonial, especificando el trato otorgable a las garantías reales.

Contenido de las disposiciones legislativas

Excepciones al principio de la identidad jurídica propia (párrafo 105)

219. El régimen de la insolvencia debería respetar la identidad jurídica propia de cada empresa de un grupo. Toda excepción a esta regla deberá estar fundada en alguno de los motivos enunciados en la recomendación 220.

Circunstancias en que podrá procederse a una consolidación patrimonial (párrafos 106 y 112 a 114)

220. Cabría especificar en el régimen de la insolvencia que, a instancia de una persona legitimada con arreglo a la recomendación 223 para solicitarla, el tribunal podrá ordenar la consolidación patrimonial, respecto de dos o más empresas de un mismo grupo, únicamente si se dan las circunstancias que a continuación se indican:

- a) El tribunal obra en el convencimiento de que el activo y el pasivo de las empresas del grupo afectadas están de tal forma entremezclados que no cabría deslindar la titularidad de los bienes y de las obligaciones sin incurrir en un gasto o una demora injustificados; o
- b) El tribunal obra en el convencimiento de que las empresas de un grupo practican actividades fraudulentas o negocios sin legitimidad comercial alguna y de que la consolidación patrimonial es esencial para enderezar dichas actividades o negocios.

Exclusiones de la consolidación patrimonial (párrafos 135 y 136)

221. En casos en los que el régimen de la insolvencia prevea, con arreglo a la recomendación 220, el recurso a una consolidación patrimonial, el régimen de la insolvencia debería facultar al tribunal para excluir ciertos bienes y

Recomendaciones 219 a 231 (continuación)

créditos del alcance de una orden de consolidación y precisar las circunstancias en que cabrá decretar tal exclusión.

*Solicitud de consolidación patrimonial**— Momento para presentar una solicitud (párrafos 117 y 118)*

222. El régimen de la insolvencia debería especificar que podrá presentarse una solicitud de consolidación patrimonial al solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia con respecto a empresas del grupo o en cualquier momento ulterior³⁸.

— Personas legitimadas para solicitar una consolidación patrimonial (párrafos 115 y 116)

223. El régimen de la insolvencia debería indicar cuáles son las personas que podrán presentar una solicitud de consolidación patrimonial, entre las que podrán figurar toda empresa del grupo y un acreedor o el representante de la insolvencia de tal empresa.

Efecto de una orden de consolidación patrimonial (párrafos 129 a 133)

224. El régimen de la insolvencia debería precisar que una orden de consolidación patrimonial dará lugar a que³⁹:

- a) El activo y el pasivo de toda empresa consolidada del grupo sean tratados como si formaran parte de una única masa de la insolvencia;
- b) Queden cancelados los créditos y las deudas entre las empresas del grupo que sean objeto de la orden emitida; y
- c) Los créditos contra las empresas del grupo afectadas por dicha orden sean tratados como si fueran créditos contra la única masa patrimonial.

Trato que procede dar a las garantías reales en el marco de una consolidación patrimonial (párrafos 121 a 124)

225. El régimen de la insolvencia debería especificar que los derechos y la prelación de un acreedor amparado por una garantía real, sobre algún bien de una empresa del grupo que sea objeto de una orden de consolidación patrimonial, deberán ser respetados, en lo posible, en la consolidación patrimonial, salvo que:

³⁸La posibilidad de ordenar una consolidación patrimonial en una etapa avanzada de los procedimientos de insolvencia se analiza en el comentario (véanse los párrafos 117 y 118 *supra*).

³⁹El efecto en las garantías reales se aborda en la recomendación 225 y en los párrafos 121 a 124 *supra*.

- a) La deuda garantizada sea puramente interna entre empresas del grupo y haya quedado cancelada a resultas de la consolidación;
- b) Se determine que la garantía real se obtuvo mediante un acto fraudulento en el que intervino el acreedor; o
- c) La operación constitutiva de la garantía real sea impugnada de conformidad con las recomendaciones 87, 88 o 217.

Reconocimiento de la prelación en el marco de una consolidación patrimonial (párrafo 125)

226. El régimen de la insolvencia debería especificar que, en una consolidación patrimonial, deberá reconocerse, en lo posible, el orden de prelación establecido con arreglo al régimen de la insolvencia y aplicable respecto de cada empresa del grupo antes de emitirse la orden de consolidación.

Reuniones de acreedores (párrafo 132)

227. El régimen de la insolvencia debería especificar que, de exigirse que se celebre, a raíz de una orden de consolidación patrimonial, una reunión de acreedores, tendrán derecho a asistir a ella los acreedores de toda empresa del grupo que vaya a ser consolidada.

Cálculo del período de sospecha a raíz de una consolidación patrimonial (párrafos 130 y 131)

228. 1) El régimen de la insolvencia debería indicar la fecha a partir de la cual se habrá de calcular el período de sospecha para la determinación de las operaciones impugnables del tipo indicado en la recomendación 87, a raíz de ordenarse una consolidación patrimonial, respecto de dos o más empresas del grupo.

2) La fecha a partir de la cual se ha de calcular retroactivamente el período de sospecha, con arreglo a lo previsto en la recomendación 89, podrá ser:

a) Una fecha distinta para cada empresa del grupo incluida en la orden de consolidación, pudiendo ser tanto la fecha de la solicitud de apertura como la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia respecto de cada una de ellas; o

b) Una misma fecha para todas las empresas del grupo a las que sea aplicable la consolidación patrimonial, que corresponderá a: i) la fecha de presentación de la primera solicitud de apertura de un procedimiento o a la fecha de apertura de tal procedimiento contra cualquiera de ellas; ii) la fecha en que se presentaron todas las solicitudes de apertura o en que se abrieron todos los procedimientos.

Recomendaciones 219 a 231 (continuación)*Modificación de una orden de consolidación patrimonial (párrafo 134)*

229. El régimen de la insolvencia debería especificar que una orden de consolidación patrimonial podrá ser modificada, siempre y cuando no se vean afectados los actos o decisiones ya adoptados a raíz de la orden de consolidación que se vaya a modificar⁴⁰.

Foro competente (párrafo 137)

230. A efectos de la recomendación 13, las palabras “para abrir y sustanciar procedimientos de insolvencia, así como para conocer de las cuestiones que se planteen en el curso de las actuaciones” se refieren también a la solicitud y a la emisión de una orden de consolidación patrimonial⁴¹.

Notificación de una consolidación patrimonial (párrafos 126 a 128)

231. El régimen de la insolvencia debería establecer los requisitos para dar aviso de toda solicitud y de toda orden de consolidación patrimonial o de modificación de una consolidación patrimonial, indicándose además su alcance; las partes a las que se deberá dar aviso; el autor de dicho aviso; y su contenido.

E. Participantes

1. Nombramiento de un representante de la insolvencia

138. El nombramiento y la función del representante de la insolvencia se examinan en la segunda parte, capítulo III, párrafos 36 a 74. Las cuestiones que se examinaron serían en general aplicables, junto con las recomendaciones 115 a 125, en el contexto de un grupo de empresas.

a) Coordinación procesal

139. Al declararse abierto más de un procedimiento, contra varias empresas de un grupo, podrá o no dictarse una orden de coordinación procesal al respecto, pero en uno y otro caso la coordinación de dichos procedimientos se vería facilitada si el régimen de la insolvencia previera disposiciones concretas que fomentaran la coordinación, de modo similar a

⁴⁰No se pretende que el término “modificación” incluya la revocación de una orden de consolidación patrimonial.

⁴¹Los criterios que podrían ser pertinentes para determinar el foro competente se analizan en el comentario (véase el párrafo 18 *supra*).

los artículos 25 y 26 de la Ley Modelo de la CNUDMI, e indicaran la manera de lograrla, de modo similar al artículo 27 de la Ley Modelo. Cabría adoptar dicho enfoque respecto de la coordinación entre los diversos tribunales que estén administrando procedimientos de insolvencia frente a diversas empresas de un mismo grupo y respecto de la coordinación entre los diversos representantes de la insolvencia designados en el marco de cada procedimiento, incluidos los nombrados a título temporal⁴². En el contexto de un grupo, cabría extender las obligaciones de los representantes de la insolvencia, con arreglo a las recomendaciones 111, 116, 117 y 120, a diversos aspectos de la coordinación procesal, en particular: a la comunicación y el intercambio de información; a la aprobación y aplicación de todo pacto concertado para la delimitación de poderes y obligaciones entre los representantes de la insolvencia; y a la cooperación en el uso y disposición de los bienes de su respectiva masa, la propuesta y negociación de planes coordinados de reorganización (salvo que sea posible, conforme se examina más adelante, preparar un único plan para el grupo), el recurso a la impugnación, la presentación y admisión de los créditos y en la repartición de cuotas entre los acreedores. El régimen de la insolvencia podría agilizar también la solución de las controversias entre representantes de la insolvencia.

140. De haberse designado distintos representantes de la insolvencia para cada empresa del grupo, cabe que el régimen de la insolvencia permita que uno de ellos asuma el cometido de coordinar la actuación de todos ellos. Ese representante pudiera ser, por ejemplo, el representante de la sociedad matriz del grupo si ésta es a su vez objeto de un procedimiento de insolvencia. Aun cuando esa función rectora sea reflejo de la estructura o de la realidad económica del grupo, debe preservarse la igualdad jurídica entre los representantes de la insolvencia. Cabe también que el ejercicio de la función coordinadora por uno de los representantes de la insolvencia sea libremente negociado entre ellos, en la medida en que lo permita el derecho interno aplicable. Pese a esos pactos de coordinación, todos los representantes de la insolvencia seguirán siendo responsables del cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a las leyes del foro por las que fueron nombrados, ya que dichos pactos no son utilizables para mermar o eliminar esas obligaciones.

141. En algunos países cabe que la función coordinadora recaiga sobre tribunales y no sobre representantes de la insolvencia. De ser ese el caso, y de intervenir diversos tribunales en las actuaciones abiertas respecto de

⁴²El glosario explica que por “representante de la insolvencia” debe entenderse también a los nombrados a título temporal (*Guía Legislativa de la CNUDMI* (véase la nota 3 de pie de página), véase Introducción, sección B).

las diversas empresas del grupo, sería conveniente que lo dispuesto acerca de la coordinación de los procedimientos sea también aplicable a estos tribunales, otorgándoseles las facultades previstas en el artículo 27 de la Ley Modelo de la CNUDMI.

b) Nombramiento de un único o el mismo representante de la insolvencia

142. La coordinación de diversos procedimientos se vería también facilitada, sin duda, por el nombramiento de un único o el mismo representante de la insolvencia para administrar a las diversas empresas del grupo que sean objeto de un procedimiento de insolvencia. En la práctica, tal vez sea posible nombrar un único representante para las diversas actuaciones abiertas, o tal vez sea preciso nombrar al mismo representante en el marco de cada procedimiento abierto, según lo que disponga la ley procesal y cuál sea el número de tribunales que intervengan. Si bien se mantendría separada la administración de cada empresa del grupo (como en el caso de la coordinación procesal), la designación de un único representante facilitaría la coordinación de la administración de las diversas masas de la insolvencia, reduciendo los gastos y las demoras y facilitando la obtención de información acerca del grupo en su conjunto. Con respecto a este último punto, se ha de obrar con prudencia en el empleo de la información, velando en particular por la observancia de los requisitos de confidencialidad respecto de cada empresa del grupo. Aun cuando en algunos Estados este tipo de designación en el contexto de un grupo se ha convertido en práctica habitual, muchos regímenes de la insolvencia no regulan la cuestión del nombramiento de un único representante de la insolvencia. Aunque en menor medida, esta práctica se sigue también en casos de insolvencia transfronteriza, donde se ha nombrado a representantes de la insolvencia de la misma empresa internacional en diferentes países⁴³.

143. Al decidirse si procede nombrar a un único o al mismo representante de la insolvencia, se habrán de considerar la naturaleza del grupo, el grado de integración entre sus empresas y su estructura comercial. Será además sumamente deseable que toda persona nombrada para dicho cargo posea la experiencia y el saber necesarios, conforme ya se indicó en la segunda parte, capítulo III, párrafo 39, lo cual deberá ser cuidadosamente verificado, a fin de que su nombramiento sea conveniente para cada empresa afectada del grupo. Sería de desear que sólo se nombre a un único o el mismo

⁴³Véase la *Guía de Prácticas de la CNUDMI* (véase la nota 2 de pie de página *supra*), capítulo III, párrafo 10 *j*), referente a casos registrados en Hong Kong (Región Administrativa Especial de China), así como en las Islas Vírgenes y las Bermudas.

representante de la insolvencia respecto de dos o más empresas del grupo cuando ello sea en provecho de la administración de la insolvencia en cuanto tal.

144. De nombrarse un único o el mismo representante de la insolvencia para administrar a varias empresas de un grupo unidas por una compleja red de vínculos financieros y comerciales, pero con grupos de acreedores diferentes, existe el riesgo de que el representante pierda su independencia y neutralidad. Pueden surgir conflictos de intereses en materia, por ejemplo, de garantías recíprocas, deudas y créditos internos del grupo, financiación posterior a la apertura de un procedimiento, la declaración y verificación de los créditos, o la conducta indebida de una de las empresas respecto de otra empresa del grupo. La obligación de revelar todo conflicto de intereses posible o existente, enunciada en las recomendaciones 116 y 117, será también aplicable en el contexto de un grupo. Como salvaguardia frente a dicho riesgo, cabría exigir que el representante de la insolvencia se comprometa a recabar el parecer del tribunal en todo supuesto de conflicto eventual de intereses o que sea obligado a hacerlo por ley o norma de ética profesional. Cabría asimismo que el régimen de la insolvencia prevea la designación, en dichos casos, de uno o más representantes de la insolvencia para administrar los intereses de cada empresa en caso de conflicto de intereses. Esa designación podría hacerse respecto del punto conflictivo, por toda la duración de las actuaciones o limitándola a la resolución de dicho conflicto.

c) Deudor en posesión del negocio

145. Si el régimen de la insolvencia permite que el deudor siga en posesión de su negocio, y que no se nombre un representante de su insolvencia, tal vez se haya de determinar cómo procederá coordinar los procedimientos que se hayan abierto y la medida en que las obligaciones que se asignan a este respecto al representante de la insolvencia, particularmente las adicionales descritas en párrafos anteriores, habrán de ser asumidas por todo deudor que siga en posesión de su negocio (véase la segunda parte, cap. III, párrs. 16 a 18). En la medida en que un deudor en posesión del negocio haya de asumir las funciones de un representante de la insolvencia, se habrá de considerar también hasta qué punto le será aplicable lo dispuesto en el régimen de la insolvencia acerca del nombramiento eventual de un único o el mismo representante de la insolvencia o acerca de que uno de los representantes nombrados asuma una función rectora en la coordinación de los procedimientos abiertos.

Recomendaciones 232 a 236

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas al nombramiento de un representante de la insolvencia en el contexto de un grupo de empresas tienen por objeto:

a) Permitir el nombramiento de un único o de un mismo representante de la insolvencia para facilitar la coordinación de los procedimientos que se hayan abierto respecto de dos o más empresas de un grupo; y

b) Alentar, en supuestos en que se nombren dos o más representantes de la insolvencia, la cooperación entre dichos representantes con miras a evitar que se duplique la labor, así como a facilitar el intercambio de información sobre la situación financiera y comercial del grupo de empresas en su conjunto y reducir gastos.

Contenido de las disposiciones legislativas

Nombramiento de un único o el mismo representante de la insolvencia (párrafos 142 a 144)

232. El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando se determine que tal medida redundará en provecho de la administración de los procedimientos de insolvencia abiertos respecto de dos o más empresas de un grupo, podrá nombrarse un único o el mismo representante de la insolvencia para administrar esos procedimientos⁴⁴.

Conflictos de intereses (párrafo 144 y segunda parte, capítulo III, párrafos 42 y 43)

233. El régimen de la insolvencia debería prever medidas para dirimir todo conflicto de intereses que pudiera surgir en el supuesto de que se nombre a un único o a un mismo representante de la insolvencia en el marco de procedimientos de insolvencia abiertos respecto de dos o más empresas de un grupo. Entre esas medidas cabría prever la de que se nombren uno o más representantes adicionales de la insolvencia.

Cooperación entre dos o más representantes de la insolvencia en el contexto de un grupo de empresas (párrafos 139 y 140)

234. El régimen de la insolvencia podrá disponer que en el supuesto de que se nombren distintos representantes de la insolvencia para administrar

⁴⁴Si bien la recomendación 118 trata del nombramiento del representante de la insolvencia, no recomienda su nombramiento por ninguna autoridad en particular, sino que se remite al régimen de la insolvencia. Ese mismo enfoque sería aplicable en el contexto de un grupo de empresas (véase la *Guía Legislativa de la CNUDMI* (véase la nota 3 de pie de página), segunda parte, capítulo III, párrafos 44 a 47).

procedimientos de insolvencia abiertos respecto de dos o más empresas de un grupo, dichos representantes deberán cooperar entre sí en la medida de lo posible⁴⁵.

Cooperación entre dos o más representantes de la insolvencia en el marco de la coordinación procesal (párrafos 139 y 140)

235. El régimen de la insolvencia debería disponer que, siempre que se nombre más de un representante de la insolvencia para sustanciar procedimientos de insolvencia que estén sujetos a coordinación procesal, los representantes así nombrados deberán cooperar entre sí en la medida de lo posible.

Cooperación en la medida de lo posible entre representantes de la insolvencia (párrafos 139 y 140)

236. El régimen de la insolvencia debería especificar que la cooperación en la medida de lo posible entre representantes de la insolvencia deberá llevarse a cabo por cualquier medio apropiado, en particular:

a) Facilitándose e intercambiando información acerca de las empresas del grupo que sean objeto de un procedimiento de insolvencia, siempre y cuando se adopte toda medida que proceda para amparar todo dato que sea confidencial;

b) Aprobando y poniendo en práctica acuerdos para la distribución de funciones entre los representantes de la insolvencia, asignándose cuando proceda una función coordinadora a un solo representante;

c) Coordinando la administración y supervisión del negocio de toda empresa del grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia, prestando particular atención al curso normal de cada negocio que haya de seguir en marcha, así como a la financiación tras la apertura de un procedimiento, la preservación de los bienes de la masa, al uso o la enajenación de dichos bienes, al ejercicio de toda acción de impugnación que proceda, a los contactos con los acreedores y las reuniones de acreedores, a la presentación y admisión de los créditos, incluidos los créditos internos, y a la repartición entre los acreedores del producto disponible a raíz de la realización de los bienes;

d) Coordinando la propuesta y negociación de planes de reorganización.

⁴⁵Además de las disposiciones del régimen de la insolvencia relativas a la cooperación y la coordinación, el tribunal podrá en general indicar medidas que deban adoptarse a tal fin en el curso de la sustanciación de los procedimientos.

F. Reorganización de dos o más empresas de un grupo

146. Las recomendaciones 139 a 159 tratan de la preparación, propuesta, contenido, aprobación y ejecución de un plan de reorganización. Por lo general, dichas recomendaciones serán aplicables en el contexto de un grupo de empresas.

1. Planes de reorganización coordinados

147. De abrirse procedimientos de reorganización respecto de dos o más empresas del mismo grupo, se haya o no previsto su coordinación eventual, una cuestión que no se aborda en ninguna otra parte de la *Guía* es la de saber si existe la posibilidad de reorganizar las empresas deudoras con arreglo a un único plan que abarque a varias de ellas, o con arreglo a planes coordinados, esencialmente similares para cada empresa. Tales planes permitirían coordinar la solución de las dificultades financieras del grupo, efectuar economías en el marco de cada procedimiento y maximizar el valor reembolsable a los acreedores. Si bien varios regímenes de la insolvencia permiten que se negocie un único plan de reorganización, con arreglo a algunos de ellos sólo será posible hacerlo si el tribunal ordena una coordinación procesal o una consolidación patrimonial, mientras que con arreglo a otros sólo suele ser posible si se pacta una coordinación consensual de los procedimientos.

148. La adopción de un único plan o de planes coordinados requeriría, en la práctica, que se preparara y aprobara, en el marco de cada procedimiento abierto contra una empresa del grupo que vaya a ser incluida en el plan, un plan idéntico o similar al de las demás. La aprobación de cada plan habría de efectuarse, respecto de cada empresa incluida en el plan, por sus propios acreedores, que ejercitarían su voto conforme a lo previsto para la aprobación de un plan respecto de una única empresa; no sería conveniente que se procediera a la aprobación de un plan en el marco global del grupo en su conjunto, dado que ello permitiría que una mayoría global de acreedores de distintas empresas del grupo imponga el plan así aprobado a empresas cuyos acreedores no lo deseen. La preparación de un plan para todas las empresas del grupo y su aprobación deben respetar la necesidad de que el plan definitivo sea aprobado por todas ellas, por lo que se debería indicar cuáles serían las ventajas del plan para cada una de ellas, dándose la información que proceda al respecto. Esas cuestiones están ya previstas en las recomendaciones 143 y 144⁴⁶, relativas al contenido del plan y a la nota informativa

⁴⁶Véase también la *Guía Legislativa de la CNUDMI* (véase la nota 3 de pie de página), segunda parte, capítulo IV, párrafos 17 a 25.

adjunta. Entre los datos adicionales que cabría facilitar en el contexto de un grupo figurarían los datos relativos a las operaciones internas del grupo, las vinculaciones entre las empresas del grupo, la posición en el grupo de cada empresa a la que se vaya a aplicar el plan y el funcionamiento del grupo en cuanto tal.

149. En ese plan o esos planes de reorganización, se deberá tener en cuenta la diversidad de intereses de los acreedores de distintas empresas del grupo, por lo que tal vez sea deseable que, en ciertos casos, se prevean tasas de reembolso distintas para los acreedores de distintas empresas del grupo. Deberá procurarse también conciliar debidamente los intereses de los acreedores de las distintas empresas del grupo al calcular la mayoría exigible para la aprobación del plan, tanto entre los acreedores de cada empresa como entre los acreedores de diferentes empresas del grupo. Convendría también tener en cuenta la clasificación de los créditos y las categorías de acreedores, así como las modalidades de votación para la aprobación del plan por los acreedores, particularmente en el supuesto de que las empresas de un grupo sean acreedoras unas de otras y se consideren por ello “personas allegadas” (véase el párrafo 150 *infra*). El cálculo de la mayoría exigible, en el contexto de un grupo, tal vez obligue a determinar cómo se habrá de computar el voto de acreedores con un mismo tipo de crédito, pero frente a distintas empresas del grupo, en supuestos en los que dichos créditos no gocen en cada caso de idéntica prelación. Tal vez se haya de considerar también si el rechazo del plan por los acreedores de una sola empresa del grupo podrá impedir la aprobación del plan a nivel del grupo, o qué otras consecuencias cabe atribuir a dicho rechazo. Cabría tratar de resolver estas cuestiones inspirándose en el régimen previsto para la aprobación de un plan de reorganización para una única empresa deudora. Pero cabría también calcular las mayorías cualificadas exigibles en cada caso con miras a facilitar la aprobación del plan a nivel del grupo en su conjunto. Cabría prever además salvaguardias como las enunciadas en la recomendación 152, a las que se añadiría el requisito de que los planes resulten equitativos para los acreedores de las distintas empresas del grupo.

150. En el contexto de un grupo, cabe calificar de persona allegada a toda persona que esté o que haya estado en un puesto de control de la empresa deudora o de la sociedad matriz, una filial o una empresa asociada de la empresa deudora (véase el glosario principal, párrafo 12 *jj*). El ejercicio del voto por personas allegadas para la aprobación de un plan se examina en el párrafo 48 del capítulo IV de la segunda parte, y se señala que pese a que algunos regímenes de la insolvencia restringen de diverso modo el ejercicio del voto por personas allegadas, la mayoría de los regímenes de la insolvencia no se ocupan de esta cuestión. Cabe observar que cuando el régimen de la insolvencia aplicable ha previsto dichas restricciones, puede

que ello cause dificultades en algunos grupos cuando una determinada empresa del grupo tenga únicamente acreedores catalogables como personas allegadas o tenga muy pocos acreedores que no lo sean.

151. Cabe que el régimen de la insolvencia haya previsto las consecuencias de que no se apruebe uno o varios planes de reorganización, conforme se indica en la recomendación 158. El régimen aplicable en cierto país prevé, por ejemplo, que la no aprobación de un plan dará lugar a que se proceda a la liquidación de todas las empresas insolventes del grupo. Para el caso de que empresas solventes decidan participar voluntariamente en un plan, convendría haber previsto alguna regla que impida que dicha liquidación reporte ventajas o desventajas indebidas a otros.

2. Inclusión de una empresa solvente del grupo en un plan de reorganización

152. En los párrafos 11 a 15 se examinó la posibilidad de incluir a una empresa solvente de un grupo en una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia. Se indicó que cabía que una empresa aparentemente solvente satisfaga, a raíz de una indagación detenida, el criterio de apertura previsto por riesgo de insolvencia inminente, siéndole por ello mismo aplicable lo dispuesto en la recomendación 15. Dicho riesgo no es inhabitual en el contexto de un grupo de empresas donde la insolvencia de una empresa puede muy bien dar lugar a la insolvencia de otra. Pero si ese riesgo no es inminente, lo normal es que una empresa solvente de un grupo no pueda participar en un plan de reorganización preparado para las empresas de ese grupo que sean objeto de un procedimiento de insolvencia. No obstante, pueden darse casos en los que convenga y sea viable cierto grado de participación, a título voluntario, de una empresa solvente de un grupo en un plan de reorganización. Esta participación de empresas solventes de un grupo no es, en la práctica, inusual. La empresa solvente puede, sin duda, facilitar la reorganización de otras empresas del grupo y quedaría vinculada contractualmente al plan si éste se aprueba y, si se requiere, se confirma. La decisión por la que una empresa solvente del grupo acepta participar en un plan de reorganización sería adoptada en el curso normal del negocio de dicha empresa, por lo que no sería necesario recabar el consentimiento de sus acreedores, salvo que lo exija el derecho interno aplicable de sociedades. Respecto de toda nota informativa que se adjunte a un plan en el que se haya incluido una empresa solvente del grupo, deberá obrarse con cautela al darse información acerca de dicha empresa.

Recomendaciones 237 y 238

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas a los planes de reorganización concertados en el contexto de un grupo de empresas tienen por objeto:

a) Facilitar la reorganización coordinada de los negocios de las empresas de un mismo grupo declaradas en situación de insolvencia, a fin de preservar el empleo laboral y de amparar, siempre que proceda, el valor de las inversiones; y

b) Facilitar la negociación y aprobación de planes de reorganización coordinados en el marco de los procedimientos de insolvencia abiertos respecto de dos o más empresas de un mismo grupo.

Contenido de las disposiciones legislativas

Planes de reorganización coordinados (párrafos 147 a 151)

237. El régimen de la insolvencia debería permitir que, en el marco de los procedimientos de insolvencia abiertos respecto de dos o más empresas de un mismo grupo, se propongan planes de reorganización coordinados.

Inclusión de una empresa solvente de un grupo en un plan de reorganización para una empresa insolvente del grupo (párrafo 152)

238. El régimen de la insolvencia debería especificar que una empresa del grupo que no sea objeto de un procedimiento de insolvencia podrá participar voluntariamente en el plan de reorganización propuesto para dos o más empresas del mismo grupo que sí sean objeto de un procedimiento de insolvencia.

III. Grupos de empresas en situaciones de insolvencia: cuestiones internacionales

A. Introducción

1. En la introducción a la *Guía de Prácticas (de la CNUDMI) sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza*⁴⁷ se indica que si bien desde el decenio de 1990 ha aumentado notablemente el número de casos de insolvencia transfronteriza, esta tendencia no se ha reflejado en el número de regímenes jurídicos adoptados, tanto nacionales como internacionales, con que hacer frente a tales casos. Muchas veces, la falta de tales regímenes ha hecho que se adoptaran enfoques inadecuados o no coordinados, de imprevisible aplicación, que no sólo han obstaculizado la rehabilitación de empresas con dificultades financieras y la administración equitativa y eficaz de los casos de insolvencia transfronteriza, sino que además han impedido que se protegiera y se optimizara el valor de los bienes del deudor insolvente. Además, las diferencias y, en algunos casos, los conflictos entre los regímenes nacionales han creado obstáculos innecesarios para el logro de los objetivos económicos y sociales básicos de los procedimientos de insolvencia. A menudo ha habido falta de transparencia al no existir reglas claras sobre el reconocimiento de los derechos y de la prelación de los acreedores existentes, el tratamiento de los acreedores extranjeros y la ley que será aplicable a las cuestiones transfronterizas. Si bien muchas de esas deficiencias ya son evidentes en los regímenes nacionales de la insolvencia, sus repercusiones pueden ser mucho mayores en los casos transfronterizos, particularmente cuando se proceda a la reorganización de una empresa insolvente.

2. Además de la insuficiencia de los regímenes existentes, la incertidumbre acerca de cómo se aplicarán en la práctica y los consiguientes costos y demoras en su aplicación han incrementado la inseguridad, lo cual puede repercutir en las corrientes de capital y en la inversión transfronteriza. Hay factores que varían, como la aceptación de distintos tipos de procedimientos, la comprensión de conceptos clave y el trato dado a las partes interesadas en procedimientos de insolvencia. Por ejemplo, hay países en que tienen lugar más procedimientos de reorganización o rehabilitación que en otros. Hay grandes variaciones entre los países en lo que respecta a la participación

⁴⁷Véase la *Guía de Prácticas de la CNUDMI* (véase la nota 2 de pie de página *supra*).

de los acreedores garantizados en procedimientos de insolvencia y al trato dado a dichos acreedores. Varían también según los países los tipos reconocidos de procedimientos y sus efectos. En el contexto de los procedimientos de reorganización cabe citar, como ejemplo, los casos en que la ley de un Estado prevea que un deudor en posesión de sus bienes siga ejerciendo funciones de gestión, mientras que en otro Estado en el que se lleve a cabo simultáneamente un procedimiento de insolvencia contra el mismo deudor se destituirá a los directivos o se liquidará la empresa del deudor. En muchos regímenes nacionales de la insolvencia se ha propugnado que, en sus propios procedimientos de insolvencia, se aplique el principio de la universalidad y se persiga el objetivo de un procedimiento unificado en virtud del cual las órdenes judiciales tengan validez respecto de los bienes ubicados en el extranjero. Al mismo tiempo, esos regímenes no reconocen la universalidad reclamada en procedimientos de insolvencia extranjeros. Además de las diferencias entre conceptos fundamentales y el trato dado a los participantes, algunos de los efectos de los procedimientos de insolvencia, como la aplicación de una paralización o suspensión de acciones contra el deudor o sus bienes, considerados elementos clave de muchos regímenes, no pueden trasladarse eficazmente de un país a otro.

3. En los modelos que se han creado a nivel internacional para resolver las cuestiones relativas a la insolvencia transfronteriza nunca se ha abordado satisfactoriamente el tema de los grupos de empresas. Cuando la Cámara de los Lores del Reino Unido examinó la posibilidad de que ese país suscribiera al Convenio europeo relativo a los procedimientos de insolvencia, la comisión competente observó que el instrumento no abordaba la cuestión de los grupos de empresas, que es el modelo de organización mercantil más corriente. Cuando el Convenio pasó a ser el Reglamento del Consejo de la Unión Europea (CE) Núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, de 29 de mayo de 2000, el tema seguía sin abordarse. Cuando se debatió el texto de lo que luego sería la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (en adelante, “la Ley Modelo”) se consideró que la cuestión de los grupos todavía estaba “lejos”.

4. Muchos casos ilustran uno de los problemas clave con respecto a los grupos de empresas en el contexto internacional. Cuando los negocios son llevados de forma integrada por empresas de un grupo en distintos Estados, por ejemplo, en grupos de comunicaciones como KPNQwest⁴⁸ o Nortel Net-

⁴⁸KPNQwest era un grupo de telecomunicaciones que era propietario y que explotaba redes de transmisión por cable de fibra óptica en Europa y los Estados Unidos. Las principales redes estaban dispuestas en forma de anillos: en el anillo que circundaba Europa, el tramo francés pertenecía a una filial francesa; el tramo alemán, a una filial alemana, y así sucesivamente. Al quebrar la empresa matriz holandesa, muchas de las filiales se vieron obligadas a solicitar la protección de los tribunales en el país en que se habían constituido. Nadie pudo coordinar las actuaciones y el grupo fue efectivamente desmembrado.

works Corporation⁴⁹, en grupos de fabricantes como Federal Mogul Global Inc⁵⁰. o en empresas de servicios financieros como Lehman Brothers Holdings Inc.⁵¹, es probable que se produzca un fracaso general que traiga consigo la apertura de varios e incluso muy numerosos procedimientos de insolvencia independientes en varios Estados contra cada una de las empresas insolventes del grupo. A menos que esos procedimientos se coordinen, es improbable que todo el grupo pueda reorganizarse y tal vez tenga que desmembrarse. Por lo general en caso de insolvencia se rompen las relaciones internas entre las empresas del grupo que determinan la forma en que se estructura y funciona el grupo mientras es solvente. Suele generarse una clara tensión entre, por una parte, el criterio tradicional de entidad jurídica independiente para reglamentar las empresas y sus efectos jurídicos en situaciones de insolvencia y, por la otra, la facilitación de la apertura de un procedimiento de insolvencia contra un grupo de empresas o contra algunas de las empresas del grupo en un contexto transfronterizo de modo que coadyuva al objetivo de obtener el máximo valor posible de la masa en beneficio de todos los acreedores. La historia de la insolvencia transfronteriza desde el caso Maxwell en 1991⁵² pone de relieve los problemas con que se tropieza al diligenciar actuaciones paralelas y la necesidad de tomar conocimiento de las soluciones creativas que se hayan encontrado. Algunas de esas soluciones se estudian en la *Guía de Prácticas*⁵³, pero la elaboración de un régimen legislativo que aborde la insolvencia transfronteriza de grupos de empresas sigue siendo un problema al que todavía no se ha hecho frente.

5. Últimamente se ha hablado mucho de cuál podría ser la base de un régimen jurídico para abordar la insolvencia transfronteriza de grupos de empresas. Entre las sugerencias que se han hecho cabe destacar la de adaptar el concepto de “centro de los principales intereses” en la medida en que se aplica a cada deudor y a un grupo de empresas, de manera que todos los procedimientos contra las empresas del grupo puedan iniciarse y administrarse desde un único centro a través de un solo tribunal y con sujeción a

⁴⁹Mencionado en la *Guía de Prácticas de la CNUDMI* (véase la nota 2 de pie de página *supra*), anexo 1, caso núm. 28: Ontario Superior Court of Justice, Toronto, caso núm. 09-CL-7950 (14 de enero de 2009), y United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, caso núm. 09-10138 (15 de enero de 2009).

⁵⁰Mencionado en la *Guía de Prácticas de la CNUDMI* (véase la nota 2 de pie de página *supra*), anexo 1, caso núm. 10: United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, caso núm. 01-10578, y High Court of England and Wales, Chancery Division in London (2001).

⁵¹Mencionado en la *Guía de Prácticas de la CNUDMI* (véase la nota 2 de pie de página *supra*), anexo 1, caso núm. 16: United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, caso núm. 08-13555 (17 de junio de 2009).

⁵²*Maxwell Communication Corporation plc*: mencionado en la *Guía de Prácticas de la CNUDMI* (véase la nota 2 de pie de página *supra*), anexo I, caso núm. 24: United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, núm. 91 B 15741 (15 de enero de 1992), y High Court of England and Wales, Chancery Division, Companies Court, caso núm. 0014001 de 1991 (31 de diciembre de 1991).

⁵³Véase la *Guía de Prácticas de la CNUDMI* (véase la nota 2 de pie de página *supra*), capítulos II y III.

una única ley aplicable. Otra sugerencia fue la de determinar un centro de coordinación del grupo, remitiéndose a la ubicación de la empresa matriz del grupo, o permitir que las empresas del grupo soliciten la apertura de un procedimiento de insolvencia en el Estado en que se hayan entablado procedimientos contra la empresa matriz insolvente del grupo⁵⁴.

6. Estas propuestas plantean importantes y difíciles cuestiones. Algunas de ellas se refieren al carácter mismo de los grupos de empresas multinacionales y a la forma en que funcionan —cómo definir lo que constituye un grupo de empresas a efectos de la insolvencia y especificar los factores que pueden ser importantes para determinar dónde está situado el centro del grupo, suponiendo que cada grupo sólo tenga un centro—, así como a las cuestiones de jurisdicción sobre las empresas que integran el grupo, o si se dan las condiciones para abrir un procedimiento de insolvencia y la ley aplicable. Otras se refieren al problema que supone llegar a un amplio acuerdo internacional sobre estas cuestiones a fin de encontrar una solución que se aplique de forma coherente y amplia, y posiblemente vinculante, para que haya más certeza y previsibilidad en lo relativo a la insolvencia transfronteriza de los grupos de empresas.

B. Promoción de la cooperación transfronteriza en los casos de insolvencia de grupos de empresas

1. Introducción

7. El primer paso para resolver el problema de la forma de facilitar el tratamiento global de los grupos de empresas en casos de insolvencia puede consistir en lograr que los principios de la cooperación transfronteriza se apliquen a la insolvencia de grupos de empresas. La cooperación entre tribunales y representantes de la insolvencia en los casos de insolvencia en que intervengan grupos de empresas multinacionales puede contribuir a facilitar la previsibilidad comercial y a aumentar la certeza para el comercio y los intercambios, así como a una administración justa y eficiente de los procedimientos que proteja los intereses de las partes, optimice el valor de los bienes de las empresas del grupo para preservar el empleo y reduzca al mínimo los costos. Aunque hay grupos de empresas en que tal vez los procedimientos de insolvencia separados sean una posibilidad factible si el grupo no está muy integrado y las empresas que lo componen son relativamente

⁵⁴Estas cuestiones se estudian de forma pormenorizada en los documentos de trabajo del Grupo de Trabajo V de la CNUDMI (Régimen de la Insolvencia) —véase A/CN.9/WG.V/WP/90/Add.1, párrafos 5 y 6; A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1, párrafos 3 a 12; A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4, párrafos 3 a 15; A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2, párrafos 2 a 17; A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2, párrafos 6 a 12. Disponibles en http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html.

independientes las unas de las otras, en el caso de muchos grupos la cooperación puede ser la única forma de reducir el riesgo de procedimientos de insolvencia fragmentados que pueden destruir el valor del negocio en marcha y hacer que los deudores acoten los bienes, los traspasen o busquen el foro más conveniente.

8. Una limitación muy difundida de la cooperación entre tribunales y representantes de la insolvencia de diversos países en casos de insolvencia transfronteriza se debe a la falta de un marco legislativo y a la incertidumbre sobre las facultades del tribunal estatal para cooperar con tribunales y representantes de la insolvencia extranjeros. La Ley Modelo de la CNUDMI brinda este marco legislativo, ya que aborda las cuestiones del acceso a los tribunales extranjeros y el reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros y autoriza la cooperación y comunicación entre tribunales de distintos países, entre tribunales y representantes de la insolvencia y entre representantes de la insolvencia⁵⁵.

9. Sin embargo, como las disposiciones de la Ley Modelo se centran en los distintos deudores incluso con bienes en distintos Estados, tienen escasa aplicación a los grupos de empresas con múltiples deudores en varios Estados. Una diferencia fundamental en la insolvencia de grupos de empresas es que el tribunal de un Estado no se ocupa forzosamente del mismo deudor que el tribunal de otro Estado (aunque puede haber un deudor común en el caso de distintas empresas del grupo con bienes en distintos Estados, situación que sí entra en el ámbito de la Ley Modelo). El vínculo entre procedimientos paralelos no es un deudor común, sino que todos los deudores son empresas del mismo grupo. A menos que conforme a la legislación nacional se reconozca o pueda reconocerse la existencia (y posiblemente el alcance) de ese grupo, cada procedimiento parecerá no guardar relación con los otros y la cooperación no parecerá justificarse, ya que podría interferir en la independencia de los tribunales estatales o considerarse innecesaria porque cada procedimiento es, en esencia, un procedimiento nacional. Si bien en algunos casos puede ser posible tratar a cada empresa del grupo completamente por separado, en el caso de muchos grupos de empresas es posible que el mejor resultado para cada una de las empresas pueda lograrse mediante una solución más amplia y posiblemente global que refleje la manera en que el grupo llevaba sus negocios antes de la insolvencia y que aborde o bien dependencias comerciales separadas o bien el grupo de empresas en su totalidad, en particular si el negocio está bien integrado.

⁵⁵ *Guía de Prácticas de la CNUDMI* (véase la nota 2 de pie de página *supra*), capítulo I, sección B. En los párrafos 9 a 16 figura una breve introducción a la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza; en el capítulo II de la *Guía de Prácticas* se examinan posibles formas de cooperación en el marco de la Ley Modelo.

10. Por estas razones, es conveniente que el régimen de la insolvencia reconozca la existencia de grupos de empresas y, en lo que respecta a la cooperación transfronteriza, la necesidad de que los tribunales cooperen con otros tribunales y con representantes de la insolvencia, no sólo en cuanto a los procedimientos de insolvencia contra el mismo deudor, sino también en lo que respecta a distintas empresas de un mismo grupo.

2. Acceso a los tribunales y reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros

11. Las reglas y prácticas actuales de asistencia y cooperación transfronteriza en cuestiones de insolvencia son muy diversas, inclusive en lo relativo al acceso a los tribunales y al reconocimiento de los procedimientos extranjeros. Muchos Estados exigen, para la asistencia y la cooperación, alguna forma de reconocimiento del procedimiento extranjero. Para lograr ese reconocimiento, los solicitantes de asistencia y cooperación, ya sea el representante de la insolvencia o los acreedores, suelen tener que presentar una solicitud al tribunal extranjero. Esa solicitud puede referirse a la asistencia para la suspensión del procedimiento, el interrogatorio de los testigos y otras cuestiones reguladas en los artículos 20 y 21 de la Ley Modelo. En la labor realizada durante la preparación de la Ley Modelo se puso de manifiesto la ausencia muy general de legislación interna sobre esas cuestiones y los distintos enfoques que se seguían en las leyes promulgadas. A fin de lograr un enfoque uniforme, la Ley Modelo ofrece el marco legislativo para el acceso a los tribunales y el reconocimiento de los procedimientos extranjeros⁵⁶, fijando condiciones apropiadas para asegurar un acceso rápido y directo (artículos 9 a 14), así como los criterios para determinar si un procedimiento extranjero cumple los requisitos para ser reconocido y los efectos del reconocimiento (artículos 15 a 24). Si bien la Ley Modelo tiene una aplicación limitada en el contexto de los grupos de empresas, es conveniente que el acceso a los tribunales y el reconocimiento de los procedimientos extranjeros que prevé para los deudores individuales se hagan también extensivos a los procedimientos de insolvencia que afecten a empresas de un mismo grupo.

12. Conviene señalar que la cooperación entre un tribunal estatal y un tribunal o representantes extranjeros⁵⁷, como prevé la Ley Modelo de la

⁵⁶En el artículo 2 *a*) de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase la nota 1 de pie de página *supra*) se define “procedimiento extranjero” como “procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo incluido el de índole provisional, que se siga en un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa a la insolvencia y en virtud del cual los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación”.

⁵⁷En el artículo 2 *d*) de la Ley Modelo (véase la nota 1 de pie de página *supra*) se define “representante extranjero” como “la persona o el órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor o para actuar como representante del procedimiento extranjero”.

CNUDMI, no se supedita a una resolución formal de reconocimiento del procedimiento extranjero, con lo cual se promueve la cooperación desde la fase inicial del procedimiento⁵⁸.

13. En los Estados en que no se requiere acceso ni reconocimiento para facilitar la cooperación, tal vez no haga falta adoptar nueva legislación. Sin embargo, la existencia de tales disposiciones puede no resultar suficiente, dado que los mecanismos disponibles pueden ser engorrosos y costosos y requerir mucho tiempo. Únicamente en los casos en que el acceso y el reconocimiento puedan lograrse en un plazo breve es probable que se consiga una cooperación eficaz en la administración de procedimientos que afecten a grupos multinacionales.

Recomendación 239

Finalidad de las disposiciones legislativas

La finalidad de las disposiciones sobre el acceso a tribunales extranjeros y el reconocimiento de procedimientos de insolvencia extranjeros respecto de empresas de un grupo es asegurar que el derecho aplicable permita el acceso a los tribunales y el reconocimiento de esos procedimientos extranjeros.

Contenido de las disposiciones legislativas

Acceso a los tribunales y reconocimiento de procedimientos extranjeros

239. El régimen debería prever, en el contexto de los procedimientos de insolvencia que afecten a empresas pertenecientes a un grupo:

- a) El acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales; y
- b) El reconocimiento de los procedimientos extranjeros, si es necesario, en virtud de la ley aplicable.

C. Formas de cooperación en que intervienen los tribunales

14. La cooperación en casos de insolvencia transfronteriza puede adoptar distintas formas y puede incluir, como se sugiere en el artículo 27 de la Ley Modelo, la comunicación entre los tribunales, entre los tribunales y

⁵⁸ *Guía para la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza al derecho interno (Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.05.V.10), anexo III, segunda parte), párrafo 177.

representantes de la insolvencia y entre representantes de la insolvencia, así como la utilización de acuerdos de insolvencia transfronteriza⁵⁹, la coordinación de las audiencias y la coordinación de la supervisión y administración de los negocios del deudor. En el caso de un único deudor, la cooperación se prevé en los artículos 25 y 26 de la Ley Modelo. El artículo 25 autoriza al tribunal a cooperar en el mayor grado posible con tribunales extranjeros, y en el artículo 26 se autoriza a un representante de la insolvencia, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, a cooperar en el mayor grado posible con los tribunales y representantes extranjeros. En la Unión Europea, la cuestión de la cooperación también se aborda, en el marco de la Unión Europea, en el Reglamento CE núm. 1346/2000 del Consejo sobre procedimientos de insolvencia. En el párrafo 20 del preámbulo se indica que en el contexto de los procedimientos principales⁶⁰ y los procedimientos secundarios⁶¹, los síndicos deben cooperar estrechamente, en particular intercambiando una cantidad de información suficiente. El síndico en los procedimientos principales debe estar facultado para intervenir en los procedimientos secundarios y proponer un plan de reorganización o solicitar la suspensión de la liquidación de la masa en tales procedimientos. En el artículo 31 del Reglamento del Consejo se establece el deber de los síndicos en los procedimientos principales y de los síndicos en los procedimientos secundarios de comunicar información, en particular toda la información que pueda ser pertinente para el otro procedimiento y que se refiera a los avances en lo relativo a la presentación y verificación de los créditos y las medidas destinadas a dar por terminados los procedimientos. Ni en la Ley Modelo de la CNUDMI ni en el Reglamento del Consejo de Europa se aborda la necesidad de cooperación con respecto a los grupos de empresas, caso en que es preciso que esas obligaciones se apliquen más ampliamente y en que la distinción entre los procedimientos principales y no principales no es pertinente, salvo en la medida en que se aplique a los procedimientos múltiples contra una empresa del grupo.

⁵⁹En la *Guía de Prácticas de la CNUDMI* (véase la nota 2 de pie de página *supra*) (véase glosario (véase Introducción, sección B) párr. 13 *i*)) se define “acuerdo de insolvencia transfronteriza” como “acuerdo verbal o escrito concertado con la finalidad de facilitar la coordinación de un procedimiento de insolvencia transfronteriza, así como la cooperación entre los tribunales, entre los tribunales y los representantes de la insolvencia y entre los representantes de la insolvencia y a veces también otras partes interesadas”. En la *Guía de Prácticas de la CNUDMI* se recopilan las prácticas seguidas con respecto a la utilización y negociación de estos acuerdos y se analizan las cuestiones que se suelen abordar.

⁶⁰En la Ley Modelo de la CNUDMI se define “procedimiento extranjero principal” como “procedimiento extranjero que se siga en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses”.

⁶¹Calificados de “procedimientos no principales” en la Ley Modelo y definidos como “procedimiento extranjero, que no sea un procedimiento extranjero principal, que se siga en un Estado donde el deudor tenga un establecimiento en el sentido del inciso *f*) del presente artículo” (véase la nota 1 de pie de página *supra*).

1. Comunicación por parte de los tribunales

a) Consideraciones generales

15. La *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo*⁶² y la *Guía de Prácticas de la CNUDMI*⁶³ indican la conveniencia de permitir que los tribunales en procedimientos de insolvencia transfronteriza se comuniquen directamente para evitar que se haya de recurrir a ciertas vías tradicionales demasiado lentas, como sería la carta rogatoria, u otras vías diplomáticas o consulares, y a las comunicaciones a través de tribunales superiores. Esta facultad es decisiva cuando los tribunales consideran que deben actuar con celeridad para evitar posibles conflictos o preservar el valor o cuando las cuestiones que se han de examinar son urgentes. Esta capacidad de comunicarse debería incluir la capacidad de entablar comunicaciones, solicitando información o asistencia de los tribunales y representantes de la insolvencia extranjeros, así como la capacidad de recibir y tramitar esas solicitudes del extranjero. Tal como se ha señalado en el párrafo 12 *supra* respecto de la cooperación en general, es conveniente que la comunicación no esté supeditada al reconocimiento de los procedimientos extranjeros, permitiéndose así que la comunicación tenga lugar antes de presentarse una solicitud de reconocimiento o con independencia de que se haya presentado o no.

16. Las distintas formas de enfocar la comunicación entre los tribunales y las partes sirven para ilustrar algunos de los problemas que pueden plantearse al tratar de promover la cooperación transfronteriza. Además de la cuestión de si la comunicación entre los tribunales está específicamente autorizada, ocurre muchas veces que los tribunales de distintos Estados vacilan a la hora de comunicarse directamente entre sí o son renuentes a tal comunicación. Estas vacilaciones o renuencias pueden obedecer a consideraciones éticas; a las tradiciones jurídicas; al idioma; o al desconocimiento de las leyes extranjeras y de su forma de aplicación. También pueden guardar relación con las consecuencias de la comunicación para la independencia judicial y la adopción imparcial de decisiones. Algunos Estados adoptan una actitud relativamente liberal en lo que se refiere a la comunicación entre jueces, mientras que, en otros, los jueces no pueden comunicarse directamente con las partes o con los representantes de la insolvencia ni con otros jueces, ya que tal comunicación podría plantear problemas constitucionales. En algunos Estados, se considera que las comunicaciones con el juez por

⁶²*Guía para la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI al derecho interno* (véase la nota 58 *supra*), párrs. 178 y 179.

⁶³*Guía de Prácticas de la CNUDMI* (véase la nota 2 de pie de página *supra*), capítulo II, párrs. 4 a 10, y capítulo III, párrs. 146 a 181.

iniciativa de una parte son normales y necesarias mientras que, en otros, tales comunicaciones no resultan aceptables. Dentro de cada Estado, los jueces y los profesionales del derecho pueden tener distintas opiniones sobre si es apropiado que los jueces mantengan contactos sin el conocimiento o la participación de los representantes legales de las partes. Por ejemplo, algunos jueces no ven reparos en mantener contactos privados entre sí, mientras que algunos profesionales del derecho discrepan vehementemente sobre esa práctica. Habitualmente, los tribunales se centran en los asuntos que juzgan y, como ya se ha dicho, pueden ser renuentes a la hora de prestar asistencia a procedimientos conexos sustanciados en otros Estados, particularmente cuando los procedimientos de los que sean responsables no parezcan implicar ningún elemento internacional, como un deudor extranjero, acreedores extranjeros u operaciones extranjeras.

17. Otra cuestión importante para facilitar la cooperación entre procedimientos de insolvencia que afectan a empresas de un grupo podría ser la capacidad o la buena disposición de los tribunales de adoptar una visión global de los negocios del deudor y ver lo que está sucediendo en los procedimientos de insolvencia sustanciados en otras jurisdicciones con respecto al mismo deudor o a otras empresas del mismo grupo. Esto puede ser particularmente importante cuando es probable que lo que ocurre en esos otros Estados tenga repercusiones a nivel nacional (por ejemplo, con respecto a los empleados locales y otras cuestiones de política social). Si bien el conocimiento de los procedimientos extranjeros o acerca de ellos no modificaría las facultades que tienen los tribunales conforme a la legislación interna, podría con todo influir en la forma en que el tribunal enfoca los procedimientos nacionales y en su buena disposición de coordinarlos con los procedimientos extranjeros. No obstante, el problema reside en que el tribunal obtenga la información acerca de todas las operaciones de la empresa de un grupo y de los procedimientos de insolvencia concurrentes que sería necesaria para facilitar la coordinación, especialmente cuando permita obtener acceso a información y expedientes que formen parte de procedimientos de insolvencia sustanciados en otros Estados contra distintos deudores, aunque sean empresas de un mismo grupo. Así pues, el primer aspecto es lograr acceso a la información pertinente. El segundo aspecto es facilitarla al tribunal en un procedimiento nacional. Una forma de enfocar el asunto podría consistir en permitir que se facilitaran pruebas documentales apropiadas o que un profesional o representante de la insolvencia de las empresas conexas del grupo de extranjeros compareciera ante el tribunal nacional. Independientemente de las dificultades prácticas, es conveniente que un tribunal pueda tomar nota de los procedimientos extranjeros que pueden repercutir en los procedimientos nacionales que afecten al mismo grupo, en particular cuando se trate de llegar a una solución global para un grupo de empresas multinacionales.

18. Entablar comunicación en el caso de asuntos transfronterizos en que intervengan grupos de empresas puede facilitar los procedimientos transfronterizos de muchas maneras. Por ejemplo, puede ayudar a las partes a comprender mejor las consecuencias o la aplicación de la ley extranjera, en particular las diferencias o los solapamientos que, en otro caso, podrían dar lugar a litigios; propiciar soluciones negociadas aceptables para todas las partes; y suscitar reacciones más fiables de ellas, evitando así las manifestaciones parciales y las distorsiones de los hechos inherentes a los procedimientos en que las partes defienden sus intereses particulares en sus propios Estados. La comunicación también puede fomentar los intereses internacionales facilitando una mejor comprensión, lo que fomentará los negocios internacionales y preservará el valor que, de otro modo, se perdería a causa de la fragmentación de las acciones judiciales. De entrada, puede ser difícil determinar los beneficios potenciales de la comunicación, que tal vez no se hagan patentes hasta que se haya mantenido tal comunicación. Por ejemplo, la comunicación transfronteriza puede poner en evidencia algún hecho o procedimiento que conformará sustancialmente la solución óptima del caso y, a más largo plazo, puede impulsar la reforma legislativa.

19. La comunicación de información entre jueces u otras partes interesadas debería ser transparente, eficaz y fidedigna y en ella deberían seguirse los debidos procedimientos. De forma general, podría ser apropiado estudiar si la comunicación debería tratarse como una cuestión de rutina o si debería ser un último recurso; si un juez podría propugnar la adopción de determinados criterios de acción; y, respecto de las condiciones que podrían aplicarse a las comunicaciones, como las mencionadas a continuación, si deberían aplicarse en todos los casos o si podría haber excepciones. Si bien debería darse amplio margen de discreción a los tribunales al comunicarse con tribunales extranjeros, no debería exigírseles que entablaran comunicaciones que consideren inapropiadas en las circunstancias de un determinado caso. Otra cuestión es la del contenido de la comunicación, y en particular, si la comunicación puede referirse sólo a cuestiones de procedimiento o también a cuestiones de fondo. Algunos jueces opinan que podrían hablar de cuestiones relacionadas con la gestión de un asunto, de cuestiones cronológicas, de la utilización de acuerdos transfronterizos y de qué tribunal podría resolver qué cuestión, pero no de cuestiones sustantivas que se refieran al fondo de un asunto.

b) Medios de comunicación

20. La información puede comunicarse de distintas maneras, como intercambiando documentos (por ejemplo, copias de órdenes oficiales, sentencias, opiniones, motivos de justificación de decisiones, transcripciones de actuaciones, declaraciones juradas por escrito y otras pruebas) o verbalmente. Los medios de comunicación pueden ser el correo postal, el fax o el correo electrónico,

o las llamadas telefónicas simples o por videoconferencia, según los medios de que se disponga y que sean asequibles en los Estados que participen en la comunicación y según lo que sea apropiado o necesario en cada caso. También pueden facilitarse a las partes copias de comunicaciones escritas de acuerdo con las disposiciones aplicables sobre notificaciones. La comunicación puede efectuarse directamente entre jueces o entre funcionarios judiciales o a través de ellos (o a través de un intermediario nombrado por el tribunal —véase el párrafo 37 *infra*) o entre representantes de la insolvencia, según lo que dispongan las reglas del país. El desarrollo de nuevas tecnologías de comunicación fomenta diversos aspectos de la cooperación y coordinación, con la posibilidad de reducir las demoras y, en su caso, de facilitar el contacto personal cara a cara. Estos métodos de comunicación directa se utilizan cada vez más, a medida que se multiplican los litigios a nivel mundial. Por ejemplo, en varios casos se han preferido las videoconferencias, más que las llamadas telefónicas, pues permiten controlar bien el proceso y facilitan una organización disciplinada de la comunicación gracias a que los participantes pueden verse y oírse, lo cual es un aspecto fundamental para los procedimientos judiciales en general. Sin embargo, como estas tecnologías no están disponibles en todos los tribunales, es conveniente centrarse en la forma de facilitar la comunicación adaptándose a las necesidades de cada caso concreto, y no en la utilización de una determinada tecnología.

c) Establecimiento de reglas o procedimientos para la comunicación de tribunal a tribunal

21. En cualquier caso concreto, será conveniente determinar, según resulte apropiado para las jurisdicciones pertinentes y de conformidad con la ley aplicable, los procedimientos que habrán de regir la comunicación de tribunal a tribunal para compaginar los intereses de las distintas partes interesadas y evitar que se perjudique materialmente a una de las partes. En los procedimientos podría tratarse de lo siguiente: las partes a las que habrá que notificar la comunicación propuesta (es decir, todas las partes interesadas y sus representantes legales); las personas a quienes se permitirá participar en la comunicación y toda limitación eventualmente aplicable; las cuestiones que deberán tomarse en consideración; si las partes abrigan las mismas intenciones o tienen la misma concepción de la comunicación; la organización y el momento de la comunicación; la grabación de ésta, toda salvaguardia que será aplicable para proteger los derechos sustantivos y procesales de las partes; el idioma en que se realizará la comunicación y, en su caso, la necesidad de traducir documentos escritos o de interpretar comunicaciones verbales (y quién sufragará los costos administrativos) y los métodos aceptables de comunicación; la tramitación de las objeciones a la comunicación propuesta; y las cuestiones de confidencialidad y transparencia.

22. Los tribunales pueden adoptar directrices, como las Pautas entre Tribunales⁶⁴, para resolver algunas de estas cuestiones. Normalmente, estas directrices tienen por finalidad promover una comunicación transparente entre los tribunales, permitiendo así que tribunales de distintos Estados se comuniquen entre sí, sin modificar las reglas o los procedimientos internos aplicables o sin que ello menoscabe o afecte a los derechos sustantivos de ninguna parte en los procedimientos que se lleven a cabo ante los tribunales.

i) Fecha, lugar y forma de la comunicación

23. Por lo general, es conveniente que las comunicaciones se establezcan en el momento, el lugar y de la forma que determinen mutuamente los tribunales, los representantes de la insolvencia y otras partes interesadas, según proceda. Estas disposiciones no tienen por qué ser adoptadas directamente por los jueces, sino que pueden tomarse a través de los funcionarios judiciales competentes.

ii) Notificación de la comunicación propuesta

24. En los procedimientos de insolvencia en que intervengan grupos de empresas multinacionales, es preciso lograr un equilibrio entre facilitar la comunicación de manera práctica y conveniente y proteger la integridad de la comunicación asegurando que sea un proceso abierto y transparente. Las comunicaciones entre los tribunales pueden afectar a una diversidad de partes, y a menudo puede resultar difícil, o poco práctico, determinar la identidad de todas esas partes, incluidos, por ejemplo, los acreedores. Además, las jurisdicciones participantes pueden aplicar reglas diferentes en lo relativo a las notificaciones, lo que puede plantear cuestiones en cuanto al momento y a la identidad de los receptores (por ejemplo, es posible que no todas las partes interesadas tengan derecho a que se les notifiquen algunas cuestiones). Por consiguiente, será fundamental determinar las partes a quienes habrá que notificar la comunicación propuesta de conformidad con la ley aplicable, y el grado posible de coordinación entre los requisitos de las distintas legislaciones. La falta de normas claras sobre la forma de encarar esta cuestión puede provocar demoras y menoscabar el valor, especialmente cuando sea necesario entablar comunicación para resolver o evitar conflictos o para coordinar determinadas cuestiones, como la venta de bienes o la presentación y verificación de créditos.

⁶⁴“Pautas entre Tribunales”: Pautas aplicables a las Comunicaciones entre Tribunales en Casos Transfronterizos, publicadas por el American Law Institute (16 de mayo de 2000) y adoptadas por el International Insolvency Institute (10 de junio de 2001), que pueden consultarse en el sitio de Internet <http://www.ali.org/doc/Guidelines.pdf>.

25. Por lo general, contribuirá a resolver la cuestión de las notificaciones que los distintos tribunales cooperen para preparar una lista de las partes a las que sea preciso enviar una notificación, entre las que cabe mencionar las que tienen derecho a ser notificadas de cualquier acción del tribunal relacionada con los procedimientos de insolvencia, incluida la comunicación⁶⁵. La coordinación de las notificaciones puede gestionarse mediante un sistema electrónico o un sitio de Internet, lo que podría facilitar: a) el seguimiento de los cambios de identidad de las personas con derecho a ser notificadas en muchos procedimientos de insolvencia, cambios resultantes, por ejemplo, de la cesión o el intercambio de créditos; b) la reducción del costo del envío de notificaciones; y c) las consideraciones de las diferencias entre las leyes aplicables al envío de notificaciones. No obstante, también habría que tener en cuenta cuestiones como el idioma posible, el acceso y la confidencialidad.

iii) Derecho a participar

26. Para asegurar la credibilidad de la comunicación y de las partes directamente participantes, así como la equidad y la transparencia, es conveniente que las comunicaciones se efectúen de tal manera que puedan participar en ellas las partes pertinentes, y no por iniciativa de éstas.

27. Sin embargo, como ya se ha dicho, es preciso compaginar esos requisitos con los aspectos prácticos de organizar y llevar a cabo la comunicación. Debido a esto, quizás haya que limitar la participación a “las partes interesadas”. Aunque en las jurisdicciones pertinentes puede haber normas diferentes que rijan la cuestión de lo que constituye una “parte interesada”⁶⁶ en las circunstancias concretas del caso o en la comunicación pertinente, en general cabe suponer que los principales interesados serían el deudor (que esté en posesión de los bienes), o el representante de la insolvencia y el representante legal pertinente. Si bien el principio general podría ser que las partes interesadas tienen derecho a participar, puede ser conveniente que los tribunales tengan derecho a determinar, según proceda, quién debería participar en un caso concreto a fin de asegurar que el proceso sea manejable y eficiente.

iv) Grabación de la comunicación como parte del expediente

28. También para asegurar la transparencia de la comunicación entre tribunales, el régimen de la insolvencia podría permitir que toda comunicación se grabara y que se preparara una transcripción. Esta transcripción podría pasar a formar parte del expediente de los procedimientos y, en cuanto tal,

⁶⁵Véase la Pauta 12 de las Pautas aplicables a las Comunicaciones entre Tribunales.

⁶⁶El concepto de “parte interesada” se explica en el glosario principal, párrafo 12 *dd*) (*Guía Legislativa de la CNUDMI* (véase la nota 3 de pie de página *supra*) véase Introducción, sección B).

estaría generalmente a disposición por lo menos de quienes hubieran participado en la comunicación o de sus representantes legales o, de manera más general, de conformidad con las normas aplicables a la disponibilidad de los expedientes judiciales.

v) *Confidencialidad*

29. En general, las comunicaciones entre tribunales en que se realizan procedimientos de insolvencia simultáneamente en relación con empresas de un grupo multinacional deberían tener la máxima transparencia posible para asegurar la equidad a las partes participantes y evitar crear incentivos para que las partes se protejan de la posibilidad de un resultado desfavorable. Es conveniente que la información no se considere confidencial por la simple razón de que la comunicación es de carácter transfronterizo.

30. Sin embargo, gran parte de la información relativa al deudor y sus negocios que habrá de ser examinada y compartida en un procedimiento de insolvencia en que participen grupos de empresas multinacionales puede ser información comercialmente delicada, confidencial o resguardada por obligaciones frente a terceros (secretos comerciales, datos que sean fruto de la labor de investigación y desarrollo de una empresa o datos relativos a su clientela). Esa información puede ser especialmente delicada cuando se trate de un deudor que participe en procedimientos de reorganización, caso en que el hecho de que pueda seguir funcionando en el mercado y la protección del valor pueden exigir la confidencialidad. Por eso, puede que haya que considerar cuidadosamente la utilización de esa información y puede que sea necesario limitar de manera apropiada la revelación de información para evitar que haya terceros que se aprovechen indebidamente de ella.

31. Las jurisdicciones que participan en procedimientos de insolvencia relacionados con empresas de grupos multinacionales pueden tener normas sustantivas diferentes respecto de la confidencialidad y la divulgación de información a las partes. Habría que tener en cuenta esas diferencias al examinar la comunicación transfronteriza, y cómo se realizará y se grabará, permitiendo que los tribunales lleguen a un acuerdo sobre las medidas de protección necesarias para cumplir con la ley aplicable.

32. La confidencialidad de la información también puede tener que abordarse en un acuerdo de insolvencia transfronteriza⁶⁷, estableciendo requisitos para el acceso a esa información, incluso mediante acuerdos de confidencialidad.

⁶⁷Véase la *Guía de Prácticas de la CNUDMI* (véase la nota 2 de pie de página *supra*), capítulo III, párrs. 168 a 171; véase también la *Guía Legislativa de la CNUDMI* (véase la nota 3 de pie de página *supra*), segunda parte, capítulo III, párrs. 28, 52 y 115 y la recomendación 111 sobre la obligación de confidencialidad en los procedimientos de insolvencia.

vi) Costo de la comunicación

33. La cuestión de los costos de la comunicación puede ser una consideración, especialmente cuando muchas partes se vean afectadas y se utilice un medio de comunicación que entrañe, en algunos Estados, costos relativamente altos, como las videoconferencias. Además, la utilización de varios idiomas puede complicar la comunicación, y acarrear costos cuando haga falta traducir documentos e interpretar comunicaciones verbales. Será importante determinar cómo se sufragarán los costos por parte de los procedimientos de insolvencia pertinentes o cómo se distribuirán entre ellos. Si hay que proceder al reembolso de los costos a algunas partes, debe quedar claro de qué forma y en qué moneda se hará.

vii) Efecto de la comunicación

34. Cuando un tribunal se comunique con un tribunal extranjero en el marco de un procedimiento de insolvencia transfronteriza, el régimen de la insolvencia debería aclarar que el mero hecho de que haya habido comunicación no tendrá un efecto sustantivo en la autoridad o las facultades del tribunal, los asuntos sometidos a su examen, sus decisiones o los derechos y reivindicaciones de las partes que participen en la comunicación. Con esa salvedad, se asegurará a las partes que la comunicación entre las autoridades que participen en los procedimientos de insolvencia no comprometerá sus derechos ni afectará a la autoridad y a la independencia del tribunal ante el cual deban comparecer. Es probable que con esto se reduzcan las posibilidades de objeciones a la comunicación prevista y que los tribunales y sus representantes tengan más flexibilidad para cooperar los unos con los otros. Es posible también que con esta salvedad los tribunales y sus representantes no actúen sobrepasando los límites de su autoridad al entablar una comunicación con sus homólogos de otras jurisdicciones. Pese a esta salvedad debería ser posible que los tribunales llegaran explícitamente a un acuerdo sobre diversas cuestiones, inclusive la aprobación de un acuerdo de insolvencia transfronteriza.

2. Coordinación de los bienes y negocios del deudor

35. La sustanciación de procedimientos de insolvencia transfronteriza relativos a grupos de empresas requerirá a menudo la utilización, liquidación en efectivo o enajenación de los bienes de las distintas masas de la insolvencia. La coordinación de esa utilización, liquidación en efectivo y enajenación contribuirá a evitar controversias y a que lo primordial sea el beneficio de todas las partes interesadas, particularmente en una reorganización. Por

ejemplo, una empresa de un grupo puede servir de proveedor exclusivo de otra empresa del grupo o tener control exclusivo de un recurso fundamental utilizado por otra empresa, de manera que los procedimientos de insolvencia respecto de una de esas empresas pueden tener profundas consecuencias para que todo el grupo pueda seguir funcionando. Puede que tanto los tribunales como los representantes de la insolvencia tengan que participar en la coordinación de los bienes y negocios del deudor. Algunos asuntos pueden requerir la aprobación específica de los tribunales, y otros pueden resolverse mediante acuerdo entre los representantes de la insolvencia.

36. Entre las cuestiones que deben tenerse en cuenta para facilitar la coordinación cabe destacar: la ubicación de los distintos bienes y la determinación de la jurisdicción a que están sometidos; la determinación de la ley que rija los bienes y de las partes encargadas de establecer el modo en que los bienes podrán utilizarse o enajenarse (por ejemplo, el representante de la insolvencia, los tribunales o, en algunos casos, el deudor), inclusive de las aprobaciones requeridas; la posibilidad de dividir la responsabilidad por esos bienes entre esas distintas partes en los diferentes Estados; la forma de obtener información sobre los negocios de distintos deudores en diferentes Estados para garantizar la coordinación y la cooperación; y el orden en que habrán de desarrollarse los procedimientos. La coordinación puede también ser importante a la hora de hacer indagaciones sobre los bienes del deudor, de plantearse posibles procedimientos de anulación y de limitar la capacidad del deudor para trasladar los bienes a lugares que no estén al alcance del tribunal o del representante de la insolvencia. También puede requerir que los tribunales determinen el foro óptimo para abordar una cierta cuestión, como la venta o enajenación de un determinado bien y se remitan a ese foro en la medida en que lo permita la ley⁶⁸.

3. *Nombramiento de un representante del tribunal*⁶⁹

37. Un tribunal puede nombrar un representante con la misión de facilitar la coordinación de los procedimientos de insolvencia relativos a empresas de un grupo que tengan lugar en distintos Estados. Las funciones de esta persona pueden variar, según lo que deciden los tribunales, pero no debe ser vista como un representante de la insolvencia adicional o que suple al representante existente. Sus funciones pueden consistir en actuar de intermediaria entre los tribunales y los representantes de la insolvencia

⁶⁸La atribución de responsabilidad por determinados actos entre los distintos tribunales se estudia en la *Guía de Prácticas de la CNUDMI* (véase la nota 2 *supra*), capítulo II, párrs. 18 a 20; capítulo III, párrs. 59 a 74.

⁶⁹Véase la *Guía de Prácticas de la CNUDMI* (véase la nota 2 *supra*), capítulo II, párrs. 2 y 3.

pertinentes, especialmente cuando haya problemas de idiomas; elaborar un acuerdo de insolvencia transfronteriza en consulta con las partes pertinentes; promover entre las partes una solución de consenso de los problemas planteados; facilitar el intercambio de información entre los distintos procedimientos; y asegurar que se notifiquen a todas las partes interesadas (por ejemplo, a otras empresas del grupo, a acreedores y tribunales o a representantes de la insolvencia extranjeros) algunos de los asuntos sometidos a la consideración de los tribunales. El tribunal que nombre a esta persona podrá considerar las calificaciones necesarias para desempeñar esas funciones, así como las cuestiones conflictivas, y por lo general indicará las condiciones en que se autoriza a esta persona a actuar y el alcance de sus facultades. Un representante puede ser nombrado con una misión especial, como la negociación de un acuerdo de insolvencia transfronteriza o, de forma más general, para desempeñar las diversas funciones mencionadas. Asimismo, esa persona puede tener que informar periódicamente al tribunal o a los tribunales en que tengan lugar los procedimientos, así como a las partes.

4. *Coordinación de audiencias*

38. Estas audiencias, que cabe calificar de conjuntas, simultáneas o coordinadas (“audiencias coordinadas”)⁷⁰ pueden promover considerablemente la eficiencia de los procedimientos de insolvencia simultáneos en que participen empresas de un grupo multinacional al reunir a las partes interesadas pertinentes para que intercambien información y analicen y resuelvan las cuestiones pendientes o los posibles conflictos, evitando de este modo negociaciones prolongadas y las consiguientes demoras. Sin embargo, en lo relativo a estas audiencias, es preciso insistir en que cada tribunal debe adoptar su propia decisión independientemente y sin influencias de ningún otro tribunal. Estas audiencias pueden resultar relativamente fáciles de organizar a nivel nacional para asegurar la coordinación de los procedimientos relativos a distintas empresas del grupo, pero desde un punto de vista logístico pueden ser muy difíciles de organizar a nivel internacional, ya que puede tratarse de distintos idiomas, distintas zonas horarias, leyes, procedimientos y tradiciones judiciales. Por ejemplo, se puede llegar a un punto muerto si no se acuerdan o establecen con exactitud las facultades de las autoridades que participan en la audiencia.

39. Aunque estas audiencias pueden ser difíciles de organizar, se han utilizado entre algunos Estados que tienen un idioma común, tradiciones

⁷⁰Este tipo de audiencias se estudian en la *Guía de Prácticas de la CNUDMI* (véase la nota 2 *supra*), capítulo III, párrs. 154 a 159.

jurídicas y zonas horarias parecidas y han llevado a la satisfactoria solución de cuestiones difíciles en beneficio de todas las partes interesadas⁷¹. No obstante, es posible que esas audiencias se empleen de forma más amplia en el futuro, utilizando procedimientos y salvaguardias apropiados, para contribuir a una cuidadosa planificación y evitar complicaciones. Por ejemplo, en esas normas de procedimiento cabría considerar la utilización de conferencias previas a la audiencia, la realización de audiencias, inclusive el idioma que se utilizará y la necesidad de interpretación, los requisitos para enviar notificaciones; los métodos de comunicación que se utilizarán, de manera que los tribunales puedan oírse simultáneamente; las condiciones aplicables al derecho a comparecer y ser oído; los documentos que podrán presentarse, los tribunales a los que los participantes podrán presentar documentos; las formas de presentación de documentos al tribunal y la posibilidad de que otros tribunales dispongan de dichos documentos; la cuestión de la confidencialidad; las condiciones que limiten la jurisdicción de cada tribunal a las partes que comparezcan ante él⁷²; y la emisión de decisiones.

40. Algunas directrices y acuerdos relativos a este tipo de audiencias prevén que para planificar de la mejor manera una administración ordenada, los tribunales, las personas designadas por ellos o los representantes de la insolvencia deberán comunicarse con sus homólogos extranjeros antes de la audiencia para establecer las directrices relacionadas con todos los asuntos de procedimiento, administrativos y preliminares. Una vez concluida la audiencia, las autoridades pertinentes podrán volver a comunicarse para evaluar el contenido de la audiencia, hablar de los próximos pasos (inclusive otras audiencias), preparar o modificar directrices para las audiencias futuras, considerar si sería factible o si se justificaría emitir decisiones conjuntas y determinar cómo deberían resolverse algunos asuntos de procedimiento que se plantearan durante la audiencia⁷³.

⁷¹Véanse, por ejemplo, las causas de *Quebecor World Inc.*, Montreal Superior Court, Commercial Division (Canadá), Núm. 500-11-032338-085, y United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Núm. 08-10152 (JMP) (2008), así como *Solv-Ex Canada Limited and Solv-Ex Corporation*, Alberta Court of Queen's Bench, Caso Núm. 9701-10022 (28 de enero de 1998), y United States Bankruptcy Court for the District of New Mexico, Caso Núm. 11-97-14362-MA (28 de enero de 1998); sobre esos casos se encontrarán más detalles en la *Guía de Prácticas de la CNUDMI* (véase la nota 2 *supra*), anexo I, casos núm. 36 y 40.

⁷²Véase, por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI (véase la nota 1 *supra*), artículo 10.

⁷³Véase también la *Guía de Prácticas de la CNUDMI* (véase la nota 2 *supra*), capítulo II, párr. 15, y cap. III, párrs. 154 a 159; y la Pauta 9 e) de las Pautas aplicables a las Comunicaciones entre Tribunales (véase la nota 64 *supra*).

Recomendaciones 240 a 245

Finalidad de las disposiciones legislativas

La finalidad de las disposiciones legislativas sobre cooperación entre tribunales en el contexto de grupos de empresas transnacionales es la siguiente:

a) Autorizar y facilitar la cooperación entre los tribunales que se ocupen de procedimientos de insolvencia relativos a distintas empresas de un grupo en diferentes Estados;

b) Autorizar y facilitar la cooperación entre los tribunales y los representantes de la insolvencia nombrados para administrar esos distintos procedimientos; y

c) Facilitar y promover la utilización de diversas formas de cooperación para coordinar los procedimientos de insolvencia relativos a diferentes empresas de un grupo en diferentes Estados y determinar las condiciones y salvaguardias que deberán aplicarse a esas formas de cooperación para proteger los derechos sustantivos y de procedimiento de las partes y la autoridad e independencia de los tribunales.

Contenido de las disposiciones legislativas⁷⁴

Cooperación entre el tribunal y tribunales extranjeros o representantes de la insolvencia extranjeros⁷⁵ (párrafos 14 y 37)

240. El régimen de la insolvencia debería permitir que el tribunal que sea competente en un caso de insolvencia transfronteriza que afecte a una empresa de un grupo coopere en el mayor grado posible con los tribunales extranjeros o los representantes extranjeros, ya sea directamente o por conducto del representante de la insolvencia o de otra persona designada para actuar conforme a las instrucciones del tribunal, a fin de facilitar la coordinación de esos procedimientos con los procedimientos de insolvencia entablados en otros Estados contra la misma empresa del grupo.

Cooperación en el mayor grado posible entre los tribunales (párrafo 14)

241. En el régimen de la insolvencia debería especificarse que se mantendrá el mayor grado posible de cooperación entre los tribunales y entre los tribunales y los representantes extranjeros por cualquier medio apropiado, en particular:

⁷⁴Esas recomendaciones sobre cooperación tienen la finalidad de ser permisivas, y no prescriptivas, y se ajustan a lo dispuesto en los correspondientes artículos de la Ley Modelo de la CNUDMI (véase la nota 1 *supra*), artículos 25.1 y 26.1.

⁷⁵Véase la definición de “representante extranjero” en la nota 57 *supra*.

a) Comunicando información por cualquier medio que el tribunal considere oportuno, inclusive proporcionando al tribunal extranjero o al representante de la insolvencia extranjero copias de los documentos emitidos por el tribunal o que se hayan registrado o vayan a registrarse en el tribunal en relación con las empresas del grupo sujetas a procedimientos de insolvencia o con la participación en comunicaciones con el tribunal extranjero o el representante de la insolvencia extranjero;

b) Coordinando la administración y supervisión de los negocios de las empresas del grupo sujetas a procedimientos de insolvencia;

c) Nombrando a una persona o a un órgano para que actúe bajo la dirección del tribunal; y

d) Aprobando o ejecutando acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos de insolvencia de conformidad con la recomendación 254.

*Comunicación directa entre el tribunal y los tribunales o representantes extranjeros*⁷⁶ (párrafos 15 a 20)

242. El régimen de la insolvencia debería permitir que el tribunal competente en un procedimiento de insolvencia entablado contra una empresa de un grupo se ponga en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros o recabe información o asistencia directa a los mismos en lo que respecta a ese procedimiento y a los procedimientos entablados en otros Estados contra empresas del mismo grupo a fin de facilitar la coordinación entre esos procedimientos.

Condiciones aplicables a la comunicación transfronteriza entre tribunales (párrafos 21 a 33)

243. El régimen de la insolvencia debería especificar que las comunicaciones entre los tribunales y entre tribunales y los representantes extranjeros estarán sujetas a las siguientes condiciones:

a) La fecha, el lugar y la forma de la comunicación deberán ser determinados entre los tribunales o entre los tribunales y los representantes extranjeros;

b) Toda propuesta de comunicación deberá notificarse a las partes interesadas de conformidad con la ley aplicable;

c) Un representante deberá tener derecho a participar personalmente en la comunicación. Una parte interesada podrá participar en una comunicación de conformidad con la ley aplicable y cuando los tribunales lo estimen apropiado;

d) Según decidan los tribunales, la comunicación podrá ser objeto de una grabación o de una transcripción. Esa transcripción podrá considerarse la transcripción oficial de la comunicación y podrá registrarse como parte del expediente del procedimiento;

⁷⁶Véase la Ley Modelo de la CNUDMI (véase la nota 1 *supra*), artículo 25, párrafo 2, y artículo 26, párrafo 2.

Recomendaciones 240 a 245 (continuación)

e) Las comunicaciones sólo deberán tratarse de forma confidencial en casos excepcionales, según estimen oportuno los tribunales y de conformidad con la ley aplicable; y

f) En toda comunicación deberían respetarse las reglas de rango imperativo de los países entre los que se realice la comunicación, así como los derechos sustantivos y procesales de las partes interesadas, en particular el carácter confidencial de la información.

Efecto de la comunicación (párrafo 34)

244. El régimen de la insolvencia debería especificar que las comunicaciones en que intervengan los tribunales no darán lugar a:

a) Transacción o renuncia alguna, por parte del tribunal, de alguna facultad o responsabilidad suya ni de su autoridad;

b) La resolución, en cuanto al fondo, de alguna cuestión de la que conozca el tribunal del lugar;

c) Renuncia, por alguna de las partes, a alguno de sus derechos sustantivos o procesales; y

d) Ni a merma alguna de la validez de una orden dictada por el tribunal.

Coordinación de audiencias (párrafos 38 a 40)

245. El régimen de la insolvencia podrá permitir que el tribunal realice una audiencia en coordinación con un tribunal extranjero. Cuando se coordinen las audiencias, podrán imponerse algunas condiciones para salvaguardar los derechos sustantivos y de procedimiento de las partes y la jurisdicción de cada tribunal. En esas condiciones cabría enunciar las reglas aplicables a la sustanciación de la audiencia; los requisitos para dar notificación; el método de comunicación que deba emplearse; las condiciones que deberán regir el derecho a comparecer y a ser oído; las formas de presentación de documentos al tribunal y la posibilidad de que un tribunal extranjero disponga de dichos documentos; y la limitación de la jurisdicción de cada tribunal a las partes que comparezcan ante él⁷⁷. Con independencia de la coordinación de las audiencias, cada tribunal seguirá siendo responsable de llegar a su propia decisión respecto de los asuntos que se hayan sometido a su consideración.

⁷⁷Véase también la Ley Modelo de la CNUDMI (véase la nota 1 *supra*), artículo 10.

D. Formas de cooperación en que intervengan representantes de la insolvencia

1. Fomento de la cooperación

41. Como se indica en la segunda parte, capítulo III, a partir del párrafo 35, el representante de la insolvencia cumple una función decisiva en la ejecución efectiva y eficaz del régimen de la insolvencia, ya que se encarga de la administración diaria de la masa de la insolvencia del deudor. Como tales, los representantes de la insolvencia cumplirán una función fundamental asegurándose de la buena coordinación de múltiples procedimientos contra empresas del grupo colaborando entre sí y con los tribunales pertinentes. Para desempeñar este cometido, el representante de la insolvencia, al igual que el tribunal, deberá tener facultades apropiadas para realizar las tareas necesarias, por ejemplo, intercambiando información, coordinando la administración y supervisión diarias de los negocios del deudor y negociando acuerdos de insolvencia transfronteriza.

42. Como ya se ha señalado, esos arreglos de cooperación y coordinación no pueden mermar ni eliminar las obligaciones que tenga el representante de la insolvencia conforme a la ley que rija su nombramiento.

Recomendaciones 246 a 250

Finalidad de las disposiciones legislativas

La finalidad de las disposiciones legislativas en materia de cooperación entre representantes de la insolvencia y entre representantes de la insolvencia y tribunales extranjeros en el contexto de grupos de empresas multinacionales es la siguiente:

a) Autorizar y facilitar la cooperación entre representantes de la insolvencia encargados de administrar procedimientos de insolvencia contra distintas empresas de un mismo grupo en diferentes Estados y entre esos representantes y los tribunales extranjeros; y

b) Facilitar y promover la utilización de diversas formas de cooperación entre esos representantes de la insolvencia, así como entre ellos y los tribunales extranjeros, y establecer las condiciones y salvaguardias que deberán aplicarse a esas formas de cooperación a fin de proteger los derechos sustantivos y procesales de las partes interesadas.

Recomendaciones 246 a 250 (continuación)**Contenido de las disposiciones legislativas***Cooperación entre el representante de la insolvencia y los tribunales extranjeros*

246. El régimen de la insolvencia debería permitir que el representante de la insolvencia al que se haya encomendado la administración de un procedimiento de insolvencia contra una empresa de un grupo coopere en el mayor grado posible, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, con los tribunales extranjeros, a fin de facilitar la coordinación de ese procedimiento con los procedimientos de insolvencia entablados en otros Estados contra empresas pertenecientes al mismo grupo.

Cooperación entre representantes de la insolvencia

247. El régimen de la insolvencia debería permitir que el representante de la insolvencia al que se haya encomendado la administración de un procedimiento de insolvencia contra una empresa de un grupo coopere en el mayor grado posible, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, con los representantes extranjeros⁷⁸ nombrados para administrar procedimientos entablados en otros Estados contra empresas pertenecientes al mismo grupo, a fin de facilitar la coordinación entre esos procedimientos.

Comunicación directa entre el representante de la insolvencia y los tribunales extranjeros

248. El régimen de la insolvencia debería permitir que el representante de la insolvencia encargado de administrar un procedimiento de insolvencia contra una empresa de un grupo, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, se ponga en comunicación directa con los tribunales extranjeros, o les solicite directamente información o asistencia, respecto de ese procedimiento y de los procedimientos entablados en otros Estados contra empresas pertenecientes al mismo grupo.

Comunicación directa entre representantes de la insolvencia

249. El régimen de la insolvencia debería permitir que el representante de la insolvencia encargado de administrar un procedimiento de insolvencia contra una empresa de un grupo, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, se ponga en comunicación directa con los representantes extranjeros encargados de administrar los procedimientos entablados en otros Estados contra empresas pertenecientes al mismo grupo en relación con esos procedimientos, a fin de facilitar su coordinación.

⁷⁸Véase la nota 57 *supra* relativa a la definición del representante extranjero, que abarca también a un representante de la insolvencia nombrado a título provisional.

Cooperación en el mayor grado posible entre representantes de la insolvencia

250. En el régimen de la insolvencia debería especificarse que la cooperación en el mayor grado posible entre representantes de la insolvencia podrá ponerse en práctica por cualquier medio apropiado, procurando en particular:

- a) Intercambiar y revelar información sobre las empresas de un grupo sujetas a un procedimiento de insolvencia, a condición de que se adopten las medidas oportunas para proteger el carácter confidencial de la información;
- b) Recurrir a acuerdos de insolvencia transfronteriza de conformidad con la recomendación 253⁷⁹;
- c) Distribuir las responsabilidades entre los representantes de la insolvencia, e incluso previendo que uno de ellos asuma una función rectora o de coordinación;
- d) Coordinar la administración y supervisión del negocio de toda empresa del grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia, concretamente las operaciones cotidianas cuando vaya a mantenerse el negocio en marcha; la financiación posterior a la apertura de un procedimiento; la preservación de los bienes; la utilización y enajenación de los bienes; la aplicación de los poderes de anulación; la comunicación y las reuniones con los acreedores; la presentación y admisión de créditos, inclusive de los créditos entre empresas del grupo y las distribuciones entre los acreedores; y
- e) Coordinarse entre sí acerca de la propuesta y la negociación de planes de reorganización.

2. *Nombramiento de un único o mismo representante de la insolvencia*

43. La coordinación se puede fomentar también a través del nombramiento del representante de la insolvencia, considerando la posibilidad de nombrar, por ejemplo, a un mismo o único representante de la insolvencia para múltiples procedimientos de insolvencia entablados contra empresas de un mismo grupo en diferentes Estados, siempre que esa persona (tanto física como jurídica) cumpla los requisitos legales de cada país (véanse los párrafos 139 a 145 del capítulo II, respecto de los procedimientos internos). Este nombramiento, además de las ventajas que supondría para procedimientos nacionales múltiples, podría facilitar enormemente, en un contexto internacional, la cooperación entre los distintos procedimientos y la reorganización de un grupo en su conjunto.

⁷⁹Véase la *Guía de Prácticas de la CNUDMI* (véase la nota 2 *supra*), en la que se recopilan las prácticas seguidas con respecto a la utilización y negociación de estos acuerdos, con un análisis de las cuestiones que se suelen abordar.

44. Como ya se ha señalado en relación con el contexto nacional, a la hora de decidir si sería apropiado nombrar a un único o mismo representante de la insolvencia, habría que tomar en consideración la naturaleza del grupo, concretamente el grado de integración entre sus empresas y su estructura empresarial. Además, es importantísimo que la persona que se nombre para ejercer tal función tenga la experiencia y los conocimientos adecuados (véase la segunda parte, capítulo III, párrafos 36 a 47, especialmente el párrafo 39) en cuestiones de insolvencia internacional y que se estudie minuciosamente esa experiencia y esos conocimientos antes de efectuar el nombramiento, a fin de cerciorarse de que se ajustan a las características del grupo de empresas pertinente y de los negocios que realiza. También es conveniente que la decisión de nombrar un único o el mismo representante de la insolvencia para administrar a dos o más empresas de un grupo sólo se adopte cuando ello redunde en beneficio de los procedimientos de insolvencia.

45. Tales personas deberían estar sujetas a la ley aplicable en el Estado en que hayan sido designadas, en particular en lo que se refiere a calificaciones, licencias (si procede), facultades y deberes, y a la supervisión del tribunal. En consecuencia, el representante de la insolvencia estaría sujeto a las mismas condiciones que un representante de la insolvencia local nombrado en uno de esos Estados.

46. Cabría designar a una persona física que estuviera facultada para actuar en distintos Estados o a una persona jurídica que empleara o que tuviera entre su personal a personas cualificadas para actuar como representantes de la insolvencia en varios Estados. Si bien en general puede resultar difícil encontrar a personas debidamente cualificadas, es posible que haya regiones en que ese tipo de nombramiento sea más común o que la globalización del comercio y de los servicios vaya abriendo paso a esa posibilidad⁸⁰.

47. Cuando se opte por este enfoque, tal vez haya que adoptar disposiciones para evitar posibles conflictos de interés. Puede surgir un conflicto de interés cuando las empresas del grupo representadas por un único representante de la insolvencia tienen intereses diferentes en una cuestión concreta, por ejemplo la financiación posterior a la apertura de un procedimiento o la verificación y admisión de los créditos, especialmente créditos entre las empresas del grupo, o cuando las obligaciones del representante de la insolvencia conforme a distintos regímenes de insolvencia sean directamente contradictorias. Estos casos podrían resolverse de la misma manera que se ha indicado antes respecto del nombramiento de un único o mismo representante de la insolvencia en el ámbito interno (véanse el capítulo II, párrafo 144 *supra*, y la recomendación 233).

⁸⁰Véase la *Guía de Prácticas de la CNUDMI* (véase la nota 2 *supra*), capítulo III, párrafo 10 *j*), referente a casos registrados en Hong Kong (China) y en las Islas Virgenes Británicas y las Bermudas.

Recomendaciones 251 y 252

Finalidad de las disposiciones legislativas

La finalidad de las disposiciones legislativas sobre el nombramiento del representante de la insolvencia en el contexto de grupos multinacionales de empresas, en aras de promover una administración eficiente y eficaz de los procedimientos de insolvencia contra empresas del mismo grupo en diferentes Estados, es:

a) Autorizar, cuando el tribunal decida que ello redundará en beneficio de los procedimientos de insolvencia pertinentes, el nombramiento de un único o un mismo representante de la insolvencia para administrar múltiples procedimientos; y

b) Abordar los conflictos que pudieran plantearse a raíz del nombramiento de un único o mismo representante de la insolvencia.

Contenido de las disposiciones legislativas

Nombramiento de un único o un mismo representante de la insolvencia (párrafos 43 a 46)

251. El régimen de la insolvencia debería permitir que el tribunal, en casos apropiados, coordine con tribunales extranjeros el nombramiento de un mismo o único representante de la insolvencia para encomendarle la administración de los procedimientos de insolvencia que afecten, en distintos Estados, a empresas de un mismo grupo, siempre y cuando ese representante de la insolvencia tenga las competencias requeridas en cada uno de los Estados pertinentes para ejercer ese cargo. En la medida en que lo requiera la ley aplicable, el representante de la insolvencia estará sujeto a la supervisión de cada uno de los tribunales que lo haya nombrado.

Conflictos de interés (párrafo 47)

252. El régimen de la insolvencia debería prever medidas para dirimir todo conflicto de interés que pudiera surgir en el supuesto de que se nombre a un único o a un mismo representante de la insolvencia en el marco de procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un grupo en distintos Estados. Entre esas medidas cabría prever la de que se nombrara uno o más representantes de la insolvencia adicionales.

E. Utilización de acuerdos de insolvencia transfronteriza

48. El conjunto de las partes interesadas en los procedimientos de insolvencia, ante la necesidad cotidiana de resolver casos de insolvencia y de intentar coordinar la administración de procedimientos de insolvencia

transfronteriza mientras no se adopten de forma generalizada regímenes nacionales o internacionales que faciliten los procedimientos, han formulado acuerdos de insolvencia transfronteriza. Estos acuerdos se estudian de forma pormenorizada en la *Guía de Prácticas de la CNUDMI*. Su finalidad es abordar las cuestiones que se plantean en los casos de insolvencia transfronteriza, facilitando su resolución mediante la cooperación entre los tribunales, el deudor y otras partes interesadas de distintos países, a fin de trabajar con eficiencia y de incrementar las liquidaciones en efectivo en beneficio de los acreedores de jurisdicciones potencialmente concurrentes. Su utilización puede contribuir en gran medida a reducir los costos de las acciones judiciales y permitir que las partes se concentren en los procedimientos en sí sin tener que resolver problemas de conflictos de leyes y otras controversias de esta índole. Asimismo, además de aclarar las expectativas de las partes, estos acuerdos pueden contribuir a preservar los bienes del deudor y a optimizar su valor. En la práctica seguida hasta la fecha esos acuerdos han sido normalmente aprobados por los tribunales, pero también podrían aprobarlos los acreedores o los comités de acreedores; esos acuerdos también podrían hacer las veces de arreglos contractuales entre los signatarios⁸¹.

49. Por lo general, los acuerdos de insolvencia transfronteriza se celebran con objeto de facilitar la cooperación y la coordinación internacionales de múltiples procedimientos de insolvencia entablados en distintos Estados. Estos acuerdos tienen la finalidad de coadyuvar a la gestión de esos procedimientos y tratan de poner de manifiesto la armonización de cuestiones procesales, y no sustantivas, entre las jurisdicciones interesadas (si bien, en un número limitado de circunstancias, pueden abordarse cuestiones sustantivas). Los acuerdos transfronterizos varían en su forma (escrita o verbal) y en su alcance (genérico o concreto) y pueden ser concertados por distintas partes. Los simples acuerdos genéricos pueden poner de relieve la necesidad de estrechar la cooperación entre las partes, sin abordar cuestiones concretas, mientras que en los acuerdos más detallados y concretos se establece un marco de principios que deberían regir los procedimientos de insolvencia múltiples.

50. Esos acuerdos pueden considerarse como contratos entre los firmantes o, en el caso de que hayan sido probados por el tribunal, pueden adquirir la categoría jurídica de una orden judicial. Los acuerdos pueden abarcar uno o más asuntos y nada impide que las partes concierten varios acuerdos a medida que avancen los procedimientos para abordar las distintas cuestiones que se planteen. Por ejemplo, no es raro que al iniciarse un procedimiento de insolvencia se concierten acuerdos que se refieran a la comunicación general y a la cooperación, y que más adelante se celebren acuerdos específicos sobre la tramitación de los créditos. Así pues, la conclusión de un

⁸¹*Guía de Prácticas de la CNUDMI* (véase la nota 2 *supra*), capítulo III, párrafos 31 a 33.

acuerdo de insolvencia transfronteriza no se limita a un determinado período, como podría ser el período anterior a la apertura de un procedimiento. Si bien no cabe duda de que es preferible que se celebre en una etapa inicial de los procedimientos para tener en cuenta las expectativas y aclarar las cuestiones, un acuerdo puede celebrarse en una etapa ulterior, cuando se planteen cuestiones concretas que indiquen la necesidad de cooperación. También cabe la posibilidad de modificar los acuerdos existentes, con sujeción a los requisitos del acuerdo en cuanto a las modificaciones.

51. Como ya se ha dicho, en los acuerdos de insolvencia transfronteriza pueden enunciarse simplemente principios generales sobre el modo en que deben llevarse a cabo la cooperación y la coordinación, o también pueden regularse cuestiones concretas, según requiera el caso, además de las cuestiones que deban resolverse. A continuación se indican algunas de las cuestiones que suelen abordarse:

a) La asignación de responsabilidad por los diversos aspectos de la sustanciación y de la administración del procedimiento entre los distintos tribunales que intervienen en él y entre los representantes de la insolvencia, inclusive las limitaciones de la facultad para actuar sin la aprobación de los demás tribunales o de los demás representantes de la insolvencia;

b) La previsión y la coordinación de medidas de exención otorgables;

c) La coordinación de la recuperación de los bienes en beneficio de todos los acreedores, en el caso de que se reclamen bienes de una empresa del grupo objeto de un procedimiento de insolvencia en un Estado diferente;

d) La presentación de los créditos y el trato que se les da;

e) La utilización y enajenación de los bienes;

f) Los métodos de comunicación, inclusive el idioma, la frecuencia y los medios;

g) La comunicación de avisos;

h) La coordinación y armonización de planes de reorganización;

i) Las cuestiones específicamente relacionadas con el acuerdo, inclusive la enmienda y la rescisión, la interpretación, la eficacia y la solución de controversias;

j) La administración de procedimientos, en particular en lo que respecta a la paralización de procedimientos o al acuerdo concertado entre las partes de no entablar determinadas acciones legales;

k) La elección de la ley aplicable respecto de cuestiones que se superpongan;

l) La asignación de responsabilidades entre las partes en el acuerdo;

- m) Las costas y los honorarios y;
- n) Las salvaguardias.

52. Las salvaguardias incluidas suelen tratar de asegurar que en los acuerdos no se hagan excepciones a la independencia y autoridad del tribunal, al orden público y a la ley aplicable, en particular en lo que respecta a las obligaciones contraídas por el representante de la insolvencia o por las partes, incluido el deudor.

53. Estos acuerdos son cada vez más frecuentes, sobre todo en algunos Estados, y se han utilizado con éxito en distintas situaciones, como la reorganización concurrente y los procedimientos de liquidación en distintos Estados; en procedimientos principales y no principales, según la definición de la Ley Modelo de la CNUDMI⁸²; y en procedimientos concurrentes de insolvencia y de no insolvencia en distintos Estados. Sin embargo, conviene observar que si bien el régimen de la insolvencia de algunos Estados autoriza a los tribunales a aprobar acuerdos transfronterizos respecto del mismo deudor (por ejemplo, con disposiciones análogas a las del artículo 27 de la Ley Modelo), esa autorización no tiene por qué aplicarse a la utilización de esos acuerdos en el contexto del grupo. Es posible que para facilitar la solución global de las dificultades financieras de un grupo (ya se trate de la reorganización de conjunto o de una combinación de distintos procedimientos) se necesite un acuerdo para coordinar múltiples procedimientos con respecto a distintos deudores en diferentes Estados, aunque pertenezcan al mismo grupo. Puede haber muchas leyes que no contengan las disposiciones necesarias para que un tribunal pueda aprobar o reconocer un acuerdo relativo no sólo a los deudores sujetos a su jurisdicción, sino también a los deudores que no lo estén, incluso si son empresas del mismo grupo.

54. En consecuencia, es conveniente que, para mejorar la cooperación transfronteriza, el régimen de la insolvencia autorice a las partes pertinentes (representantes de la insolvencia y otras partes interesadas) a celebrar acuerdos de insolvencia transfronteriza relativos a distintas empresas del grupo en diferentes Estados, y que permita a los tribunales aprobar o ejecutar esos acuerdos, teniendo en cuenta el contexto del grupo. Conviene señalar que diferentes Estados pueden tener distintos requisitos formales que deberán observarse para que estos acuerdos sean eficaces en las jurisdicciones pertinentes.

⁸²Véanse las definiciones de esos conceptos en las notas 60 y 61 de pie de página.

Recomendaciones 253 y 254

Finalidad de las disposiciones legislativas

La finalidad de las disposiciones legislativas relativas a los acuerdos de insolvencia transfronteriza es asegurar que el régimen de la insolvencia:

- a) Permita utilizar esos acuerdos para facilitar la cooperación en lo relativo a los procedimientos de insolvencia contra empresas del mismo grupo en diferentes Estados; y
- b) Autorice la aprobación de esos acuerdos por el tribunal, según proceda.

Contenido de las disposiciones legislativas

Autoridad para celebrar acuerdos de insolvencia transfronteriza (párrafos 48, 50, 53 y 54)

253. El régimen de la insolvencia debería permitir que el representante de la insolvencia y otras partes interesadas celebren un acuerdo de insolvencia transfronteriza en que intervengan dos o más empresas del mismo grupo en Estados diferentes, a fin de facilitar la coordinación de los procedimientos de insolvencia contra las empresas de ese grupo.

Aprobación o ejecución de acuerdos de insolvencia transfronteriza (párrafos 53 y 54)

254. El régimen de la insolvencia debería permitir que el tribunal apruebe o ejecute un acuerdo de insolvencia transfronteriza en el que intervengan dos o más empresas del mismo grupo en diferentes Estados, a fin de facilitar la coordinación de los procedimientos de insolvencia contra las empresas de ese grupo.

Anexo IV

Decisión de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la tercera parte, y resolución 65/24 de la Asamblea General

A. Decisión de la Comisión

1. En su 918ª sesión, celebrada el 1º de julio de 2010, la Comisión adoptó la siguiente decisión:

“La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

Reconociendo que la eficacia del régimen de la insolvencia que sea aplicable se considera cada vez más un factor de estímulo del desarrollo económico y de la inversión, así como de fomento de la actividad empresarial y de preservación del empleo,

Tomando nota de que como los negocios de las empresas, en el ámbito tanto interno como internacional, se llevan cada vez más por medio de grupos de empresas, la formación de esos grupos es un rasgo inherente de la economía mundial actual, cada vez más globalizada, por lo que ha pasado a ser un factor importante del comercio internacional,

Reconociendo que cuando un grupo de empresas cae en la insolvencia, no sólo es importante saber cuál será el trato otorgable al grupo de empresas en los procedimientos de insolvencia que se abran, sino también asegurarse de que ese trato facilitará, en vez de obstaculizar, la sustanciación rápida y eficaz de todo procedimiento abierto,

Consciente de que son muy pocos los Estados que reconocen al grupo de empresas como entidad jurídica, salvo para fines específicos y con alcance limitado, y que son muy pocos los Estados, de haber alguno, que han estatuido un régimen global del trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia,

Tomando nota de que si bien la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*^a ofrece una sólida base para la unificación de este régimen y aporta elementos clave para la elaboración de un marco legal moderno del

^aPublicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.05.V.10.

comercio, esa *Guía* no se ocupa de la insolvencia en el seno de un grupo de empresas,

Recordando el mandato otorgado al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), al pedirle que complementara la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* con disposiciones que determinaran el trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia,

Agradeciendo la participación y el apoyo prestado por organizaciones internacionales intergubernamentales y no gubernamentales interesadas en la reforma del régimen de la insolvencia en orden a la preparación de una parte adicional de esa *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* dedicada al trato otorgable a los grupos de empresas,

Expresando su reconocimiento al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) por su labor de preparación de la tercera parte de la *Guía Legislativa*,

1. *Aprueba* la tercera parte de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, expuesta en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.92 y Add.1, junto con las revisiones que el Grupo de Trabajo convino en su 38º período de sesiones (enunciadas en los documentos A/CN.9/691 y A/CN.9/708), además de las enmiendas aprobadas por la Comisión en su actual período de sesiones, y autoriza a la Secretaría a que edite y finalice el texto de la tercera parte de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* teniendo en cuenta las deliberaciones de la Comisión;

2. *Pide* al Secretario General que transmita el texto de la tercera parte de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* a los gobiernos y a toda otra entidad interesada;

3. *Recomienda* que todos los Estados sigan utilizando la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* para evaluar la eficacia económica de su propio régimen de la insolvencia y que presten la debida atención a la *Guía* cuando se dispongan a revisar o a promulgar alguna ley relativa a la insolvencia, e invita a todo Estado que aplique la *Guía* a informar en consecuencia a la Comisión;

4. *Recomienda también* que todos los Estados sigan estudiando la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza^b;

5. *Recomienda* que los jueces, los profesionales de la insolvencia y otras partes interesadas en los procedimientos de insolvencia sigan prestando la debida atención a la *Guía de Prácticas de la CNUDMI sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza*.”

^bPublicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.99.V.3.

B. Resolución 65/24 de la Asamblea General

2. El 6 de diciembre de 2010, la Asamblea General aprobó la siguiente decisión:

Tercera parte de la **Guía Legislativa de la CNUDMI** **sobre el Régimen de la Insolvencia**

La Asamblea General,

Recordando su resolución 2205 (XXI), de 17 diciembre de 1966, por la que estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con objeto de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional en interés de todos los pueblos y, en particular, los de los países en desarrollo,

Recordando también su resolución 59/40, de 2 de diciembre de 2004, en la que se recomendaba que se utilizara la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*^e,

Reconociendo que la existencia de regímenes de insolvencia eficaces se considera cada vez más un factor de estímulo del desarrollo económico y de la inversión, así como de fomento de la actividad empresarial y de preservación del empleo,

Observando que, dado que las actividades empresariales, tanto en el ámbito interno como en el internacional, se realizan cada vez más por medio de grupos de empresas, la formación de esos grupos es uno de los rasgos de una economía mundial cada vez más globalizada y, por consiguiente, ha pasado a desempeñar una importante función en el comercio internacional,

Reconociendo que, en caso de quiebra de un grupo de empresas, no sólo es importante saber qué trato recibirá ese grupo en un procedimiento de insolvencia, sino también asegurarse de que ese trato facilite, en vez de obstaculizar, la sustanciación rápida y eficiente de dicho procedimiento,

Consciente de que son muy pocos los Estados que reconocen a los grupos de empresas como entidades jurídicas, salvo para fines específicos y con alcance limitado, y que son muy pocos los Estados, de haber alguno, que disponen de un régimen global sobre el trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia,

Observando que, si bien la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* ofrece una sólida base para la unificación de este régimen y aporta los elementos clave de un marco para un derecho comercial moderno, la *Guía* no se ocupa de la insolvencia de los grupos de empresas,

^ePublicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.05.V.10.

Apreciando la participación y el apoyo que las organizaciones internacionales intergubernamentales y no gubernamentales interesadas en la reforma del régimen de la insolvencia han brindado en la preparación de una parte adicional de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* dedicada al trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia,

1. *Expresa su aprecio* a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por haber formulado y aprobado la tercera parte de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* relativa al trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia^d;

2. *Solicita* al Secretario General que transmita el texto de la tercera parte de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* a los gobiernos y otros organismos interesados;

3. *Recomienda* que todos los Estados utilicen la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* para evaluar la eficiencia económica de sus regímenes de insolvencia y que presten la debida atención a la *Guía* al revisar o promulgar legislación relativa a la insolvencia, e invita a los Estados que hayan utilizado la *Guía* a que informen a la Comisión en consecuencia;

4. *Recomienda también* que todos los Estados sigan considerando la posibilidad de aplicar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza^e;

5. *Recomienda además* que los jueces, los profesionales del ámbito de la insolvencia y otros interesados en los procedimientos de insolvencia transfronteriza sigan prestando la debida atención a la *Guía de Prácticas de la CNUDMI sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza*.

^dVéase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/65/17)*, cap. V.

^ePublicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.99.V.3.

Publicación de las Naciones Unidas
Impreso en Austria



V.12-51342—Septiembre de 2012—125