



# Asamblea General

Distr. general  
26 de abril de 2005  
Español  
Original: inglés

---

## Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

38º período de sesiones

Viena, 4 a 15 de julio de 2005

### **Régimen de la insolvencia**

#### **Posible labor futura en materia de régimen de la insolvencia**

##### **Adición**

#### **Propuesta de la International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL)**

#### **Tratamiento de los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia**

##### **A. Introducción**

1. INSOL propone que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) examine la posibilidad de emprender un proyecto en materia de régimen de la insolvencia y sus efectos en el tratamiento de los grupos de sociedades mercantiles y empresas conexas cuando uno o más de los integrantes de un grupo de esa índole caiga en la insolvencia.

2. En su labor relativa a la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, la CNUDMI reconoció la importancia de las cuestiones relacionadas con el tratamiento de los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia y las abordó en parte (segunda parte, capítulo VI, párrafos 82 a 92). No obstante, se reconoció también que el análisis del actual tratamiento de los grupos de sociedades mercantiles y la identificación de posibles soluciones se habría apartado sin duda del objeto principal de la labor relativa a la Guía Legislativa. Por consiguiente, el tema no se trató en detalle ni se propusieron recomendaciones.

3. La eficacia de los regímenes y las prácticas en materia de insolvencia ha sido un tema recurrente y un gran objeto de preocupación en los foros internacionales celebrados desde comienzos del decenio de 1990. Los regímenes de la insolvencia



eficaces se consideran cada vez más como un medio de alentar el desarrollo económico y la inversión, así como de fomentar la actividad empresarial y preservar el empleo. La economía mundial, cada vez más globalizada, se caracteriza por la formación de grupos de sociedades mercantiles para la realización de actividades comerciales. Esos grupos desempeñan una función importante en el comercio internacional, por ejemplo, en la formación de filiales y empresas conjuntas en el extranjero para fabricar y comercializar productos u obtener licencias al respecto. Cuando las empresas quiebran, es importante no sólo saber de qué manera serán tratados esos grupos en el procedimiento de insolvencia, sino también garantizar que ese tratamiento facilite, y no obstaculice, el desarrollo rápido y eficiente del procedimiento.

## **B. Tratamiento actual de los grupos de sociedades mercantiles en procedimientos de insolvencia**

### **Tratamiento previsto en el régimen interno de la insolvencia**

4. La gran mayoría de los regímenes internos de la insolvencia y el derecho de sociedades no prevén una legislación específica sobre el tratamiento de los grupos de sociedades mercantiles, o no abordan ese tratamiento. En algunos otros, los problemas planteados en caso de insolvencia dentro de grupos de sociedades mercantiles se solucionan mediante prácticas en cierto modo “creativas” cuya legitimación depende en gran medida del pragmatismo de los tribunales. Por ejemplo, tanto en Inglaterra como en Australia se han elaborado mecanismos que permiten a los tribunales homologar “acuerdos de fondo común” en virtud de los cuales el activo y el pasivo de dos o más sociedades conexas de un grupo se convierten, de hecho, en un solo conjunto de activos y un solo conjunto de obligaciones. El resultado es que las sociedades sujetas al acuerdo de fondo común ya no se consideran de hecho entidades separadas, y todos los acreedores no garantizados de todas las sociedades participan en un pie de igualdad en la repartición del producto de un solo conjunto de activos. La jurisprudencia de los Estados Unidos de América sigue un criterio similar.

5. La evolución de esa jurisprudencia ha determinado que a menudo los tribunales debieran considerar ciertas cuestiones, como las relativas a determinar:

- a) Si los acreedores han tratado con un grupo de sociedades mercantiles como entidad económica única;
- b) Si las actividades del grupo están tan imbricadas que una fusión beneficiaría a todos los acreedores;
- c) Si ha habido apropiación indebida de los activos de una entidad en provecho de otra; y
- d) Si existe un criterio que permita sopesar las ventajas y los inconvenientes de una fusión sustantiva.

Los Países Bajos son un ejemplo de país que carece de base legislativa en la materia pero en el cual, en algunos casos, los tribunales han aceptado autorizar una fusión del activo y el pasivo entre sociedades insolventes en casos en que, como se

mencionó anteriormente, las actividades y los activos de esas sociedades estaban tan relacionados entre sí que era imposible determinar cuál de ellas era la propietaria.

6. Nueva Zelandia en cambio dispone de legislación específica en el marco de su régimen de la insolvencia, que se basa principalmente en legitimar las prácticas pragmáticas mencionadas anteriormente que se emplean en otros países.

7. Además, en Australia, la legislación sobre la insolvencia prevé que una empresa tenedora (matriz) responde de las deudas de una filial insolvente si se determina que la matriz autorizó a la filial a proseguir sus actividades cuando era insolvente. La legislación australiana prevé también la anulación, en forma sumaria, de las operaciones realizadas antes de la quiebra por una sociedad insolvente con una sociedad conexas.

#### **Legislación relativa a la insolvencia transfronteriza**

8. Los instrumentos multilaterales sobre la insolvencia transfronteriza no contienen disposiciones para el tratamiento de esas cuestiones en un contexto internacional. Por ejemplo, ni el Reglamento (CE) N° 1346/2000 del Consejo de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia ni la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza abordan el tema.

9. Existe por lo tanto una ausencia relativa, tanto a nivel interno como internacional, de directrices que indiquen en qué circunstancias podría preverse la aplicación de un procedimiento único a las sociedades mercantiles pertenecientes a un mismo grupo, ni cómo deberían abordarse cuestiones como la jurisdicción, la presentación de las demandas, los procedimientos secundarios y la repartición.

### **C. Factores jurisdiccionales que deben tenerse en cuenta**

10. Existen importantes diferencias entre las jurisdicciones en cuanto a la manera en que deben abordarse algunas de las cuestiones planteadas. Entre los diversos factores que deberían tenerse en cuenta figuran los siguientes:

a) Las diferencias de filosofía y enfoque entre los países de tradición jurídica civilista y los del *common law* en lo que respecta a la gestión o al “control” de los grupos de sociedades mercantiles y las sociedades conexas y en los enfoques en cuanto a la responsabilidad de los directores en los grupos de esa índole;

b) La medida en que deben considerarse en ese contexto los aspectos contables de las cuestiones relativas a los grupos de sociedades mercantiles;

c) El efecto de la legislación fiscal, que es a menudo la razón de la formación y posterior crecimiento de un grupo de sociedades, así como de las estrategias adoptadas dentro de ese grupo;

d) La medida en que las políticas de fijación de precios entre sociedades determinan la repartición del activo y el pasivo en el seno de esos grupos;

e) Los eventuales problemas de conflictos de intereses y la aplicación de un procedimiento único o principal; y

f) Las posibles repercusiones del tratamiento de los grupos de sociedades mercantiles en el procedimiento de insolvencia en las operaciones garantizadas y los acreedores garantizados.

#### **D. Alcance del proyecto**

11. INSOL reconoce que pueden existir diferentes concepciones del alcance de la labor que se puede llevar a cabo. Como mínimo, debería limitarse estrictamente a la definición de las circunstancias en las cuales, tanto a nivel interno como transfronterizo, podría resultar conveniente promover una legislación que:

a) Permita la no aplicación o el apartamiento del principio de la separación de entidades;

b) Facilite la formación de un fondo común del activo y el pasivo de las sociedades de un grupo; y

c) Proporcione directrices que permitan alcanzar los objetivos establecidos en los apartados a) y b).

12. No obstante, el alcance podría ampliarse considerablemente e incluir también:

d) Directrices que permitan a un representante de la insolvencia, en el marco del procedimiento de insolvencia relativo a una sociedad matriz, orientar las medidas que debe adoptar la filial (insolvente);

e) Directrices relativas al tratamiento de las sociedades de un grupo situadas en diferentes jurisdicciones (con una posible adaptación, por ejemplo, del concepto de centro de los principales intereses en el caso de las filiales o de las sociedades conexas);

f) Directrices que otorguen al administrador de la insolvencia facultades más amplias para anular y dejar sin efecto operaciones entre sociedades de un grupo que perjudiquen a los acreedores; y

g) Directrices que, en determinadas circunstancias, obliguen a una sociedad “matriz” a hacerse responsable de las deudas de una filial insolvente.

#### **E. Papel de la CNUDMI en la labor futura sobre este tema**

13. INSOL considera que la CNUDMI está en una posición inmejorable para llevar a cabo un proyecto tan complejo y de una importancia tan amplia. La CNUDMI tiene una gran experiencia en la labor relativa al régimen de la insolvencia, habiendo elaborado tanto la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza como la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia en plazos relativamente cortos. Además, en el curso de la preparación de esos dos textos, la CNUDMI ha establecido vínculos con participantes clave en la esfera del régimen de la insolvencia, especialmente Estados Miembros y no miembros, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, así como expertos a título personal. Un gran grupo representativo de naciones con diferentes tradiciones jurídicas y niveles de desarrollo económico participó en la elaboración de esos

textos. La secretaría y los Estados Miembros de la CNUDMI ya están familiarizados con muchos de los problemas de política nacional relacionados con la insolvencia.

14. La continuación de la labor de la CNUDMI con respecto a los grupos de sociedades mercantiles en procedimientos de insolvencia no sólo permitiría que los países llegaran a un acuerdo sobre el contenido técnico de sus enfoques nacionales del tratamiento de esos grupos, sino que contribuiría también a sensibilizar a la comunidad internacional sobre la importancia de la cuestión. También podría determinar que los países asignaran mayor prioridad a la realización de las reformas legislativas necesarias.

## **F. Estudio y coloquio propuestos**

15. Se sugiere que, como primera medida, se realice un estudio detallado de los diferentes enfoques del tratamiento de los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia a fin de proporcionar los medios para identificar los problemas que deberían abordarse, y sus posibles soluciones, para garantizar la previsibilidad y la transparencia de ese tratamiento. Un estudio de esa índole se basaría en consultas amplias para recabar opiniones y puntos de vista y examinaría, y posiblemente refinaría, el alcance, los enfoques y las opciones posibles.

16. Esas consultas podrían adoptar la forma de un coloquio multinacional, solución que ha resultado muy satisfactoria para la elaboración de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia. El éxito de esta primera etapa podría tal vez indicar la conveniencia de establecer un grupo de trabajo para elaborar un texto apropiado.

17. INSOL desea manifestar su disposición a unirse a la CNUDMI para promover la realización de ese estudio y la organización de ese coloquio multinacional antes de una eventual decisión en cuanto a establecer un grupo de trabajo.