Naciones Unidas A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1

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*

[*Las secciones I. Glosario y II. Introducción, figuran en A/CN.9/WG.V/WP.74*]

Índice

			Párrafos	*Página*
III.	Comienzo de la insolvencia: cuestiones de ámbito nacional		1-54	2
	A.	Apertura del procedimiento	4-12	3
	B.	Efectos de la apertura	13-19	6
	C.	Tipos de procedimientos corrientes o especiales	20	7
	D.	Reorganización de dos o más empresas de un grupo	21-23	7
	E.	Vías de recurso	24-51	8
	F.	Cuestiones por examinar: tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia en el ámbito nacional	52-54	18

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

V.06-57480 (S) 231106 241106

III. Comienzo de la insolvencia: cuestiones de ámbito nacional

1. Es posible que los grupos de sociedades se estructuren de diversas maneras que minimicen el riesgo de insolvencia de uno o más de sus integrantes, para lo cual pueden constituir contragarantías o celebrar contratos de indemnización y otros tipos de arreglos análogos. Cuando se presente efectivamente un problema, la sociedad matriz tratará posiblemente de impedir que las empresas del grupo caigan en la insolvencia con el fin de mantener su reputación y de conservar su capacidad crediticia en materia comercial y financiera, para lo cual aportará más fondos y accederá a subordinar los créditos internos a otras obligaciones externas.

2. Ahora bien, si la compleja estructura de un grupo de sociedades se ve perturbada por las dificultades financieras de una o más de las empresas del grupo, o incluso de todas ellas, y esas dificultades conducen a la insolvencia, surgirán problemas por el simple hecho de que cada empresa constitutiva del grupo tiene una existencia y una personalidad jurídica propias reconocidas. Dado que la gran mayoría de los regímenes internos de la insolvencia y de las legislaciones empresariales nacionales no rigen la liquidación o reestructuración efectiva de un grupo mercantil, aunque las cuestiones propias de los grupos se traten en contextos ajenos a la insolvencia, como en los regímenes contable, regulatorio y tributario, la inexistencia de una base legislativa que disponga otra cosa y de una facultad discrecional de los tribunales para intervenir en caso de insolvencia, implica que cada empresa debe ser tratada como entidad independiente y, de ser necesario, ser administrada por separado en un procedimiento de insolvencia. En ciertas situaciones, por ejemplo, cuando una empresa conexa ha dirigido o controlado la actividad mercantil de una empresa, las empresas del grupo pueden verse perjudicadas al ser tratadas como personas jurídicas independientes. Puede suceder, por ejemplo, que no sea posible utilizar los fondos de una empresa para saldar las deudas u obligaciones de una empresa deudora perteneciente al grupo (salvo cuando ésta sea accionista o acreedora de la otra empresa), pese a la estrecha vinculación que exista entre las empresas y al hecho de que tal vez la otra empresa haya participado en la gestión de la empresa deudora o la haya dirigido y haya contribuido así a que contrajera deudas y obligaciones. Además, cuando la empresa deudora pertenezca a un grupo de esa índole, puede ser difícil desentrañar las circunstancias particulares de un caso para determinar con qué empresa del grupo trataban ciertos acreedores o las operaciones financieras que llevaban a cabo las empresas del grupo.

3. Muchas de las leyes que ya existen en el derecho interno en relación con la insolvencia de los grupos de sociedades se centran en las circunstancias en que procedería mancomunar la masa de la insolvencia de las empresas constitutivas del grupo. Ahora bien, se carece de orientaciones generales acerca de la forma de abordar la cuestión de la insolvencia de un grupo de sociedades y, en particular, sobre las circunstancias en que los grupos de sociedades habrían de recibir un tratamiento distinto del que se da a una persona jurídica única y sobre si ello sería procedente.

A. Apertura del procedimiento

4. El criterio que rige la apertura de un procedimiento de insolvencia es esencial para estructurar un régimen de la insolvencia. Como base para iniciar el procedimiento, ese criterio sirve para determinar cuáles son los deudores que estarán sujetos a la disciplina del régimen de la insolvencia y que podrán acogerse a su protección, y quién podrá presentar una solicitud de apertura, ya sea el deudor, los acreedores u otras partes interesadas. En la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia[1] se señala que es conveniente que el criterio que rige la apertura sea transparente y seguro y que haya flexibilidad a la hora de elegir los tipos de procedimiento de insolvencia existentes y que se den facilidades para recurrir a ellos.

5. Cabe examinar si las soluciones recomendadas en la Guía Legislativa pueden aplicarse con propiedad a los grupos de sociedades. En primer término hay que determinar el criterio de insolvencia que se utilizará y a quién se aplicará en el contexto de un grupo de sociedades. En segundo término cabrá establecer quién puede solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia respecto de las empresas de un grupo o del grupo en su conjunto y precisar los factores que sea pertinente tener en cuenta.

1. Criterios para la apertura del procedimiento

6. Muchos regímenes exigen que un deudor haya caído en la insolvencia (independientemente de cómo se defina la situación) para iniciar el procedimiento correspondiente. Así, en general cabría abrir un procedimiento de insolvencia sólo contra las empresas del grupo que cumplieran el requisito de la insolvencia. Una cuestión pertinente para determinar si se cumple o no tal requisito es la forma en que deberían tratarse las diversas obligaciones contraídas por una empresa dada del grupo de sociedades, como las deudas internas y las obligaciones que pudieren nacer de una contragarantía.

7. En algunos casos, por ejemplo, cuando la estructura del grupo es variada y entraña actividades mercantiles y bienes sin conexión alguna, la insolvencia de una o más de las empresas del grupo tal vez no afecte a las demás en su conjunto y podrá administrarse por separado. En otros casos, en cambio, la insolvencia de un integrante puede poner en dificultades financieras a otros o al grupo en su conjunto, lo que sucede cuando la estructura del grupo de sociedades es integrada, supone bienes y deudas íntimamente ligados y un alto grado de interdependencia entre sus componentes. En esos casos, la posibilidad de tratar al grupo en su conjunto facilitaría recurrir a un procedimiento de insolvencia para solucionar las dificultades del conjunto y así evitar la apertura escalonada de procedimientos cuando otra empresa del grupo se viera afectada, de verse en efecto afectada, por el procedimiento de insolvencia abierto contra la empresa que primero pasó a ser insolvente. Ello permitiría también salvar las dificultades que podrían plantearse a la hora de determinar, en la estructura del grupo al deudor contra el que debería abrirse el procedimiento.

---

[1] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. I, secc. B, párrs. 20 y 21.

8. La situación descrita plantea una de las cuestiones clave en cuanto al régimen aplicable a los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia, a saber, el grado de integración económica y organizativa del grupo de sociedades y, lo que es más importante, hasta qué punto sería procedente que un grupo sumamente integrado recibiera, en un procedimiento de insolvencia, un tratamiento distinto al que se da a un grupo en el que sus integrantes conservan un alto grado de independencia. Un tratamiento distinto podría consistir, por ejemplo, en disponer que el procedimiento de insolvencia englobe a las empresas del grupo que no satisfagan los criterios para la apertura del procedimiento, porque esa medida redundaría en un mayor beneficio del grupo en su conjunto. Una cuestión conexa sería si procedería que un tribunal, en ejercicio de su discrecionalidad, ordenara agrupar o fusionar las solicitudes de apertura contra más de una empresa insolvente de un grupo para facilitar la administración conjunta de todos los procedimientos. La cuestión de la administración conjunta se examina más adelante.

2. Personas habilitadas para solicitar la apertura del procedimiento

9. Si bien en la Guía Legislativa se recomienda como principio general de un régimen de la insolvencia que los acreedores y deudores tengan derecho a solicitar la apertura del procedimiento, no hay referencias concretas al tema en relación con los grupos de sociedades[2]. Las cuestiones que cabe examinar al respecto son si procedería que una sociedad matriz presentara la solicitud de apertura contra una o más de las empresas integrantes de su grupo, si una empresa del grupo podría solicitar la apertura respecto de todas las sociedades del grupo, incluida la sociedad matriz, y si el representante de la insolvencia nombrado para administrar el patrimonio de una de las empresas insolventes del grupo podría presentar una solicitud respecto de otra, concretamente, ¿podría el representante de la insolvencia de la sociedad matriz solicitar la apertura del procedimiento contra una filial?

10. Cabe preguntarse, además, si algunos elementos de orden público no exigirían que se contemplara la posible intervención de un órgano regulador (como sería una comisión del mercado de valores o de sociedades mercantiles). Una cuestión afín es la de la presentación de una solicitud de apertura por los acreedores. Si bien tal vez no se justifique apartarse de la recomendación en virtud de lo cual los acreedores podrían solicitar la apertura de un procedimiento tanto de liquidación como de reorganización cuando se trate de un grupo de sociedades, podría suceder que, debido a la estructura de uno de esos grupos, un acreedor tuviera muchas dificultades para determinar qué sociedad específica del grupo era la pertinente y para reunir las pruebas indicativas del cumplimiento de los criterios para la apertura del procedimiento[3]. En algunos casos, en particular cuando el grupo está organizado de forma flexible, el deudor pertinente podrá determinarse con facilidad. En cambio, cuando el grado de integración es alto, el resultado sería menos preciso, especialmente si el acreedor creía estar tratando con el grupo como unidad económica única.

---

[2] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. 1, párrs. 20 a 79.

[3] Véase un examen del tema de la presentación de una solicitud por el acreedor en la Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. 1, párrs. 37 a 41 y 48 a 53.

11. En cuanto a la intervención de un órgano regulador o supervisor, en la Guía Legislativa se señala[4] que, además del derecho de las autoridades públicas a entablar, como entidades acreedoras, un procedimiento de insolvencia, en algunos países las autoridades públicas y otras autoridades de reglamentación gozan de facultades más amplias por las que pueden hacer uso del régimen de la insolvencia para clausurar la actividad de una empresa en circunstancias en que, aunque dicha autoridad no sea un acreedor, el cierre de la empresa se considere de interés público. En este supuesto, no siempre es preciso demostrar la falta de liquidez de una empresa para que cierta autoridad pueda poner término a las operaciones de toda empresa que realice actividades generalmente de carácter fraudulento o delictivo o que infrinja gravemente obligaciones reglamentarias o cuando se dé una combinación de tales circunstancia. En la Guía Legislativa se sugiere que, dado que esa facultad puede dar pie a abusos cuando el caso no tenga relación con la insolvencia y cuando se definan las razones de interés público con criterios muy amplios, es muy conveniente que las autoridades sólo puedan ejercer esa facultad en circunstancias muy limitadas y únicamente como último recurso cuando no haya otras leyes que permitan resolver el caso. Entre esas circunstancias limitadas cabría prever el recurso a los poderes del régimen de la insolvencia en combinación con la ejecución de otras leyes, como las relativas al blanqueo de dinero o a la reglamentación de los valores bursátiles, cuando tal vez no se exija demostrar la insolvencia. En las recomendaciones de la Guía Legislativa no se menciona específicamente a las autoridades reguladoras entre las partes habilitadas para solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia[5].

12. Como regla general, en los regímenes de la insolvencia se respeta la personalidad jurídica propia de cada empresa integrante de un grupo de sociedades y se requiere la presentación de una solicitud de apertura del procedimiento por cada entidad insolvente. Sin embargo, se prevén algunas excepciones de carácter limitado, conforme a las cuales es posible hacer extensiva una única solicitud a otras empresas del grupo cuando, por ejemplo, todas las partes interesadas accedan a que más de una empresa figure en ella (Sudáfrica); o cuando hay una relación entre las empresas que, si bien puede describirse de diversos modos, se caracteriza, por ejemplo, por un grado considerable de interdependencia o control; por la mezcla de bienes; por el carácter ficticio del grupo; por la unidad de identidad o por otras características análogas (Sudáfrica, España, Francia, Argentina, México, Estados Unidos de América[6]) que no se derivan necesariamente de la relación jurídica entre las empresas (como la de una sociedad de cartera con su filial). Una administración conjunta de esa índole (a veces denominada también mancomunación procesal o administrativa) no menoscaba los derechos sustantivos de cada una de esas empresas deudoras ni la responsabilidad de cada integrante del grupo frente a sus propios acreedores. El nombramiento del mismo representante de la insolvencia para cada empresa facilitaría la administración conjunta.

---

[4] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. 1, párr. 42.

[5] En la recomendación 14 se dispone que: “El régimen de la insolvencia debería especificar las partes que estarán habilitadas para presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, entre las cuales deberían figurar el deudor y cualquiera de sus acreedores.”

[6] La Ley de quiebra 1015 de los Estados Unidos de América prevé explícitamente la administración conjunta.

B. Efectos de la apertura

13. En la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia se examinan con todo detalle los modos en que la apertura del procedimiento de insolvencia afectará al deudor y a sus bienes en lo concerniente a los deudores que ejercen una actividad comercial (segunda parte, capítulo I). Sin embargo, en la Guía no se examina la forma en que esos efectos podrían o deberían diferenciarse de los que se registrarían en supuestos de insolvencia de una o de más empresas de un grupo de sociedades. A continuación se analizan algunos de los efectos que cabría examinar en ese contexto.

14. En primer lugar, el nombramiento de un único representante de la insolvencia que se haga cargo de administrar cada una de las empresas del grupo. Si bien en muchos regímenes de la insolvencia no se aborda esa cuestión, en algunos países esa práctica está arraigada (concretamente, en Alemania, Australia e Inglaterra). Esa práctica se ha impuesto también hasta cierto punto en algunos casos de insolvencia transfronteriza en la Unión Europea, que se examinan más adelante. Si primara el criterio de nombrar un único representante de la insolvencia, sería más fácil resolver de forma coordinada las situaciones de las empresas insolventes del grupo. Para prevenir todo riesgo de conflicto, cabría exigir que el representante de la insolvencia se comprometiera a recabar instrucciones del tribunal, en caso de surgir un conflicto, o que estuviera obligado a hacerlo con arreglo a alguna regla seguida en la práctica o a una disposición legislativa. De ser imposible nombrar un único representante de la insolvencia, tal vez quepa examinar de qué facultades suplementarias debería dotarse a los representantes de la insolvencia para facilitar la coordinación de los distintos procedimientos, de manera que quedaran habilitados para, por ejemplo, intercambiar y divulgar información; proponer y negociar planes coordinados de reorganización (salvo que fuera posible elaborar un único plan para todo el grupo, supuesto que se examina más adelante); ejercer sus poderes de anulación, etc. Una cuestión conexa que se plantea es la de si cabría que un representante nombrado para administrar la insolvencia de una sociedad matriz tuviera facultades que primaran sobre las de los representantes de la insolvencia a cargo de los asuntos de las filiales.

15. En segundo lugar, cabría examinar cómo habrían de tratarse ciertas situaciones posiblemente conflictivas (por ejemplo, las originadas por las contragarantías o las deudas entre empresas del mismo grupo o todo comportamiento doloso de una empresa del grupo que afectaran a las demás).

16. En tercer lugar, si en países en que se autoriza a los directivos a permanecer en sus cargos (con supervisión o sin ella) tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, se requeriría alguna normativa especial o suplementaria tratándose de un grupo de sociedades.

17. En cuarto lugar, la propiedad de aplicar a un grupo de sociedades la normativa que regula la paralización o la suspensión de las actuaciones cuando hay un único deudor.

18. En quinto lugar, la normativa que rige la utilización o disposición de bienes de las empresas del grupo afectadas tras la apertura del procedimiento de insolvencia y si habría que prever disposiciones especiales, en particular para la utilización de dinero en efectivo.

19. En sexto lugar, si se requeriría alguna normativa especial que regulara la financiación posterior a la apertura del procedimiento de un grupo de sociedades (o de dos o más de las empresas). Esta cuestión es particularmente importante en relación con los grupos de sociedades que operan en un contexto internacional (tema analizado en A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2). En la Guía Legislativa 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, incluidos 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. En la Guía se puntualiza que, sin embargo, varios ordenamientos restringen la aportación de nuevos fondos en la insolvencia o no regulan expresamente la obtención de financiación suplementaria ni la prelación para su reembolso. En la Guía Legislativa[7] se enumeran varias recomendaciones con la finalidad de promover la obtención de crédito para mantener en marcha la empresa del deudor, o asegurar su supervivencia, garantizar la debida protección de los proveedores de financiación posterior a la apertura y velar por la adecuada protección de las partes cuyos derechos puedan verse afectados por la aportación de fondos tras la apertura del procedimiento.

C. Tipos de procedimientos corrientes o especiales

20. En muchos regímenes de la insolvencia se prevén la liquidación y reorganización como mecanismos para resolver las dificultades financieras de un deudor. En el contexto de un grupo de sociedades cabe preguntarse si esos mecanismos son suficientes o si, por el contrario, conviene adaptarlos a las peculiaridades de la insolvencia de un grupo de sociedades y si, además, cabe aplicar otros recursos y medidas que son propios de un grupo de sociedades.

D. Reorganización de dos o más empresas de un grupo

21. Cuando se inician procedimientos de insolvencia contra dos o más empresas de un grupo de sociedades, independientemente de si dichos procedimientos pueden o no administrarse conjuntamente, cabe plantearse si la reorganización de las empresas deudoras podrá efectuarse con arreglo a un único plan. De ser posible proceder de ese modo, cabría determinar qué disposiciones de enmienda o suplementarias de la normativa examinada en detalle en el capítulo de la Guía Legislativa[8] relativo a la reorganización podrían requerirse para determinar cuestiones tan fundamentales como: las partes habilitadas para proponer el plan o participar en su elaboración; la naturaleza y el contenido del plan; las salvaguardias relativas al plan; la convocatoria y celebración de juntas o asambleas de acreedores para examinar el plan; el régimen aplicable a los créditos de los acreedores; la

---

[7] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. II, secc. D, párr. 94, Finalidad de las disposiciones legislativas, que precede a la recomendación 63. La sección D del capítulo II figura en el documento A/CN.9/582/Add.5.

[8] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. IV.

clasificación de las categorías de acreedores; los mecanismos de voto aplicables y la aprobación del plan; las objeciones a la aprobación del plan (o su confirmación cuando proceda); y las modalidades de ejecución del plan.

22. En todo plan único de reorganización habrán de tenerse en cuenta los diversos intereses de los distintos grupos de acreedores. Habrá que compaginar también los derechos de esos distintos grupos de acreedores a la hora de la aprobación del plan y asegurar que si el plan es rechazado por los acreedores de una filial no quede paralizada la aplicación del plan, siempre y cuando existan salvaguardias análogas a las enumeradas en la recomendación 152 de la Guía Legislativa. En esas salvaguardias cabría prever que los acreedores cobraran con arreglo al plan un valor que fuera al menos equivalente al que habrían percibido en un procedimiento de liquidación y comparativamente justo respecto de la prelación que les corresponde frente a los acreedores de otras empresas del grupo.

23. Las cuestiones enumeradas no suelen tratarse en los regímenes de la insolvencia, aunque en algunos países las solicitudes de apertura de las empresas del grupo se administran conjuntamente en la práctica y, por lo general, las negociaciones dan lugar a planes consensuados de reorganización, en los que distintas entidades son tratadas efectivamente como entidad única, aunque el tribunal nunca examina formalmente la mancomunación de sus patrimonios conforme a normas de derecho sustantivo (Estados Unidos de América).

E. Vías de recurso

24. Debido a la naturaleza de los grupos de sociedades y a la forma en que funcionan, es posible que, como ya se señaló, exista una compleja red de operaciones financieras entre sus integrantes, y que los acreedores, en vez de tratar con una empresa determinada, tal vez lo hayan hecho con distintas empresas o, incluso, con el grupo como entidad económica única. Desentrañar la propiedad del activo y del pasivo y determinar quiénes son los acreedores de cada empresa del grupo puede requerir una compleja y costosa indagación judicial. Sin embargo, dada la adhesión al criterio de entidad independiente, los acreedores de cada empresa deben acudir en general a esa entidad independiente para obtener el pago de la deuda, y, cuando se haya iniciado un procedimiento de insolvencia contra una o más empresas del grupo de que se trate, por lo general será necesario esclarecer a quién pertenece el activo y el pasivo de la masa de las entidades insolventes.

25. Cuando se consigue efectuar la disociación, conforme al principio de entidad independiente, el acreedor podrá cobrar sus créditos únicamente con cargo a los bienes de la entidad insolvente. Cuando la disociación es imposible, o si se justifica tratar al grupo como unidad económica única, algunas leyes prevén la posibilidad de soslayar en determinadas circunstancias la aplicación del criterio de entidad independiente. Ha sido costumbre instituir las vías de recurso que lo posibilitan para subsanar lo que se ha percibido como funcionamiento ineficiente e injusto, en ciertos casos, del tradicional criterio de entidad independiente. Entre esos recursos cabe mencionar, por ejemplo, la extensión de la responsabilidad por las deudas externas a otras empresas, solventes del grupo, así como a los ocupantes de cargos y a los accionistas; el dictado de mandamientos de aportación; el dictado de mandamientos de combinación o mancomunación de bienes (conforme a normas de

derecho sustantivo)[9]; la anulación de operaciones entre las empresas del grupo; o la subordinación de los préstamos internos. Las vías de recurso enumeradas no se prevén en todos los ordenamientos, por lo general no tienen gran alcance y rigen únicamente en circunstancias restringidas por el hecho de que podrían llegar a redundar en perjuicio de todo grupo de acreedores que se vieran obligados a participar en una distribución *pari passu* con los acreedores de otra entidad con menos solvencia. Los recursos destinados a extender la responsabilidad pueden entrañar "descorrer" o "levantar el velo del secreto empresarial", lo cual significa que los accionistas, que en general no asumen responsabilidad por la actividad mercantil de la sociedad, pueden pasar a ser responsables de determinadas actividades. No sucede así con las demás vías de recurso examinadas en la presente nota, aunque en algunas circunstancias podrían tener un efecto aparentemente similar.

1. Extensión de la responsabilidad

26. La extensión de la responsabilidad por deudas externas y, a veces, por los actos de la empresa insolvente del grupo, a sus empresas solventes y a los ocupantes de cargos pertinentes es un recurso al que los distintos acreedores pueden acogerse caso por caso, en función de la vinculación que cada uno tenga con el deudor.

27. En muchos ordenamientos se reconocen circunstancias en que cabe prever excepciones a la aplicación del principio de responsabilidad limitada, lo cual entraña que las empresas conexas y los ocupantes de cargos pertinentes puedan ser considerados responsables de las deudas y actos de una empresa del grupo. En algunos ordenamientos se aplica un criterio prescriptivo, por el que se circunscriben rigurosamente tales circunstancias; en otros se sigue un criterio menos restrictivo y se da amplia discreción a los tribunales para que evalúen las circunstancias de un caso particular en función de directrices concretas. Ahora bien, en ambos casos el fundamento de extender la responsabilidad de la entidad insolvente radica en las relaciones de propiedad y control que prevalezcan entre ésta y las demás empresas integrantes del grupo. Otro factor determinante puede ser la actitud de las empresas conexas para con los acreedores del socio insolvente.

28. Si bien las circunstancias en que cabe extender la responsabilidad varían según las legislaciones, en general cabe agrupar los ejemplos en las categorías que se describen a continuación. Sin embargo, conviene señalar que no todos los ordenamientos prevén todas esas categorías y que es probable que en ciertos casos algunas de ellas se solapen.

i) Aprovechamiento impropio o abuso por una empresa del grupo (quizá la sociedad matriz) del control que ejerce sobre otro integrante del grupo, lo que puede incluir mantener el funcionamiento deficitario de una filial en provecho de la sociedad de cartera (Argentina, Australia, Sudáfrica, Francia, Brasil);

ii) Conducta fraudulenta del accionista dominante, que puede consistir en desviar partidas del activo de la filial o en aumentar su pasivo de forma dolosa (Francia), o en administrar la filial con intención de defraudar a los acreedores (Liechtenstein);

---

[9] Véase el glosario en A/CN.9/WG.V/WP.74.

iii) La explotación de una filial como agente, fideicomisario o socio de la sociedad matriz (Australia, Reino Unido);

iv) La administración del grupo o de una filial de manera que pueda redundar en perjuicio de ciertas categorías de acreedores, por ejemplo, haciendo que los empleados de una empresa del grupo incurran en responsabilidad (Polonia);

v) La fragmentación artificial de una empresa unitaria en varias entidades a efectos de salvaguardar la entidad única de eventuales responsabilidades; el incumplimiento de la obligación de tratar a las empresas del grupo como entidades jurídicas independientes, lo que incluye quebrantar el principio de la responsabilidad limitada de las filiales (Estados Unidos de América) o confundir los bienes personales y empresariales; la situación en que la estructura de un grupo empresarial es puramente ficticia (Reino Unido, Francia), por ejemplo, cuando la forma societaria no es sino un artilugio para eludir obligaciones legislativas o contractuales;

vi) La infracapitalización de la sociedad de manera que ésta no disponga del capital suficiente requerido para ejercer su actividad mercantil (Estados Unidos de América). La infracapitalización puede remontarse al momento de la constitución de la sociedad o deberse al agotamiento del capital a causa de reembolsos a los accionistas o de la extracción por éstos de más beneficios de los que correspondía repartir;

vii) El falseamiento de la verdadera naturaleza del grupo de sociedades, de modo que los acreedores piensen que tratan con una única entidad económica, y no con una empresa constitutiva del grupo;

viii) La ejecución de actos dolosos, que se da cuando toda persona, o toda empresa integrante del grupo, debe indemnizar a una empresa las pérdidas o daños ocasionados por un acto fraudulento, el incumplimiento de una obligación o alguna otra forma de acto doloso en que se infligieran daños personales o ecológicos importantes (Estados Unidos de América, Reino Unido);

ix) El ejercicio improcedente de la actividad mercantil, en que los directivos, incluidos los directivos virtuales[10], de una sociedad, incumplen su deber de supervisar, por ejemplo, si la sociedad está en condiciones de seguir llevando a cabo normalmente sus actividades habida cuenta de su situación financiera, así como su obligación de solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia en un plazo establecido a partir de la fecha en que la sociedad se declara insolvente (Francia, Reino Unido, Federación de Rusia). Permitir que una empresa del grupo contraiga deudas o inducirla a hacerlo cuando es insolvente o cuando ello pueda hacerla caer en la insolvencia es un ejemplo de ese ejercicio improcedente de la actividad mercantil; y

x) La inobservancia de requisitos reglamentarios, como sería la obligación de llevar con regularidad los registros contables de la filial (Francia).

29. En general, no se considera que el mero hecho de que una sociedad matriz controle o domine una filial o de que haya alguna otra forma de integración

[10] Directores virtuales (shadow) o directores de facto: véase el glosario en A/CN.9/WG.V/WP.74.

económica estrecha en el seno de un grupo de sociedades sea motivo suficiente para no tener en cuenta la personalidad jurídica propia de cada empresa integrante y para no respetar su condición como tal.

30. En varios de los ejemplos en que la responsabilidad puede hacerse extensiva a la sociedad matriz o a toda otra empresa que controle a una filial insolvente, esa responsabilidad puede abarcar la responsabilidad personal de los miembros de la junta directiva de la sociedad matriz o de la sociedad dominante (a quienes cabe describir como directivos de facto o directivos virtuales). Si bien los directivos de una sociedad suelen tener ciertos deberes para con esa sociedad, los directivos de una empresa integrante de un grupo pueden tener que compaginar esos deberes con los intereses comerciales y financieros generales de todo el grupo. Hacer prosperar esos intereses, por ejemplo, puede entrañar que en determinadas circunstancias deban sacrificarse los intereses de las distintas empresas del grupo. Algunos de los factores que cabe tener en cuenta a la hora de determinar si los directivos de una sociedad dominante han de ser personalmente responsables de las deudas y actos de una empresa controlada insolvente son: si había participación activa en la dirección de la entidad controlada; si se incurrió en negligencia grave o en fraude en la gestión de la empresa insolvente; si los directivos de la sociedad matriz incumplen sus deberes de protección y diligencia o si abusaron de su poder; o si el desempeño de los directivos de la entidad controlada guarda una relación directa con su insolvencia. En algunos países, cabe también que a los directivos se les impute responsabilidad penal. Una de las principales dificultades de extender la responsabilidad en el ámbito penal radica en que debe probarse la comisión del acto de que se trate para demostrar que la sociedad de cartera actuaba como director de facto o director virtual.

31. Hay también leyes que prevén que las sociedades matrices acepten la responsabilidad por las deudas de las filiales que se hayan contraído por contrato, en particular, cuando los acreedores son bancos (Bélgica, Países Bajos), o por contragarantías voluntarias (Australia). En otras legislaciones, que regulan diversas formas de integración de los grupos de sociedades (Alemania, Portugal), cabe que la sociedad principal sea considerada solidariamente responsable frente a los acreedores de las empresas del grupo por obligaciones que se hayan contraído tanto antes como después de la formalización de la integración.

2. Mandamientos de aportación

32. Otra vía de recurso en caso de insolvencia es el mandamiento de aportación, por el cual un tribunal podrá exigir a una empresa solvente del grupo que aporte una cuantía determinada de capital para cubrir la totalidad o parte de las deudas de las demás empresas del grupo sometidas a un procedimiento de liquidación. Nueva Zelandia introdujo en 1980 en su Ley de sociedades mercantiles[11] disposiciones que regulan los mandamientos de aportación. En ellas se especifica que las sociedades han de ser sociedades “conexas” en el sentido en que ese término se define en la Ley[12]. Conforme a esa definición, no es preciso que la empresa

---

[11] Ley de sociedades mercantiles de Nueva Zelandia, arts. 271 y 272.

[12] Ley de sociedades mercantiles de 1993, art. 2, párr. 3. La vinculación necesaria se define aquí con referencia a la relación entre la sociedad de cartera y la filial; a la propiedad directa o indirecta de más de la mitad de las acciones de la sociedad, ya sea por la otra empresa, los integrantes de la otra empresa o por las empresas conexas de la otra empresa; al hecho de que

conexa sea la principal sociedad de cartera de la empresa del grupo sometida a liquidación. En las disposiciones de la Ley neozelandesa se permite a un liquidador, acreedor o accionista de una empresa sometida a liquidación solicitar que se dicte un mandamiento de aportación, aunque se dispone que el pago no ha de hacerse al solicitante sino al liquidador.

33. En las disposiciones de la Ley neozelandesa se establece que, al dictar un mandamiento de aportación, el tribunal debe tener en cuenta ciertas circunstancias concretas, como el grado en que una empresa conexa haya participado en la dirección y gestión de la empresa sometida a liquidación; el comportamiento de la empresa conexa hacia los acreedores de la empresa sometida a liquidación, aunque el hecho de que el acreedor invoque la existencia de una vinculación entre las empresas no es causa suficiente para dictar un mandamiento; hasta qué punto las circunstancias que precipitaron la liquidación son atribuibles a los actos de la empresa; y toda otra cuestión que el tribunal estime conveniente[13].

34. A causa de la dificultad de conciliar los intereses de los dos grupos de acreedores no garantizados que hayan tratado con las dos empresas independientes, no suele recurrirse a la vía de solicitar un mandamiento de aportación. Además, la posición de los tribunales es que un mandamiento de aportación pleno puede no ser procedente si pone en riesgo la solvencia de la empresa conexa aún no sometida a liquidación. Sin embargo, el comportamiento de la empresa solvente después de la apertura del procedimiento de liquidación de su empresa conexa puede tener importancia, si afecta indirecta o directamente a los acreedores de la empresa conexa, por ejemplo si incumple un contrato.

3. Combinación o mancomunación del patrimonio conforme a normas de derecho sustantivo

35. Otra vía de recurso es la mancomunación del patrimonio conforme a normas de derecho sustantivo (denominada en adelante “mancomunación”). Como se ha señalado, en un procedimiento de administración conjunta, el activo y el pasivo de los deudores siguen siendo independientes y diferenciados, sin que los derechos sustantivos de los acreedores se vean menoscabados. En una mancomunación, en cambio, el tribunal que entiende en la causa por insolvencia de empresas de un mismo grupo puede no tomar en consideración la identidad jurídica propia de cada una de ellas en circunstancias procedentes y ordenar la mancomunación de sus activos y pasivos a fin de tratarlos como si correspondieran a una única entidad. Como consecuencia de ese acto se crea una única masa de la insolvencia en beneficio general de todos los acreedores de todas las entidades cuyo patrimonio se ha mancomunado. La mancomunación puede hacerse extensiva a empresas solventes pertenecientes al mismo grupo y a particulares, como, por ejemplo, el accionista con participación dominante.

36. La vía de recurso del mandamiento de mancomunación no está muy extendida en las legislaciones y, cuando está prevista, no suele recurrirse a ella con mucha frecuencia. Muy pocos países cuentan con una base legislativa que rija los

---

las actividades mercantiles de las empresas se hayan desarrollado de tal manera que no puedan disociarse; o al hecho de que tanto la empresa insolvente como la empresa conexa tenga con una tercera empresa una de las vinculaciones enumeradas.

[13] Ley de sociedades mercantiles de Nueva Zelandia, art. 272, párr. 1.

mandamientos de mancomunación[14]. Habida cuenta de la falta de base legislativa directa o de una normativa que prescriba las circunstancias en que procede dictar tal mandamiento, los tribunales de algunos países han participado directamente en la evolución de ese recurso y han delimitado las circunstancias en que puede utilizarse. Como sucede con el mandamiento de aportación, esas circunstancias son muy pocas y tienden a circunscribirse a supuestos en que el grado de integración de las empresas de un grupo de sociedades es tan alto que sería muy difícil, si no imposible, diferenciar el activo y el pasivo de cada una de las entidades.

37. El principal problema que plantea el recurso a un mandamiento de mancomunación, sumado al problema fundamental de no tener en cuenta el principio de la persona jurídica independiente, es que la mancomunación resultara inicua para un grupo de acreedores que se vieran obligados a compartir *pari passu* la distribución de la masa con los acreedores de otra entidad que tal vez sea menos solvente, y si el ahorro de gastos o los beneficios aportados al conjunto de acreedores compensan el perjuicio que ello acarrea a distintos acreedores. Otro interrogante que se plantea es hasta qué punto la utilización del recurso de mancomunación permitiría a los acreedores más fuertes e importantes aprovechar bienes a los que no tienen acceso y a los que en todo rigor de derecho no deberían tener acceso. Cabe mencionar otras consideraciones, como la probabilidad de que un mandamiento de mancomunación induzca a los acreedores que se oponen a él a solicitar su revisión, con la consiguiente prolongación del procedimiento de insolvencia y la incertidumbre y la imprevisibilidad jurídicas. Dado que los créditos internos desaparecen como consecuencia de la mancomunación, los acreedores con garantías reales sobre esos créditos perderán sus derechos. Ante todos estos problemas, algunos autores han propuesto que el recurso a la mancomunación se ejercite únicamente cuando los acreedores estén de acuerdo o, si no, bajo estricta supervisión judicial[15].

38. En los países en que los tribunales han contribuido al desarrollo de los mandamientos de mancomunación, se han determinado varios elementos de importancia para decidir si se justifica o no ordenar una mancomunación sustantiva. En cada caso deben ponderarse los distintos elementos; ningún elemento es de por sí necesariamente concluyente, y no es preciso que todos ellos estén presentes. Los elementos son: la presencia o ausencia de estados financieros consolidados; la unidad de intereses y propiedad entre las entidades; el grado de dificultad que suponga el diferenciar el activo y el pasivo correspondiente a cada empresa; los gastos generales, contables, de gestión y gastos afines que compartan las distintas entidades; la existencia de préstamos y contragarantías sobre los préstamos entre las entidades del grupo; hecho de que se hayan traspasado bienes o de que los fondos hayan circulado de una entidad a otra soslayando los requisitos formales del caso; la suficiencia de capital; la mezcla de bienes o de operaciones comerciales; personal directivo o de gestión compartidos; establecimientos en el mismo lugar; tratos fraudulentos con acreedores; y si la mancomunación facilitaría una reorganización o resguardaría los intereses de los acreedores. Aunque los numerosos factores enumerados siguen siendo pertinentes, algunos tribunales han comenzado a centrar

---

[14] Véase la Ley de sociedades mercantiles de Nueva Zelandia, art. 272.

[15] Peter, H., Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: When and How?, *en* Challenges of Insolvency Law in the 21st Century, editores. H. Peter, N. Jeandin, J. Kilborn, Schulthess 2006, pág. 206.

su análisis en dos factores en particular, a saber, si los acreedores trataron con las entidades como empresas únicas y al concederles crédito no tuvieron en cuenta la identidad jurídica propia de cada una, y si los negocios de las entidades están tan entrelazados que la mancomunación redundará en provecho de todos los acreedores.

39. En algunos países que no disponen de una base legislativa determinada que rija la mancomunación (Australia), cabe, sin embargo, que se lleve a cabo la mancomunación voluntaria, en el marco de leyes que regulan, por ejemplo, los acuerdos internos de contragarantía; propuestas de acuerdo, y concordatos entre los acreedores y las empresas que se estén liquidando o que estén a punto de ser liquidadas. Es posible también que los tribunales dicten mandamientos de mancomunación si hay consentimiento de las partes (Canadá). Recientemente, en una causa tramitada en los Estados Unidos, la sociedad matriz solicitó la mancomunación y los acreedores de la filial, cuya situación financiera era mucho más sólida, se opusieron. Posteriormente se llegó a una transacción, consistente en pagar a los acreedores de la filial contrarios a la mancomunación una cuantía considerablemente superior a la que percibirían otros acreedores no garantizados de la sociedad matriz[16], con lo cual se soslayó el criterio estricto de distribución equitativa de la masa. La posibilidad de hacer tal excepción al principio de *pari passu* en los mandamientos de mancomunación se ha dado también en otros casos[17].

40. En los países en que se permiten los mandamientos de mancomunación, se han dictado relativamente pocos. En una causa que sentó precedente en Nueva Zelandia[18], el tribunal tuvo en cuenta el entrelazamiento de las prácticas de gestión, consistente en la celebración de reuniones combinadas de las juntas directivas de las distintas empresas del grupo, la utilización de una única cuenta bancaria y la determinación de efectuar diversas operaciones comerciales por conducto de la empresa del grupo que más conviniera para ello. Además de esas prácticas, el personal directivo y administrativo había alentado a los acreedores a tratar el grupo de sociedades como si fuera una entidad única, lo cual creó confusión ignorándose con cuál de las sociedades se trataba y diluyó por lo demás los límites jurídicos de las empresas del grupo. El tribunal determinó también que, a resultas de esas prácticas, la liquidez de cada empresa del grupo repercutía en la de los demás integrantes. Otro factor determinante fue que, de no dictarse un mandamiento de mancomunación, la única manera de determinar el estado de las diversas deudas internas, sería mediante procedimientos legales separados, lo que redundaría inevitablemente en un aumento de las costas y en la prolongación del procedimiento de liquidación, con la consiguiente merma de los fondos que, si no, se destinarían a los acreedores.

41. El tribunal de Nueva Zelandia tuvo en cuenta también los derechos concurrentes de acreedores y accionistas y sostuvo, en apoyo del mandamiento de mancomunación que, en casos de insolvencia, los derechos de los acreedores tenían

---

[16] WorldCom and MCI–Skeel, D. A., Groups of Companies: Substantive Consolidation in the U.S., *en* Challenges of Insolvency Law in the 21st Century, editores. H. Peter, N. Jeandin, J. Kilborn, Schulthess 2006, pág. 232.

[17] Law Reform Commission of Australia, Report Nº 45, General Insolvency Inquiry 1988, párr. 856.

[18] En la causa Dalhoff and King Holdings Ltd (1991) 5 New Zealand Company Law Cases (NZCLC) 66.959.

prelación sobre los de los accionistas. Adujo, además, que sin un mandamiento de mancomunación, los accionistas de algunas de las empresas del grupo de sociedades recibirían fondos a expensas de los acreedores de otras empresas integrantes. Procedía considerar asimismo los derechos concurrentes de los accionistas de las distintas empresas del grupo y, en particular, los derechos de los que eran accionistas de algunas de las empresas pero no de otras.

42. Es preciso tener presentes también los derechos concurrentes de los acreedores garantizados y de los acreedores no garantizados y, en particular, conviene examinar si los derechos de los primeros no deberían verse afectados por un mandamiento de mancomunación. En la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia se examina la situación de los acreedores garantizados en un procedimiento de insolvencia y se adopta el criterio de que, si bien en un procedimiento de insolvencia cabe reconocer, como principio general, la eficacia y prelación de una garantía real y preservar el valor económico de los bienes gravados, un régimen de la insolvencia podrá modificar los derechos de los acreedores garantizados a fin de poner en práctica políticas comerciales y económicas, aunque con las debidas salvaguardias[19].

43. Cada acreedor en particular también podrá verse afectado si el tribunal considera inválidas toda carga, garantía u otro tipo de garantía real entre las empresas en liquidación. El tribunal de Nueva Zelandia resolvió, en la causa Dalhoff, que un acreedor externo no podía ejecutar una garantía interna que dependiera del mantenimiento de la identidad jurídica propia de las empresas del grupo en liquidación, y que ese acreedor se trataría como acreedor no garantizado, salvo que el tribunal estimara que el acreedor debería conservar cierto grado de prelación frente a otros acreedores[20].

44. Los mandamientos de mancomunación pueden tener también repercusiones fiscales, como sucede, por ejemplo, cuando el régimen tributario toma en cuenta la fuente concreta de todo reembolso recibido por los accionistas después de haberse hecho distribuciones de fondos entre los acreedores (Australia).

4. Mancomunación sustantiva parcial o combinación

45. Los tribunales de algunos países que permiten la mancomunación (Nueva Zelandia) pueden dictar un mandamiento de alcance limitado, por el que se eximen de la mancomunación los créditos de determinados acreedores no garantizados, que se saldan con cargo a bienes concretos de una de las empresas en liquidación cuando sea justo hacerlo. Hay mancomunación parcial cuando: el mandamiento se aplica únicamente a los acreedores no garantizados en la inteligencia de que los acreedores garantizados se han amparado en el principio de entidad única; el mandamiento se circunscribe al capital social neto de las empresas solventes del grupo, de modo que los derechos de los acreedores de esas entidades no se vean menoscabados; se considera a la sociedad matriz sólo responsable del patrimonio social neto negativo de la empresa insolvente del grupo, sin perjudicar así el activo de las empresas del grupo; y la mancomunación se circunscribe a los

---

[19] En el anexo I de la Guía Legislativa de la CNUDMI se enumeran las secciones de la Guía que versan sobre el tratamiento de los acreedores garantizados en los procedimientos de insolvencia.

[20] Véase la nota 18.

activos y pasivos que están entremezclados y se dejan fuera los bienes cuya propiedad está claramente establecida[21].

5. Anulación

46. Como se señala en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia[22], muchos regímenes contienen disposiciones de aplicación retroactiva a partir de una determinada fecha (que puede ser la de la solicitud de apertura de procedimientos de insolvencia o la de la apertura en sí) y que se aplican durante un período especificado (denominado a veces "período de sospecha"). Estas disposiciones están destinadas a invalidar toda operación anterior en la que haya intervenido el deudor insolvente o que tenga ciertos efectos para los bienes del deudor, concretamente que reduzcan el valor neto de su patrimonio o que violen el principio de la igualdad con que debe tratarse a todos los acreedores de una misma categoría. Los tipos de operaciones a los que por lo general se aplican esas disposiciones son las siguientes: las operaciones encaminadas a frustrar los objetivos de los acreedores, a crearles obstáculos o a demorar sus actividades; las operaciones sin contravalor suficiente; las operaciones preferentes; y las operaciones con personas allegadas. En la Guía Legislativa se señalan las dificultades que entraña la demostración de los elementos subjetivos de los requisitos para la anulación, como, por ejemplo, la intención del deudor al efectuar la operación y los conocimientos subjetivos que hubiera tenido la otra parte. Sería aún más difícil probar ese tipo de elementos tratándose de grupos de sociedades.

47. Las disposiciones de anulación y los tipos de operaciones a las que se aplican revisten importancia en el contexto de la insolvencia de una o más empresas de un grupo de sociedades. Así, pueden afectar concretamente a las operaciones realizadas entre las empresas del grupo, como los préstamos y el traspaso de bienes y las garantías, así como a las hipotecas o garantías de terceros constituidas a favor de prestamistas externos. En algunos países (Australia), pueden estar sujetos a anulación los pagos efectuados por una empresa a un acreedor de una empresa conexa, y una garantía o una hipoteca constituida por una empresa del grupo en respaldo de un préstamo otorgado por una parte ajena al grupo a otra empresa integrante de éste, si los beneficios a favor del garante o del deudor hipotecario son superados por el perjuicio dimanante de la operación. También podrán declararse anulables las operaciones internas consistentes en préstamos, traspasos de bienes o hipotecas de terceros realizados por una empresa antes de ser sometida a liquidación pero sin haber reportado ningún beneficio directo ni indirecto, si dichas operaciones entrañaran el incumplimiento del deber fiduciario por parte de un directivo de una empresa del grupo y el conocimiento real o inferido de ese hecho por la otra empresa del grupo.

48. La cuestión que cabe examinar respecto de esos tipos de operaciones es cómo habrán de tratarse en un procedimiento de insolvencia de un grupo de sociedades. Habría que determinar, por ejemplo, si deberían aplicarse las disposiciones de anulación en el caso de un deudor que fuera una entidad independiente, en el contexto de los grupos de sociedades, o si convendría disponer de un régimen de mayor alcance que abarcara otras categorías diferentes de operaciones. Cabría

---

[21] H. Peter, nota 16, pág. 208.

[22] Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. II, secc. F, párr. 150.

determinar, además, si en supuestos de operaciones de un grupo de sociedades sería pertinente utilizar como criterio de anulación que la operación de que se tratara aportara beneficios a la sociedad matriz que normalmente no se otorgarían entre entidades mercantiles no vinculadas entre sí.

6. Subordinación

49. En algunas situaciones, cuando la mancomunación no resultara apropiada, podría optarse por otros recursos, como el de subordinación. Una de esas situaciones podría darse cuando personas iniciadas (que habitualmente son el accionista con participación dominante o una persona allegada a él) obren de tal manera que pueda inferirse que no merecen tener prelación sobre los acreedores externos que hayan actuado de buena fe.

50. En algunos ordenamientos se prevé la subordinación de las deudas de la empresa conexa a las de los acreedores externos (España, Alemania, Estados Unidos de América). Según la ley de sociedades mercantiles de un país (Estados Unidos de América), sus tribunales podrán revisar los arreglos financieros entre empresas de un grupo de sociedades para determinar si ciertos fondos que se hayan entregado a una de las empresas deberán tratarse como aportaciones de capital (lo que permite subordinarlos a los créditos de los acreedores), y no como préstamos internos, o si las deudas de una empresa en liquidación perteneciente al grupo que se hayan contraído conforme a un acuerdo de préstamo interno deberán subordinarse a los derechos de los acreedores externos de dicha empresa. Por ejemplo, los créditos de una sociedad matriz que fuera acreedora garantizada de una empresa controlada en proceso de liquidación podrían subordinarse a los de los acreedores no garantizados de la empresa controlada ajenos al grupo o, incluso, a los de sus accionistas minoritarios. Los factores determinantes de la subordinación pueden ser el grado de capitalización de la empresa controlada; el nivel de participación de la sociedad matriz en la dirección y gestión de la empresa controlada; o el hecho de que la sociedad matriz haya tratado de manipular las operaciones internas en provecho propio y a expensas de los acreedores externos; o el hecho de que la sociedad matriz haya obrado de forma inequitativa en perjuicio de los acreedores y accionistas de la empresa controlada.

51. En un país que carece de disposiciones legales que autoricen la subordinación (Reino Unido), los tribunales pueden, en un número limitado de supuestos, anteponer a los derechos prioritarios de los acreedores internos los de los acreedores externos no garantizados si estiman que ha habido enriquecimiento injusto[23]. En otro país (Australia), una empresa acreedora del grupo puede acceder voluntariamente a subordinar sus créditos a los de los acreedores externos[24].

---

[23] Doctrina jurídica según la cual si una persona obtiene dinero u otro bien sin esfuerzo propio alguno y con ello perjudica a otra, esa persona ha de restituir el bien a su propietario legítimo, aun cuando el bien no se haya obtenido por medios ilícitos. La mayoría de los tribunales ordenará la restitución del bien si la parte damnificada entabla juicio.

[24] Ley de sociedades mercantiles de Australia, secc. 563C.

F. Cuestiones por examinar: tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia en el ámbito nacional

52. En el análisis que precede se indican los aspectos del tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia que se abordan en las legislaciones sobre la insolvencia en el ámbito nacional; es patente que la atención se ha centrado ante todo en las circunstancias en que cabe reexaminar el criterio de la entidad jurídica independiente una vez abierto el procedimiento de insolvencia. Pocas leyes regulan explícitamente cuestiones como la apertura del procedimiento contra una o más empresas de un grupo de sociedades o los efectos de tal apertura. Por lo tanto, aunque parezca posible concluir que la forma en que los regímenes de la insolvencia regulan esas cuestiones en el contexto de las empresas independientes es adecuada para tratar la insolvencia de una o más empresas de un grupo de sociedades, se argumenta que no siempre cabe llegar a tal conclusión.

53. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también los temas que cabría incluir en su labor futura sobre el tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia, a la luz de las posibilidades que se enumeran más adelante. Al examinar esas posibilidades, el Grupo de Trabajo tal vez desee atenerse a la hipótesis de trabajo de que las propuestas o recomendaciones que surjan de la labor emprendida no pretenderán obstaculizar la alta incidencia ni la creciente complejidad estructural de los grupos de sociedades, ni generar inseguridad jurídica o interferir en las operaciones comerciales que se concierten con los grupos de sociedades (con frecuencia al margen de la existencia o de la ausencia de una normativa aplicable a la posible insolvencia de todo un grupo o de alguna de las empresas que lo integren). Debe evitarse asimismo dar la impresión de que la labor sobre estos grupos de sociedades pueda ofrecerles la posibilidad de buscar algún "refugio seguro".

54. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar los temas siguientes:

a) El alcance de su labor futura y, en particular, qué se entenderá por "grupo de sociedades" a esos efectos;

b) El acceso al procedimiento de insolvencia en caso de insolvencia de una o más empresas de un grupo de sociedades, lo que podría comprender el examen de:

i) Las circunstancias en que procedería iniciar un procedimiento contra todas o algunas de las empresas de un grupo de sociedades y el criterio para su apertura que debería aplicarse, en particular a los integrantes del grupo que, aunque tal vez no cumplan el criterio de que se trate, deberían incluirse en el procedimiento por otros motivos;

ii) La persona habilitada para solicitar la apertura;

iii) Los efectos de la apertura y en qué deberían diferir de los que se examinan en la Guía Legislativa de la CNUDMI, por ejemplo, en materia de utilización y disposición de bienes;

c) Las vías de recurso disponibles en un procedimiento de insolvencia contra un grupo de sociedades, entre ellas:

i) Los recursos de procedimiento, por los que se determinaría, por ejemplo, si cabría o no nombrar al mismo representante de la insolvencia para administrar el patrimonio de cada empresa insolvente del grupo, o si sería apropiado administrar conjuntamente las distintas masas de la insolvencia;

ii) Los recursos de fondo, por los que se determinaría, por ejemplo, si podrían interponerse recursos contra las empresas solventes de un grupo de sociedades, y si podrían adoptarse medidas de amparo contra ellas; si podría renunciarse a la protección inherente a la responsabilidad limitada de entidades independientes; si dos o más empresas de un grupo pueden ser consideradas responsables de las deudas externas de una de ellas; si sería apropiado facilitar la mancomunación sustantiva del activo y el pasivo de las empresas del grupo, la imposición de mandamientos de aportación y la subordinación de créditos; y

iii) Las medidas de amparo de otra índole que podrían ser adecuadas tratándose de un grupo de sociedades en situación de insolvencia;

d) La cooperación entre los tribunales y los representantes de la insolvencia en el contexto de un grupo de sociedades, en particular cuando se nombran distintos representantes para asistir a las diferentes empresas del grupo;

e) Otras cuestiones propias de los grupos de sociedades que pudieran requerir disposiciones especiales, como serían:

i) Las facultades de un representante de la insolvencia nombrado para administrar el patrimonio de la sociedad matriz de un grupo y, concretamente, la de orientar las medidas que deba adoptar la filial (insolvente);

ii) Si es necesario formular disposiciones suplementarias de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia que complementen las recomendaciones de la Guía en lo referente al suministro de financiación posterior a la apertura del procedimiento en el contexto de los grupos de sociedades;

iii) Si las recomendaciones relativas a las disposiciones de anulación de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia habrían de aplicarse en el contexto de los grupos de sociedades y si es preciso formular disposiciones de mayor alcance que abarquen distintas categorías de operaciones, incluidas las efectuadas entre empresas del grupo;

iv) Si puede ser necesario formular disposiciones especiales en el caso de los grupos de sociedades cuyos directivos puedan seguir en sus cargos; y

v) Si es preciso formular disposiciones que complementen las previstas en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia con respecto a la reorganización de los grupos de sociedades, en particular en lo que atañe a la negociación, aprobación y ejecución de un plan de reorganización.

[*La sección IV. Cuestiones de ámbito internacional figura en A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2*]