



Asamblea General

Distr. limitada
4 de octubre de 2006
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
31º período de sesiones
Viena, 11 a 15 de diciembre de 2006

Tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia

Nota de la Secretaría*

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Glosario	1	2
II. Antecedentes	2-48	5
A. Introducción	2-6	5
B. Naturaleza de los grupos de sociedades	7-24	7
C. Razones para ejercer el comercio por conducto de grupos de sociedades ...	25-34	12
D. Definición de “grupo de sociedades”—propiedad y control	35-38	15
E. Reglamentación de los grupos de sociedades	39-47	16

* La presentación tardía de este documento obedece a que fue preciso finalizar las consultas.



I. Glosario

1. Es posible que los términos y expresiones definidos a continuación, que son de uso común en la legislación y en obras que versan sobre los grupos de sociedades, tengan sentidos diferentes en los distintos países o sean de uso habitual en un ordenamiento jurídico y en otros no. Las precisiones terminológicas tienen por objeto orientar al lector y facilitar una interpretación uniforme de las cuestiones que se tratan.

a) Grupo de sociedades

“La palabra ‘grupo’ suele denotar una configuración de varias empresas ligadas por una red común o interconectada de participaciones en el capital social, y a la vez sujetas a un control unificado o a una capacidad de controlar” (Australia: causa Walker v Wimbourne (1976), en *Australian Company Law Reports (ACLR)*, N° 529, en 532).

“Unos vínculos de dirección y gestión estrechos y comunes, sumados a una red interconectada de complejas participaciones mutuas en el capital social, son rasgos distintivos de lo que en la práctica convierte a diversas empresas integrantes del grupo descrito como grupo de sociedades en que, por conducto de sus órganos de gestión, cada una tiene en cuenta las necesidades y los intereses de las demás” (Reino Unido: causa *Enterprise Gold Mines NL* (1991) 3, en *Australian Corporations and Securities Reports (ACSR)*, N° 31, en 540).

“Un conjunto de empresas compuesto por una empresa matriz, sus filiales y las entidades en las que la empresa matriz o sus filiales tengan un derecho de participación, así como las empresas vinculadas entre sí por una relación en el sentido del apartado 1 del artículo 12 de la Directiva 83/349/CEE” (relativa a las cuentas consolidadas). (Artículo 2 de la Directiva 2002/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la supervisión suplementaria de las entidades de crédito, compañías de seguros y empresas de inversión de un conglomerado financiero).

b) Control

El poder que suele asociarse al mantenimiento de una posición estratégica en el seno de una organización empresarial y que permite a quien lo ejerce dominar directa o indirectamente con capacidad decisoria, por lo general en materia de políticas financieras y de operaciones.

Se considerará que una sociedad controla a otra cuando posea directa o indirectamente un porcentaje del capital que le confiera la mayoría de los derechos de voto en las juntas generales de esta última; cuando la primera sociedad disponga por sí sola de la mayoría de los derechos de voto en la segunda sociedad en virtud de un acuerdo firmado con otras sociedades o accionistas y que no sea contrario al interés de esta última; cuando la primera sociedad tenga el control de hecho sobre las decisiones en las juntas generales de la segunda, debido a los derechos de voto de que disponga. Se presumirá que una sociedad ejerce este control cuando disponga directa o indirectamente de un porcentaje de los derechos de voto superior al 40%, siempre y cuando ningún otro socio o accionista posea directa o indirectamente un porcentaje superior al suyo (Francia: artículo L233-3 del Código de Comercio).

“El control podrá residir también en una entidad que posea menos de la mayoría de las acciones con derecho a voto de una empresa si, mediante contratos de dirección o gestión, las condiciones de los acuerdos de crédito, acuerdos fiduciarios de voto, acuerdos de licencia o de franquicias, o mediante otros elementos, tiene el poder de ejercer una influencia decisiva en las actividades de la empresa de que se trate” (Obligaciones de las empresas multinacionales y de las sociedades que las integran, Instituto de Derecho Internacional, 1995).

c) Sociedad de cartera o matriz

Se denomina sociedad de cartera o sociedad matriz a una empresa que directa o indirectamente posee en otra empresa un número suficiente de acciones con derecho a voto mediante las que controla la dirección y actividad mercantil de esta última influyendo en su junta directiva o eligiendo a sus miembros. El término puede denotar una sociedad que por sí misma no produce mercancías ni presta servicios pero cuya finalidad es poseer acciones de otras empresas (o hacerse con la propiedad plena de otras empresas).

d) Filial

Una filial es una empresa que pertenece a otra principal que forma parte del mismo grupo de sociedades o que es dominada o controlada por la empresa principal. Una filial se constituye habitualmente conforme a la ley del Estado en el que se crea (Obligaciones de las empresas multinacionales y de las sociedades que las integran, Instituto de Derecho Internacional, 1995).

Cuando una empresa posea más de la mitad del capital de otra, se entenderá que la segunda empresa es filial de la primera (Francia: artículo L233-1 del Código de Comercio).

e) Relación entre la sociedad matriz y la filial

Se hablará de que existe una relación entre la sociedad matriz y la filial cuando una sociedad goce de una posición estratégica en el órgano con facultades decisorias de esta última, que le da poder para influir directa o indirectamente en su actividad mercantil. Entre los factores que corroboran tal relación cabe citar: la participación mayoritaria en el capital; la posesión de capital a través del cual tiene la mayoría de votos; el poder de elección de la mayoría de los miembros de los consejos de administración y de supervisión; el mantenimiento de relaciones financieras, personales, contractuales o de otra índole que den lugar a que una de las sociedades logre una posición estratégica de control, según se ha definido este concepto (Antunes, Jose Engracia, *Liability of Corporate Groups*, Kluwer, 1994).

f) Sucursal

Una unidad de una entidad más grande que no se ha constituido como persona jurídica independiente en el Estado en que se ha establecido o en que desarrolla sus actividades (Obligaciones de las empresas multinacionales y de las sociedades que las integran, Instituto de Derecho Internacional, 1995).

g) Sociedad allegada, asociada o afiliada

“jj) “Persona allegada”: cuando el deudor sea una entidad jurídica, se entenderá por persona allegada: i) la persona que ejerza o que haya ejercido algún

tipo de control sobre el negocio del deudor, y ii) un pariente, un socio o una sucursal o filial del deudor.” (Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia).

h) Mandamiento de mancomunación de bienes (tiene el mismo efecto que una mancomunación del patrimonio conforme a normas de derecho sustantivo)

Orden judicial por la que se permite la mancomunación o combinación en una única masa de la insolvencia del activo y del pasivo del grupo de sociedades sometidas a liquidación en beneficio general de los acreedores no garantizados.

i) Mandamiento de aportación

Orden judicial por la cual un tribunal podrá exigir a una empresa solvente del grupo de sociedades que aporte una determinada cuantía de capital para cubrir la totalidad o parte de las deudas de otras empresas del grupo sometidas a liquidación.

j) Mancomunación

i) Mancomunación del patrimonio conforme a normas de derecho procesal (denominada “administración conjunta” en la presente nota): consiste en combinar diferentes procedimientos de insolvencia o en mancomunar el patrimonio de entidades independientes con fines administrativos para facilitar las cuestiones procesales y ahorrar gastos, aunque el activo y el pasivo de los deudores siguen siendo independientes y diferenciados y los derechos sustantivos de los acreedores no se ven menoscabados.

ii) Mancomunación del patrimonio conforme a normas de derecho sustantivo consiste en que el tribunal que entiende en una causa de insolvencia de empresas de un mismo grupo, en circunstancias procedentes, soslaye la identidad jurídica independiente de cada empresa y ordene la mancomunación de todos los activos y pasivos a fin de tratarlos como si una única entidad los poseyera y hubiera contraído, respectivamente; mediante este procedimiento se crea una única masa de la insolvencia en beneficio general de los acreedores de todas las entidades cuyo patrimonio se ha mancomunado.

k) Administración conjunta (véase mancomunación conforme a normas de derecho procesal)

l) Directivos virtuales y de facto

Un director virtual es una persona cuyas órdenes o indicaciones suelen determinar la conducta del personal directivo de la empresa (Reino Unido, párrafo 2 del artículo 741 de la Ley de sociedades mercantiles de 1985). Una empresa puede ser director virtual de otra empresa.

Un director de facto puede ser un accionista o un ejecutivo de una sociedad matriz que en la práctica desempeña funciones directivas o considera tenerlas sin ocupar oficialmente un cargo de dirección.

m) Fijación de los precios de transferencia interna

Por 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 sociedad 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.

n) Partidas no consignadas en el balance general

El concepto de partida no consignada en el balance general suele denotar un crédito o una deuda o una actividad financiera que no quedan reflejados en el balance general. Cabe mencionar como ejemplos de actividades financieras no consignadas las operaciones correspondientes a empresas conjuntas, consorcios de investigación y desarrollo y a arrendamientos simples (en sustitución de la adquisición de bienes de equipo); en este último caso, el bien se consigna en el balance general del arrendador, y el arrendatario da cuenta únicamente de los gastos ocasionados por el uso del bien.

o) Cuentas consolidadas

Las cuentas consolidadas son estados financieros en que se integran los resultados de las filiales en las cifras contables globales de la sociedad de cartera, de modo que el grupo aparece como si constituyera una unidad económica única.

II. Antecedentes

A. Introducción

2. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se reconoce la figura de la “sociedad”, entidad a la que se confiere personalidad jurídica propia, distinta de las personas físicas que la componen, ya sea en calidad de propietarios, directivos o empleados. Como persona jurídica, una sociedad puede adquirir derechos y contraer obligaciones y responsabilidades, como la capacidad legal para litigar y ser objeto de litigios, para tener y traspasar bienes, para celebrar contratos y para pagar impuestos. Otra de las características de una sociedad es también su perpetuidad, en el sentido de que su existencia se mantiene en todo momento y se prolonga con el correr de los años, independientemente de quiénes la integren, y los accionistas pueden transferir sus acciones sin socavar el carácter de sociedad que tiene la entidad. Una sociedad puede tener también responsabilidad limitada, lo que supone que los inversionistas habrán de responder tan sólo del capital que se hayan arriesgado a colocar en la sociedad por propia voluntad. Sin esa limitación, los inversionistas arriesgarían la totalidad de sus bienes cada vez que participaran en una actividad empresarial de riesgo. Una sociedad debe someterse a ciertos procedimientos legales para obtener su personalidad jurídica y, una vez constituida, habrá de regirse por las reglamentaciones aplicables a las entidades así constituidas. En general en ese régimen se determinarán no sólo los requisitos de constitución, sino también las consecuencias que trae aparejada la constitución de la personalidad jurídica, como las facultades y competencias de la sociedad, los derechos y obligaciones de sus integrantes y el grado en que éstos habrán de responder de las deudas de la sociedad. Así pues, la figura de la sociedad propicia la certidumbre en la organización de la actividad mercantil, ya que quienes tengan trato con ese tipo de entidad saben que pueden confiar en su personalidad jurídica e invocar los derechos, deberes y obligaciones que se derivan de tal condición.

3. Es cada vez más frecuente que la actividad mercantil de las sociedades se ejerza, tanto en el ámbito interno como en el internacional, por conducto de un “grupo de sociedades”. La expresión “grupo de sociedades” engloba una amplia gama de distintas formas de organización económica que se sustentan en el concepto de identidad societaria única. Por grupo de sociedades se entiende en sentido lato dos o más empresas cuya vinculación se traduce en alguna forma de control (directo o indirecto) o de propiedad (véase más adelante) del grupo. La dimensión y la complejidad de los grupos de sociedades pueden no ser siempre patentes, habida cuenta de que la imagen pública de muchos de ellos es la de una organización unitaria que funciona como entidad empresarial única.

4. Los grupos de sociedades existen desde hace tiempo; según los estudiosos, surgieron en algunos países a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX como resultado de un proceso interno de expansión, consistente en que las empresas empezaron a adquirir el control de su propia capacidad financiera, técnica o mercantil. Estas empresas de entidad única se expandieron después hacia el exterior, adquiriendo el control jurídico o económico de otras sociedades. En un principio, esas otras sociedades desarrollaban sus actividades en el mismo sector de mercado, pero con el tiempo la expansión afectó a sociedades de sectores afines y, posteriormente, de ramos distintos o sin vinculación alguna, ya sea por referencia a la diferenciación de los productos, o de la situación geográfica o por las dos cosas¹. Uno de los factores que impulsaron la expansión, por lo menos en algunos países, fue la legitimación de la propiedad de las acciones de una sociedad por otra sociedad, acto que originalmente estaba prohibido tanto por el common law como por los ordenamientos de inspiración romanista.

5. Durante todo el proceso de expansión, las sociedades mantuvieron y siguen manteniendo su personalidad jurídica propia, aun cuando, como señala un comentarista, “la sociedad única dejó de ser la forma de organización empresarial más importante hacia los decenios de 1920 y 1930”²; de hecho, en la actualidad es probable que las pequeñas empresas privadas sean las únicas sociedades típicamente organizadas como empresas independientes. En el mundo de hoy los grupos de sociedades son omnipresentes, tanto en los mercados desarrollados como en los incipientes, que realizan operaciones con características comunes en un gran número de sectores que con frecuencia no son afines, y que a veces pertenecen a una familia y combinan esa forma de propiedad con distintos grados de participación de inversionistas externos. Las entidades económicas más grandes del mundo son no sólo países, sino también un número equivalente de empresas transnacionales. Los principales grupos transnacionales tal vez representan porcentajes importantes del producto nacional bruto de todo el mundo, y sus tasas de crecimiento y sus cifras de negocios anuales rebasan las de muchos países.

6. Pese a que el grupo de sociedades configura una realidad económica actual, una gran parte de la legislación sobre las sociedades mercantiles y, en particular sobre la forma en que se regulan en la insolvencia, se centra en la figura de la sociedad mercantil única, como si fuera la norma. Pese a la falta de legislación, los jueces de muchos países, al dirimir en cuestiones que pueden juzgarse mejor por

¹ Antunes, Jose Engracia, *Liability of Corporate Groups*, Kluwer 1994, cap. 1.

² Hadden, *Inside Corporate Groups*, 1984 *International Journal of Sociology of Law*, 12, págs. 271-28, 271.

referencia a la figura de la entidad económica única que a la de la sociedad mercantil única, han hallado soluciones más acordes con la realidad económica del mundo empresarial moderno.

B. Naturaleza de los grupos de sociedades

7. Las estructuras de un grupo de sociedades pueden ser sencillas o sumamente complejas, constar, por ejemplo, de muchas filiales de propiedad total o parcial, filiales operativas, subfiliales, sociedades secundarias de cartera, empresas de servicios, empresas inactivas y entañar el ejercicio simultáneo de cargos en distintas juntas directivas y de diferentes formas de participación en el capital social. También pueden consistir en el tipo de estructuras denominadas entidades para fines especiales, en empresas conjuntas, sociedades extraterritoriales y consorcios

8. La estructura de los grupos de sociedades puede ser jerárquica o vertical y consistir en sucesivos niveles de sociedades matrices y empresas controladas, que podrán ser filiales u otros tipos de empresas afiliadas o conexas, todas ellas funcionando en distintas etapas de un proceso de producción o de distribución. Cabe que la estructura sea también más horizontal y esté constituida por muchos grupos de empresas del mismo rango que suelen estar ligadas por complejos esquemas de propiedad entrecruzada y que funcionan en el mismo nivel del proceso de producción y distribución. Es posible que desarrollen su actividad mercantil en uno o varios sectores económicos afines. Se ha señalado que los grupos con estructura horizontal son más corrientes en algunas partes del mundo, como Europa, en tanto que los grupos con estructura vertical suelen predominar en otras, como los Estados Unidos de América y el Japón.

9. De los trabajos de investigación en la materia se desprende claramente que la vinculación de los grupos mercantiles puede adquirir formas variadas, como la alianza entre entidades bancarias, los cargos interconectados en distintas juntas directivas, las alianzas de propietarios, el intercambio de información, las empresas conjuntas y los carteles. La investigación muestra asimismo que la estructura de los grupos de sociedades se diferencia conforme a los regímenes de gestión de empresas imperantes. En el Japón, los *keiretsu* se organizan de forma vertical u horizontal y abarcan distintos sectores industriales. Suelen constar de un banco, una sociedad de cartera o financiera, y un grupo diverso de empresas fabricantes. En Corea, en cambio, los *chaebol* suelen estar bajo el control de una sola familia o unas pocas familias y su organización es siempre vertical. En China, los grupos mercantiles han desarrollado una estructura singular: son grandes entidades multiindustriales con fuertes lazos estatales, pero no de parentesco³.

10. El grado de autonomía financiera y decisoria de los grupos de sociedades puede variar considerablemente. En algunos, sus integrantes pueden ser entidades comerciales activas que asumen la responsabilidad central de fijar sus propios objetivos y actividades comerciales y de administrar sus finanzas. En otros, las decisiones estratégicas y presupuestarias están centralizadas y las sociedades funcionan como si fueran divisiones operativas de una organización mercantil más grande, con pocas posibilidades de ejercer

³ Khanna, T y Yafeh, Y., *Business Groups in Emerging Markets: Paragons or Parasites?*, European Corporate Governance Institute, 2005.

sus facultades discrecionales en el seno de la unidad económica aglutinante. Una sociedad matriz puede ejercer un control estricto merced a una operación centralizada de asignación del capital social y del crédito mediante una gestión central de las finanzas del grupo, la decisión de las políticas financieras y de explotación, la fijación de objetivos de rendimiento, la selección de directivos y de otro personal clave, y la supervisión constante de las actividades de las demás empresas. El poder del grupo puede estar centralizado en la suprema sociedad de cartera o en una empresa de menor jerarquía y, en este caso, la sociedad de cartera poseerá las acciones societarias clave, aunque sin ejercer una función directa en los ámbitos de la producción, la dirección y la gestión. Los grupos más grandes podrían tener sus propios bancos y funcionar como un mercado de capitales. La financiación societaria podría entrañar el otorgamiento interno de préstamos recíprocos entre la sociedad de cartera y las filiales. Los préstamos internos podrían consistir en capital de explotación o deuda a corto plazo pendiente de pago, como dividendos no pagados o crédito vinculado a operaciones entre empresas del grupo; cabe que los préstamos supongan o no el pago de intereses.

11. En algunos países, los lazos de parentesco representan un factor de conexión importante en los grupos de sociedades; puede ocurrir que, por ejemplo, los miembros más importantes de la familia y sus estrechos colaboradores pertenezcan a la junta directiva de la sociedad de cartera y que los directivos de ésta ocupen cargos en las juntas directivas de las demás empresas del grupo, creándose así un denso tejido de cargos directivos ejercidos por las mismas personas, gracias al cual la familia mantiene el control del grupo. Por ejemplo, un organigrama del Grupo Tata de la India muestra una intrincada red de cargos directivos que ejercen los 18 miembros de la junta directiva de la sociedad de cartera, Tata Sons Ltd, y otros 45 socios del grupo⁴. El ejercicio simultáneo de cargos en distintas juntas directivas suele existir en muchos países: en una encuesta se determinó que en Alemania, Francia, Italia, el Reino Unido y los Estados Unidos, dos de cada diez directivos de grupos mercantiles pertenecen, como mínimo, a las juntas de tres sociedades distintas que los integran⁵.

12. En algunos países, los grupos de sociedades se han relacionado estrechamente con los poderes públicos y sus políticas, como las que determinan el acceso al crédito y a divisas, y su evolución se ha visto marcada considerablemente por la competencia. Al mismo tiempo, cabe citar ciertas políticas públicas que han tenido como finalidad encauzar el funcionamiento de los grupos de sociedades, para lo que han recurrido a retirarles cierto tipo de trato preferente, como el acceso a capital.

13. La estructura de muchos grupos de sociedades muestra las dimensiones y la complejidad de las posibles relaciones entre empresas. De 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 sociedad cotizable, ésta tendía a controlar más cantidad de empresas (las cifras iban de un promedio de 72 empresas dominadas 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 dominadas era de propiedad total; el número de estratos de filiales de un grupo de sociedades con estructura vertical oscilaba entre 1 y 11, y el promedio

⁴ Bikram De, *The Incidence and performance effects of interlocking directorates in emerging market business groups: evidence from India*, Instituto Indira Gandhi de Investigaciones sobre el Desarrollo, abril de 2003.

⁵ Antunes, nota 1, pág. 45.

general iba de 3 a 4⁶. En otros países las cifras son mucho más altas. Al hacerse un estudio basado en las cuentas e informes de 1979 de varias grandes empresas transnacionales con sede en el Reino Unido 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 también que muy pocas personas del grupo podían discernir las relaciones jurídicas precisas que vinculaban a todos las empresas integrantes del grupo y que ninguno de los grupos estudiados parecía disponer de un organigrama propio completo⁷. De forma análoga, los organigramas de varios grupos inmobiliarios de Hong Kong, como Carrion, 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. Un caso actual es el grupo Federal Mogul, proveedor de componentes de automóviles, cuyo organigrama, al agrandararlo para poder leer el nombre de sus filiales, cubriría toda la pared de una pequeña oficina. El organigrama del grupo Collins and Aikman, también del sector del automóvil, es un libro y los distintos estratos de los subgrupos que lo integran tienen la complejidad de estructura propia de muchos grupos de empresas nacionales.

14. El grado de integración de un grupo de sociedades podría estar determinado por varios factores⁸, entre los que figurarían la organización económica del grupo (por ejemplo, si la estructura administrativa está centralizada o si los distintos integrantes gozan de independencia, si la financiación o las garantías de préstamos de las filiales dependen del grupo, si la gestión de los recursos humanos es o no centralizada, el grado en que la sociedad matriz decide cuestiones fundamentales como la orientación de las políticas, las operaciones y el presupuesto de las demás y hasta qué punto el grupo mercantil está integrado vertical u horizontalmente); el funcionamiento de la mercadotecnia en el seno del grupo (por ejemplo, la importancia de las compraventas entre empresas del grupo, la utilización de marcas registradas, logotipos y programas publicitarios comunes y el suministro de garantías para sus productos); y la imagen pública del grupo (por ejemplo, el grado en que se presenta como entidad económica única y hasta qué punto la actividad mercantil de las empresas constitutivas se describe como propia del grupo en los informes externos, como los destinados a los accionistas, a los órganos de reglamentación y a los inversionistas).

15. La estructura legal de un grupo consistente en varias personas jurídicas distintas no determina forzosamente la forma de dirigir y administrar el grupo. Si bien cada sociedad es una entidad independiente, la dirección puede organizarse en función de las divisiones correspondientes a las líneas de productos y, como las filiales pueden tener una o muchas gamas de productos, éstas pueden formar parte de varias divisiones. En algunos casos, ocurre que los órganos directivos de la sociedad matriz tratan a las filiales que son de su entera propiedad como si fueran sucursales suyas.

16. Como ya se señaló, los grupos de sociedades pueden constar de otros tipos de entidades, como las denominadas entidades para fines especiales, las empresas conjuntas, los fideicomisos extraterritoriales y los consorcios. Un tema que merece abordarse en relación con los grupos de sociedades es la normativa que se aplicará a entidades y mecanismos de esa índole en un procedimiento de insolvencia.

⁶ Citado en *Companies and Securities Advisory Committee (CASAC), Corporate Groups Final Report*, 2000, Australia, párr. 1.2.

⁷ Hadden, nota 2, pág. 273.

⁸ CASAC, nota 6, párr. 1.7.

Entidades para fines especiales

17. Las entidades para fines especiales (EFE, denominadas también “vehículos para fines especiales” o “entidad con riesgo remoto de quiebra”) se crean con objeto de alcanzar objetivos puntuales o temporales, como la adquisición y financiación de determinados bienes, y tienen por finalidad principal circunscribir el riesgo financiero o aprovechar las posibilidades de desgravación fiscal. Una entidad para fines especiales suele ser una filial que es totalmente propiedad de la sociedad matriz, aunque en ciertos países se exige que otro inversionista posea como mínimo un 3% del capital. Debido a la estructura de su activo y pasivo y a su condición de persona jurídica independiente, por lo general sus obligaciones son seguras, aun en caso de insolvencia de la sociedad matriz. La sociedad que crea tal entidad puede lograr sus objetivos sin hacer constar en su propio balance general ninguna de las partidas de activo ni de pasivo correspondientes a las operaciones de la entidad; de ahí que se hable de “partidas no consignadas en el balance general”.

18. A medida que ha ido aumentando la complejidad de los mercados financieros, las entidades para fines especiales se han utilizado en una gran variedad de operaciones. Cabe mencionar entre ellas la bursatilización de activos financieros, como serían diversos tipos de préstamos; los créditos por cobrar de cartas de crédito; los arrendamientos financieros y el arriendo comercial de aeronaves; las hipotecas inmobiliarias; y la financiación de aeronaves y buques. La entidad para fines especiales adquirirá el activo financiero del iniciador de la operación y luego emitirá pagarés, obligaciones u otros valores. Entre los beneficios que ese mecanismo reporta a la sociedad iniciadora figuran la desaparición del activo financiero o del conjunto de activos financieros subyacentes de su balance general; el aumento de liquidez; la disminución del riesgo inherente a la variabilidad de los tipos de interés, los tipos de cambio y las fechas de vencimiento relativos al conjunto de activos subyacentes al que la sociedad iniciadora podría haberse visto expuesta; y el incremento de la rentabilidad de sus bienes y capital.

19. Estas entidades también pueden utilizarse por razones de competencia para asegurar que los derechos de propiedad intelectual, por ejemplo para desarrollar nueva tecnología, estén en manos de una entidad independiente que no tenga la obligación de acatar los acuerdos de licencia preexistentes.

Empresa conjunta

20. Una empresa conjunta suele ser un arreglo contractual o consorcio entre dos o más partes que desean perseguir de consuno un objetivo comercial. Un arreglo de esa índole puede dar lugar a veces a la creación de una o más personas jurídicas, en que los socios aporten capital y compartan los beneficios, los gastos y el control del consorcio. La empresa conjunta puede entrañar únicamente la ejecución puntual de un proyecto o constituir una relación 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.

21. La formación de una empresa conjunta puede contribuir a repartir gastos y riesgos; a facilitar el acceso a recursos financieros; a crear economías de escala y las

ventajas propias de las dimensiones de la empresa; y a posibilitar el acceso a tecnologías modernas, a nuevos clientes o a prácticas de dirección innovadoras. Puede ser útil también para lograr objetivos de competitividad y estratégicos, influyendo en la evolución estructural de una industria; anticiparse a sus competidores; crear unidades competitivas más sólidas; y facilitar la transferencia de conocimientos y tecnología, así como la diversificación de la actividad comercial. Lo que cabe determinar en el contexto de un grupo de sociedades es si una empresa conjunta debe considerarse parte del grupo mercantil y si eso dependerá de la forma que revista la empresa conjunta.

Sociedades extraterritoriales

22. Por sociedad extraterritorial se entiende una empresa común y corriente que se constituye con arreglo a las leyes de un ordenamiento extranjero. Es similar por su naturaleza y efecto jurídico a la sociedad establecida conforme a las leyes de su propio país en que se transfieren bienes a un fideicomisario a fin de que los administre en beneficio de una persona o una categoría de personas. Varios países han modificado sus leyes para favorecer la radicación en su territorio de sociedades extraterritoriales. La creación de este tipo de entidades suele obedecer a razones tributarias o de protección de bienes. La eficacia de tal sociedad podrá verse limitada en la práctica si el régimen de la insolvencia del país de la persona que haya transferido los bienes dispone la anulación de los actos de transferencia a esas sociedades, y de las operaciones efectuadas para defraudar a los acreedores

Contragarantías

23. En muchos países, un método importante de obtención de capital al que suelen recurrir los grupos de sociedades es la financiación mediante contragarantías, por el cual cada empresa constitutiva del grupo responde del cumplimiento de las obligaciones de las demás. En algunos países ha resultado difícil hacer efectivas las contragarantías en los procedimientos de liquidación y, en algún caso, se han anulado.

24. En un país (Australia), las contragarantías sirven de mecanismo para atenuar la carga reglamentaria a que están sujetas las empresas; así, por ejemplo, cabe que se reduzcan los requisitos contables y de auditoría de las empresas que suscriban contragarantías. La escritura de contragarantía convierte al grupo de empresas partes en ella, en muchos sentidos, en una entidad jurídica única, y las contragarantías vienen a representar una forma de aportación o mancomunación voluntaria de fondos en caso de que una o más de las empresas partes pasen a ser objeto de un procedimiento de liquidación mientras la contragarantía sigue en vigor. Una ventaja de ese mecanismo es que los acreedores y posibles acreedores podrán remitirse al balance unificado de las entidades constitutivas, en vez de consultar los estados financieros de cada filial de propiedad total que haya suscrito una contragarantía.

C. Razones para ejercer el comercio por conducto de grupos de sociedades

25. Diversos factores, que van de lo jurídico y económico a lo social, cultural, institucional y a normativas de otra índole, determinan la constitución, el funcionamiento y la evolución de los grupos de sociedades. La autoridad de los poderes públicos, las costumbres sucesorias, las estructuras de parentesco (inclusive las consideraciones entre generaciones), la identidad étnica y la ideología nacional, así como el grado de evolución de los marcos jurídico (por ejemplo, la eficacia en el cumplimiento de contratos) e institucional que sustenten la actividad comercial pueden influir en la situación de los grupos de sociedades en distintos entornos. En algunos estudios se sostiene que las estructuras de los grupos mercantiles tal vez compensen el subdesarrollo de las instituciones y redunden así en la disminución de los costos de las operaciones⁹.

26. La actividad mercantil realizada al amparo de la estructura de un grupo de sociedades¹⁰ tiene ventajas, pues puede contribuir a reducir el riesgo comercial o a maximizar los beneficios financieros, al permitir que el grupo diversifique y divida sus actividades comerciales en diversos tipos de empresas, cada una gestionada por una sociedad distinta del grupo. Una sociedad puede adquirir otra para expandirse y lograr más poder en el mercado, pero a la vez que preservando la empresa adquirida y dejándola funcionar como entidad independiente para beneficiarse de su denominación comercial, su clientela y su imagen pública. La expansión puede realizarse a fin de adquirir nuevos conocimientos técnicos o de gestión. Es posible que, una vez constituidos, los grupos subsistan y se multipliquen habida cuenta de los gastos administrativos que entrañaría racionalizar o liquidar filiales superfluas.

27. Gracias a su estructura, un grupo puede atraer capital e invertirlo tan sólo en una parte de su actividad comercial sin por ello perder el control general, si, por ejemplo, constituye esa parte en una filial independiente y permite a los inversionistas externos que adquieran en ella una participación minoritaria. Una estructura de grupo puede permitir reducir los riesgos de responsabilidad jurídica limitando los riesgos de responsabilidad altos, como los que pudieran dimanar de cuestiones ambientales y de consumo, a determinadas empresas del grupo, evitando así que el resto de los bienes del grupo se vean afectados por esa responsabilidad. Es posible dar una garantía más eficaz en respaldo de una deuda o proyecto de financiación si se traspasan determinados bienes a una empresa independiente que se haya constituido expresamente para ese fin, asegurando así que el prestamista gozará de máxima prelación sobre la totalidad o la mayoría de los bienes de la nueva empresa. Cabe también constituir una empresa independiente integrante del grupo, bien para llevar a cabo un proyecto determinado y obtener más financiación imponiendo cargas sobre sus propios bienes y su actividad mercantil, bien para explotar una licencia o concesión gubernamental. La estructura de grupo puede simplificar la venta parcial de una entidad, habida cuenta de 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 incidental cuando una empresa adquiere otra empresa, que, a su vez, sea la sociedad de cartera de varias otras empresas.

⁹ Khanna y Yafeh, nota 3, pág.21.

¹⁰ Las razones enumeradas en esta nota se analizan en CASAC, nota 6, párr. 1.8.

28. El cumplimiento de reglamentos prudenciales o de otros requisitos legislativos se simplifica cuando las sociedades que han de observarlos son integrantes independientes de un grupo. 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 filiales independientes (a veces con un requisito mínimo de capital social de origen nacional) o imponer otros requisitos o restricciones en lo tocante, por ejemplo, a los reglamentos laborales y de empleo. Se han utilizado como medio de expansión en el extranjero mecanismos que no requieren aportaciones de capital social, a causa, por ejemplo, de leyes internas que dificultan la participación en el capital social, el grado de reglamentación impuesto a las operaciones de inversión extranjera y las relativas ventajas económicas que reportan esos mecanismos. Los imperativos geográficos constituyen otro factor importante para los grupos transnacionales, concretamente la necesidad de adquirir materias primas o vender productos por conducto de una filial radicada en un determinado lugar. Una consideración afín de creciente importancia que tal vez se refiera más al lugar en que se ubiquen algunas de las partes de la estructura de la sociedad que a si procede o no organizar una actividad mercantil con estructura de grupo de sociedades, es la importancia de las leyes nacionales que regulan cuestiones como la simplicidad de los mecanismos de constitución y los gastos que entraña las obligaciones dimanantes de la constitución de una persona jurídica y el régimen aplicable a los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia (estas cuestiones se examinan más adelante bajo el epígrafe de las consideraciones de carácter internacional). Las diferentes legislaciones en los distintos países pueden complicar considerablemente todas esas cuestiones.

29. Otro factor clave que motiva las complejas estructuras de los grupos mercantiles son las consideraciones fiscales y su repercusión en la circulación de dinero en el seno de un grupo. Se suele invocar la incidencia fiscal como razón de la formación y el crecimiento subsiguiente de los grupos de sociedades, y tradicionalmente en muchos ordenamientos jurídicos se ha venido dando importancia a la unidad económica de entidades mercantiles conexas. Si bien el motivo básico podría ser la imposición tributaria separada de cada entidad del grupo, tal vez se persigan de hecho otras finalidades esenciales, como la de proteger los ingresos gubernamentales y la de aligerar la carga fiscal que de otro modo resultaría si cada empresa del grupo tuviera que pagar impuestos por separado¹¹. Entre las medidas que tienen en cuenta los vínculos entre la sociedad matriz y las filiales cabe mencionar las exenciones fiscales aplicables a los dividendos entre empresas del grupo; la desgravación de que goza el grupo; y las disposiciones destinadas a combatir la evasión fiscal. Las exenciones fiscales se aplican, por ejemplo, a los dividendos que una empresa reparte entre los accionistas residentes y a los dividendos entre empresas del grupo con fuertes vínculos de propiedad común. Las deducciones fiscales pueden autorizarse en el caso de los impuestos pagados en el extranjero por concepto de beneficios de la filial y de los impuestos extranjeros con que se grava directamente un dividendo. El grupo podría beneficiarse de una desgravación conjunta cuando las empresas conexas pudieran tratarse como una unidad fiscal indivisible y presentaran cuentas unificadas. Las pérdidas de una filial pueden compensarse con los ingresos de otra o las pérdidas y ganancias pueden compensarse mutuamente entre los socios del grupo.

30. Como consecuencia de la importancia de las consideraciones de orden fiscal, las políticas de fijación de precios entre empresas del grupo y las tasas y políticas impositivas

¹¹ *International Investment and Multinational Enterprises - Responsibility of parent companies and their subsidiaries*, OCDE, 1979.

nacionales suelen determinar la distribución de las partidas de activo y de pasivo en el seno de un grupo de sociedades. Las diferencias entre tarifas impositivas aplicables a los grupos mercantiles en distintos países, así como ciertas excepciones que se ofrecen en algunos países (como la reducción de tarifas impositivas sobre los beneficios provenientes del sector industrial o sobre los ingresos derivados del sector de servicios financieros) pueden hacer que las perspectivas en esos ordenamientos resulten más atractivas que en otros con un sistema impositivo más severo y menos excepciones o ninguna. De todos modos, el fisco podrá tener derecho a revisar la estructura de precios de transferencia interna¹² con miras a determinar los beneficios que se obtienen en jurisdicciones con un bajo nivel impositivo.

31. Cabe también la posibilidad de que la decisión de establecer una sucursal o una filial obedezca a razones fiscales. Cuando, por ejemplo, la repatriación de beneficios de una filial extranjera no sea imponible cuando se envían para reembolsar un préstamo a la sociedad matriz o cuando ésta tenga un porcentaje determinado (entre el 5% y el 20%) del capital social de la empresa extranjera; cuando los intereses sobre un crédito tomado para sufragar la adquisición de una filial pueden compensarse con sus beneficios y, como ya se señalado, cuando las pérdidas y ganancias de las filiales puedan compensarse mutuamente en una declaración fiscal unificada. La actividad mercantil puede dividirse también entre dos o más sociedades para aprovechar la desgravación fiscal, las cifras tope de desgravación fijadas o las tasas tributarias progresivas. Otras razones que cabe mencionar son aprovechar las ventajas derivadas de las diferencias entre los métodos contables, años imposables, métodos de amortización, métodos de valoración de existencias y deducciones por impuestos pagados en el exterior; disociar actividades mercantiles que, de realizarse juntas en una única entidad imponible, podrían entrañar perjuicios fiscales; y sacar partido del 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.

32. Los requisitos contables también determinan el tipo de estructura de los grupos de sociedades. En algunos países podrían crearse ciertos mecanismos, como el de la filial de representación, para administrar determinados aspectos de una actividad mercantil y para evitar que la sociedad de cartera no tenga que presentar cuentas comerciales muy detalladas correspondientes a ese tipo de filial, que es únicamente una representación de la sociedad de cartera, a la que pertenecen todos los bienes de que se trate.

33. Muchos de los beneficios que puede reportar una actividad mercantil realizada por medio de un grupo de sociedades pueden ser ilusorios. Es posible que la protección contra pérdidas devastadoras no se haga realidad ante los acuerdos financieros entre las sociedades del grupo, el comercio entre ellas y las contragarantías que se otorguen entre sí; las cartas de seguridades¹³ entregadas a los auditores del grupo y la tendencia de los principales acreedores y, en particular, de los bancos a asegurarse de que la sociedad de más jerarquía del grupo los resarcirá.

¹² Véase el glosario.

¹³ Las “cartas de seguridades” suelen ser enviadas por una sociedad matriz con el fin de persuadir a otra entidad para que concierte una operación con una filial. Pueden enunciar distintos tipos de compromisos, aunque ninguno llegaría a constituir una garantía, a saber, la promesa de mantener su paquete de acciones en una filial o algún otro tipo de compromiso financiero con ella contraído; ejercer su influencia para que la filial cumpla la obligación contraída en virtud de un contrato principal; o confirmar que tiene constancia de la existencia de un contrato con la filial, pero sin indicar expresamente que asumirá responsabilidad alguna por la obligación principal.

34. Para que no quepa duda, cabe señalar que en la práctica contable no se requieren estructuras de grupo de sociedades: a los contadores les da lo mismo unificar balances de sucursales que los de un conjunto de filiales. Parece probable que en los ámbitos bancario, comercial y jurídico no siempre se aprecien debidamente los aspectos contables de un grupo de sociedades. El riesgo de malentendidos aumentará en el período de transición a la nueva normativa internacional de presentación de informes financieros y cuando muchos grupos de sociedades pasen de presentar sus balances unificados conforme a un criterio que hace hincapié en el fondo de las operaciones, a presentarlos conforme a otro criterio en el que la forma jurídica ha de predominar sobre el fondo. Fueron las estructuras contables con partidas no consignadas en el balance general que posibilitaron las quiebras de Enron y WorldCom; de ahí que hoy haya consenso en cuanto a exigir claridad en la presentación de estados financieros.

D. Definición de “grupo de sociedades ”- propiedad y control

35. Si bien la existencia de grupos de sociedades y la importancia de las relaciones entre sus integrantes se reconocen cada vez más, tanto en la legislación como en las resoluciones judiciales, no existe ningún código coherente de normas que rijan directamente esas relaciones de modo global. En algunos países en que los grupos de sociedades están reconocidos en la legislación, no hay leyes de orden comercial o empresarial que regulen explícitamente su funcionamiento, sino que más bien aparecen en disposiciones de otras leyes que rigen los impuestos, la contabilidad empresarial, la competencia, las fusiones y cuestiones de otra índole. Es muy raro encontrar legislación que trate del régimen aplicable a los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia. Además, al comparar las leyes en que sí se regulan algunos aspectos de un grupo de sociedades, las distintas cuestiones se abordan con criterios dispares no sólo de un país a otro sino también de una ley a otra de un mismo país. Así pues, cabe que el término “grupo” denote realidades distintas a efectos diferentes, aunque tal vez haya 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.

36. Si bien en la mayoría de las leyes se evita precisar lo que se entiende por “grupo de sociedades”, en ellas se recurre a varios conceptos comunes para establecer cuáles serán las relaciones entre las entidades constitutivas que bastarán para configurarlas como grupo con fines específicos, como la extensión de la responsabilidad, los fines contables, la fiscalidad y demás. Esos conceptos comunes se encuentran en la legislación y en muchas decisiones judiciales relacionadas con los grupos de sociedades en diversos países y suelen denotar aspectos como la propiedad y el control o la influencia que se ejerce tanto directa como indirectamente, aunque en algunos ejemplos se regula únicamente el ejercicio directo de la propiedad, del control o de la influencia. En algunos casos, la propiedad se define por referencia a una relación formalizada entre las empresas, como la que existe entre una sociedad de cartera y sus filiales o entre una sociedad matriz y sus filiales. A su vez esa relación viene determinada por un criterio de forma, consistente en la titularidad directa o indirecta de un porcentaje concreto de capital social o de derechos de voto. Esos porcentajes oscilan entre una participación de sólo un 5% hasta más del 80%. En los ejemplos en que se fijan porcentajes bajos se suelen sumar otros factores, como los que se

examinan más adelante al definir el control. En algunos ejemplos, los porcentajes sirven de presunción rebatible de la propiedad; los porcentajes más altos, en cambio, establecen una presunción absoluta.

37. En otros ejemplos de lo que constituye grupo de sociedades se emplea un criterio más funcional, centrado en la caracterización del control jurídico-económico, o dominio o influencia decisiva (denominado “control” en la presente nota), término que por otra parte suele definirse. El concepto radica principalmente en el control efectivo o la capacidad de controlar, directa o indirectamente, la política financiera y de operaciones y el proceso de adopción de decisiones del grupo. Cuando en la definición se menciona la capacidad de control se hace referencia al potencial pasivo de control, más que a un control efectivamente ejercido. El control puede obtenerse por la propiedad de bienes 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, como la relación entre la sociedad matriz y las filiales, sino las características de esa relación.

38. Entre los factores indicativos de que una sociedad 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 capacidad 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 capacidad de controlar la mayoría de los votos emitidos en una reunión de la junta o consejo de la segunda entidad; y la capacidad de emitir la mayoría de los votos que probablemente se emitan en una junta general de accionistas de la segunda entidad, o de regular su emisión, independientemente de que la capacidad de la sociedad emane de la titularidad de acciones o de las de opciones sobre acciones. Los datos sobre la sociedad que pueden ser pertinentes al analizar todos estos factores pueden 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 sociedades

39. A fin de regular los grupos de sociedades se siguen por lo general dos criterios o, en algunos casos, una combinación de ambos: el de entidad jurídica independiente (criterio tradicional y, con mucho, el predominante) y el de sociedad única o de unidad económica única.

40. El criterio de entidad jurídica independiente se sustenta en varios principios básicos, entre los que destaca por su importancia la personalidad jurídica propia de cada empresa del grupo. Se basa también en la responsabilidad limitada de los accionistas de cada empresa del grupo y en los deberes de los directivos de cada entidad independiente constitutiva del grupo para con esa entidad.

41. El concepto de personalidad jurídica propia por lo general supone que una sociedad tiene sus propios derechos y deberes, independientemente de quién la controle o posea (es decir, de que sea de propiedad total o parcial de otra empresa) y de su participación en las actividades del grupo. Las deudas que contrae son propias y por lo general no pueden saldarse con cargo a los bienes del grupo. Los contratos que concierne con personas ajenas al grupo no atañen automáticamente a la sociedad

matriz y ésta no puede tener en cuenta los beneficios no repartidos de otras empresas integrantes del grupo al calcular sus propios beneficios. Por responsabilidad limitada de una sociedad se entiende que, a diferencia de lo que sucede en una asociación o sociedad unipersonal, las deudas y obligaciones de la sociedad no recaen en los socios, y las pérdidas que éstos pudieren sufrir no podrán superar el capital que hayan aportado a la sociedad al comprar acciones.

42. El criterio de sociedad única se centra, en cambio, en la integración económica de las empresas de un grupo de sociedades; se concibe al grupo como unidad económica única que desarrolla su actividad mercantil con miras a favorecer los intereses del conjunto, o los del cuerpo empresarial dominante, y no los de cada uno de sus integrantes. Las operaciones de préstamo afectan a todas las empresas constitutivas y los mecanismos de tesorería del grupo se utilizan para compensar los balances acreedores y deudores de cada una de ellas; se puede permitir que, como parte de la estructura y estrategia financiera global del grupo, las empresas integrantes operen con déficit o estén infracapitalizadas; las partidas de activo y de pasivo pueden desplazarse de diversas maneras entre las empresas del grupo; y es posible otorgar préstamos o garantías o concertar algún otro tipo de arreglo financiero entre las empresas del grupo en condiciones esencialmente preferentes.

43. Si bien en muchos países se sigue el criterio de entidad jurídica independiente, en algunos se hacen excepciones a la aplicación estricta de ese criterio y en otros se ha introducido, por vía legislativa o judicial, el criterio de entidad económica única, que se aplica en determinadas situaciones.

44. Algunas de las circunstancias en las que un país (Australia)¹⁴ no aplica de forma estricta el criterio de entidad jurídica independiente son: la unificación de las cuentas de una de las sociedades del grupo y de toda entidad controlada; las operaciones con empresas conexas (se prohíbe a toda empresa pública otorgar a una empresa conexas todo tipo de beneficios financieros consistentes, por ejemplo, en préstamos, garantías e indemnizaciones internos, la condonación de deudas o el traspaso de bienes, salvo que los accionistas hayan aprobado la operación o que se haya dispuesto de algún otro modo la dispensa de la prohibición); las participaciones cruzadas en capital social (por lo general se prohíbe a toda empresa adquirir las acciones de una empresa dominante o constituir garantía sobre ellas, o emitir acciones destinadas a una empresa dominada o traspasárselas); y el ejercicio de la actividad mercantil en situación de insolvencia (la empresa de cartera, que debería sospechar una eventual situación de insolvencia de una filial, podrá ser declarada responsable de las deudas que esa filial haya contraído siendo insolvente).

45. Unos pocos países (Alemania, Portugal) han establecido distintas categorías de grupos de sociedades que pueden actuar como entidad económica única a cambio de otorgar mayor protección a los acreedores y accionistas minoritarios. En Alemania, los grupos de sociedades 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 concernientes 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 del voto de los accionistas de la

¹⁴ CASAC, nota 8, párr. 1.73.

sociedad de cartera, a la que corresponde una determinada participación en las acciones de la filial. La sociedad de cartera, a cambio de asumir la responsabilidad mancomunada y solidaria por las deudas y obligaciones de la filial, tendrá un poder limitado para dirigir la filial;

b) Grupos formados por vía contractual. Pueden ser constituidos por una determinada proporción de accionistas de cada una de dos empresas que celebren un contrato con miras a otorgar a una de ellas (la sociedad matriz) el derecho a dirigir la otra, siempre que 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;

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 la actividad mercantil de la empresa controlada.

46. En otro país en el que el concepto de entidad económica única se ha introducido en la legislación sobre sociedades mercantiles (Nueva Zelandia), se prevé que los directivos de las filiales de propiedad total o parcial de la sociedad de cartera promuevan los intereses de ésta, en vez de los de la filial; existen regímenes que regulan los procedimientos simplificados de fusión de grupos, así como leyes que prevén también los mandamientos de aportación y mancomunación (puntos examinados en A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1).

47. En otro país (Estados Unidos de América), la legislación que regula la actividad mercantil de los grupos de sociedades utiliza cada vez más el concepto de entidad económica única para evitar que el fundamento de determinadas leyes mercantiles se vea socavado o soslayado por la figura jurídica del grupo de sociedades. Los tribunales han fomentado esa tendencia introduciendo selectivamente el concepto de unidad económica única para materializar los principios en que se basa la legislación. Se ha aplicado el concepto al régimen de la insolvencia para impedir la realización de determinadas operaciones entre las empresas de un grupo, para respaldar las garantías internas y para impulsar la mancomunación (puntos examinados en A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1). Los tribunales también tienen la facultad de modificar la prelación de los créditos en un procedimiento de liquidación de una entidad del grupo, bien determinando que los préstamos internos se traten, no como deudas, sino como capital social, bien determinando que los préstamos internos concedidos a la entidad de que se trate queden subordinados a los créditos de sus acreedores externos.

[Las secciones III. *Apertura del procedimiento de insolvencia: cuestiones de derecho interno* y IV. *Cuestiones propias del ámbito internacional* figuran en los documentos suplementarios A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 y 2, respectivamente]