



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; la sección III. Comienzo de la insolvencia: cuestiones de ámbito nacional figura en A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1]

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
IV. Cuestiones de ámbito internacional	1-29	2
A. Introducción	1-4	2
B. Competencia para dar apertura a un procedimiento de insolvencia	5-12	3
C. Conflicto de leyes	13-14	6
D. Obtención de financiación posterior a la apertura del procedimiento	15-22	6
E. Reconocimiento de procedimientos extranjeros	23-25	9
F. Cooperación entre los tribunales y otras autoridades	26	10
G. Posibles soluciones	27-32	10
H. Cuestiones que cabría examinar: tratamiento de los grupos de sociedades en procedimientos de insolvencia de carácter internacional	33	12

* Este documento se presentó con retraso a fin de poder concluir las consultas.



IV. Cuestiones de ámbito internacional

A. Introducción

1. En los modelos que se han creado a nivel internacional para resolver las cuestiones relativas a la insolvencia transfronteriza nunca se ha abordado satisfactoriamente el tema de los grupos de sociedades. Cuando la Cámara de los Lores del Reino Unido, bajo la presidencia de Lord Hoffmann, examinó la posibilidad de que ese país se suscribiera al Convenio europeo relativo a los procedimientos de insolvencia¹, la comisión competente observó que el instrumento no abordaba la cuestión de los grupos de sociedades, el modelo de organización mercantil más corriente. Cuando el Convenio pasó a ser el Reglamento del Consejo de la Unión Europea (CE) N° 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, de 29 de mayo de 2000, el tema seguía sin abordarse. Cuando se debatió el texto de lo que luego sería la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza se consideró que la cuestión de los grupos todavía estaba “lejos”. Posteriormente, mientras se elaboraba la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, se reconoció que ocuparse del tema de los grupos de sociedades podía entorpecer considerablemente el avance del examen de los demás temas de la Guía, razón por la cual sólo se incluyó una breve introducción y no se formularon recomendaciones al respecto.

2. Un caso de amplia cobertura periodística que ilustra uno de los problemas clave con respecto a los grupos de sociedades en el contexto internacional es el de KPN Quest, que quebró el 31 de mayo de 2002, fecha de entrada en vigor del Reglamento del Consejo Europeo. KPN Quest era un grupo de telecomunicaciones propietario de redes de transmisión por cable en Europa y los Estados Unidos. Las redes principales estaban dispuestas en forma de anillos: en el anillo que circundaba Europa, el tramo francés pertenecía a una filial francesa; el tramo alemán, a una filial alemana, y así sucesivamente. Al quebrar la sociedad matriz holandesa, muchas de las filiales se vieron obligadas a solicitar la protección de los tribunales en el país en que se habían constituido. Nadie pudo coordinar las actuaciones y el grupo fue efectivamente desmembrado. El análisis de otros casos de insolvencia transfronteriza internacional confirmaría las deficiencias de que adolecen los regímenes en vigor. Suele generarse una clara tensión entre, por una parte, el criterio tradicional de entidad jurídica independiente para reglamentar las sociedades y sus efectos jurídicos en situaciones de insolvencia y, por la otra, la facilitación de la apertura de un procedimiento de insolvencia contra un grupo de sociedades o contra algunas de sus empresas en un contexto transfronterizo de modo de coadyuvar al objetivo de obtener el máximo valor posible de la masa en beneficio de los acreedores.

3. Al examinar el tema en el documento A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 se plantean varias cuestiones respecto del tratamiento de los grupos de sociedades en el contexto nacional que cabría analizar también en el contexto transfronterizo, tanto en lo tocante a la apertura del procedimiento de insolvencia contra las empresas constitutivas de un grupo radicadas en distintos Estados como a la administración del procedimiento. En los diversos ordenamientos se pueden prever distintos

¹ Abierto a la firma el 23 de noviembre de 1995.

requisitos que debe reunir un deudor para solicitar la apertura del procedimiento, así como diferentes tipos de procedimientos. Por ejemplo, no todos los ordenamientos cuentan con procedimientos de reorganización bien estructurados y, aun entre los que cuentan con ellos, hay diferencias. En algunos, por ejemplo, puede existir una forma de reorganización que permite al deudor conservar el control de su empresa, en tanto que en otros tal posibilidad no existe. Algunos ordenamientos pueden facilitar la reorganización permitiendo diversos tipos de financiación posterior a la apertura del procedimiento, en tanto que otros no lo hacen (esto se examinará más adelante). Las normas que rigen los efectos de la apertura del procedimiento varían (por ejemplo, la clase de paralización disponible y a quién se aplicará) y también varían las que prescriben las facultades del representante de la insolvencia en relación, por ejemplo, con la anulación de operaciones anteriores, y las aplicables a la negociación, aprobación y ejecución de un plan de reorganización.

4. Como ya se ha señalado, en pocos regímenes de la insolvencia se reconoce la existencia del grupo de sociedades como tal y se prevén normas generales que rijan su tratamiento en el contexto nacional; mucho menos aún en situaciones transfronterizas. Debido a la ubicuidad de los grupos de sociedades en el ámbito mercantil contemporáneo, en los últimos años ha aumentado sostenidamente el número de casos de insolvencia que afectan a los grupos de sociedades multinacionales. Los problemas que plantea la insolvencia de los grupos de sociedades en el contexto nacional se multiplican con creces cuando una o más empresas deudoras pertenecen a un grupo multinacional, pero cada una de ellas constituye una entidad jurídica por sí misma en distintos países, contra la que deben incoarse procedimientos por separado. El hecho de que haya procedimientos paralelos en distintos países contra empresas vinculadas entre sí no coadyuva a la conformación de un plan general, habida cuenta de la disparidad de regímenes de la insolvencia y de los mecanismos previstos, en los casos en que éstos existan, para coordinar las distintas actuaciones. La historia de la insolvencia transfronteriza desde el caso Maxwell en 1991² pone de relieve los problemas con que se tropieza al diligenciar actuaciones paralelas y la necesidad de tomar conocimiento de las soluciones creativas que se hayan encontrado. A continuación se plantean varias cuestiones especialmente relacionadas con el tratamiento de los grupos de sociedades en el contexto transfronterizo.

B. Competencia para dar apertura a un procedimiento de insolvencia

5. En la Guía Legislativa de la CNUDMI se observa que un deudor debe tener una vinculación suficiente con el Estado del foro para estar sujeto a su régimen de la insolvencia. En muchos casos no se planteará si corresponde o no aplicar el régimen de la insolvencia porque el deudor será nacional o residente de dicho Estado y ejercerá su actividad económica por medio de una estructura jurídica inscrita o constituida en él. No obstante, cuando hay que determinar si existe o no vinculación entre el deudor y el Estado, los regímenes de la insolvencia prevén como factores de

² El caso afectaba a los Estados Unidos y al Reino Unido (*Bankruptcy Court for the Southern District of New York*, Causa N° 91 B 15741 (15 de enero de 1992) y *High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court*, Causa N° 0014001 de 1991 (31 de diciembre de 1991)).

conexión que el deudor tenga allí el centro de sus principales intereses, su establecimiento o bienes.

1. Centro de los principales intereses

6. En el Reglamento del Consejo Europeo se utiliza el criterio del centro de los principales intereses para determinar en qué lugar de la Unión Europea habrá de incoarse el procedimiento “principal”. En la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (la Ley Modelo) se utiliza también ese concepto, aunque con algunos matices diferentes, para indicar el procedimiento que se reconocerá como procedimiento extranjero “principal” a efectos de la prestación de asistencia. Cabe destacar que en la Ley Modelo se reconoce que la condición de procedimiento extranjero “principal” podrá cambiar y que el mandato de reconocimiento correspondiente se modificará en consecuencia o se dejará sin efecto.

7. Ni en la Ley Modelo de la CNUDMI ni en el Reglamento del Consejo Europeo se define la expresión. En el considerando (13) del Reglamento del Consejo Europeo se indica, sin embargo, que ésta debería corresponder “al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros”. En el párrafo 3 del artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI y en el artículo 3 del Reglamento del Consejo Europeo se prevé también que se presumirá que el centro de los principales intereses del deudor es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social, o su residencia habitual, si se trata de una persona natural.

8. Mucho se ha escrito sobre el concepto de “centro de los principales intereses” y la forma en que ha de interpretarse, en particular, respecto del Reglamento del Consejo Europeo. Si bien en éste se presume que es el domicilio social de la empresa, en los últimos años ha habido varias causas en la Unión Europea que han girado en torno al peso que ha de tener ese elemento y otros factores que han de tenerse en cuenta para determinar en centro de los principales intereses. En la presente nota no se pretende examinar en detalle la evolución de la interpretación de ese concepto; algunas de las causas en que se planteó la cuestión se han examinado en documentos anteriores de la CNUDMI (véanse los párrafos 58 a 79 del documento de A/CN.9/580 y los párrafos 8 a 17 del documento A/CN.9/579).

9. En la sentencia de mayo de 2006 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la causa de Eurofood IFSC Ltd³, la conclusión principal fue que la presunción de que el centro de los intereses principales de una sociedad está en el Estado miembro en que se encuentra su domicilio social sólo podía desvirtuarse si existían elementos objetivos que pudieran ser comprobados por terceros que permitieran establecer que estaba situado en otro lugar. Si bien el Tribunal no consideró cuáles podrían ser esos elementos, señaló que el centro de los intereses principales podía estar situado en un lugar que no fuera el del domicilio social cuando, por ejemplo, la empresa no ejerciera ninguna actividad en el territorio del Estado miembro en el que tenía su domicilio social. En cambio, cuando una

³ Asunto C-341/04; figura en <http://eur-lex.europa.eu>. Eurofood se registró en Irlanda en 1997 y su domicilio social está en Dublín. Se trata de una filial de propiedad exclusiva de Parmalat SpA, sociedad registrada en Italia, y tenía como objetivo principal ofrecer facilidades de financiación a las sociedades del grupo Parmalat.

sociedad ejercía su actividad en el territorio del Estado miembro en el que tenía su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas fueran o pudieran ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio social se encontrara en otro Estado miembro no bastaba para desvirtuar la presunción prevista en el artículo 3. El Tribunal subrayó que, en el marco del sistema de determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que establecía el Reglamento, existía una competencia jurisdiccional propia para cada deudor que constituyera una entidad jurídicamente distinta.

10. En las causas resueltas antes de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, algunos de los elementos considerados suficientes para desvirtuar la presunción se han relacionado con los siguientes aspectos: el grado de independencia de la filial respecto de la adopción de decisiones en materia de financiación, gestión y política; los arreglos financieros entre la sociedad matriz y la filial, por ejemplo, los concernientes a la capitalización, la ubicación de las cuentas bancarias y los servicios contables; la división de responsabilidades respecto del suministro de documentación técnica y jurídica y la firma de contratos; el lugar en que se llevaba a cabo el diseño, la comercialización, la fijación de precios y la entrega de productos, y la ejecución de las funciones administrativas. Habrá que observar los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en cuanto a la pertinencia de esos elementos y a la importancia que se les ha conferido.

11. Un autor ha sugerido que en las causas resueltas en Francia antes de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al parecer algunos tribunales, guiados por un criterio práctico, en ciertos casos habían reunido las causas de insolvencia de un grupo de sociedades para sustanciarlas en el país en que se había abierto el procedimiento concerniente a la sociedad matriz⁴. Las causas citadas concernían a sociedades matrices francesas con filiales en otros Estados miembros. Esa observación es válida también para los tribunales de otros países de la Unión Europea en los que se ha aplicado, cuando procedía, el concepto de centro de los principales intereses, y ha dado lugar a la administración de las empresas constitutivas de un grupo insolvente en un solo país. Esas causas se habían planteado entre Estados miembros de la Unión Europea y entre Estados miembros y no miembros, como Suiza. Se ha señalado que en esos casos se lograron resultados más satisfactorios gracias, por ejemplo, a una mejor coordinación de las actuaciones y al nombramiento de un único representante de la insolvencia para todas las sociedades del grupo. Cabe señalar, sin embargo, que se podrá proceder de esa manera únicamente cuando haya suficientes elementos de juicio para determinar que el centro de los principales intereses de todas las sociedades del grupo está en el mismo Estado miembro. Como eso no siempre ocurrirá, en el caso de insolvencia de dos o más sociedades de un grupo es posible que sea necesario iniciar procedimientos en distintos países.

2. Presencia de bienes y establecimiento

12. Estos dos criterios se examinan en la Guía Legislativa de la CNUDMI⁵. Con arreglo a la Ley Modelo de la CNUDMI y el Reglamento del Consejo Europeo, en

⁴ Jean-Luc Vallens, *Eurofenix*, verano de 2006, págs. 10 y 11.

⁵ Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. I, párrs. 15 a 18.

los que el término “establecimiento” se define con ligeros matices diferentes, se considera que el procedimiento que se inicie en el Estado en que el deudor tenga un establecimiento es secundario o no es el principal; en el caso del Reglamento, ese procedimiento se limitará a la liquidación de los bienes del deudor situados en el territorio de ese Estado. Si bien en la Ley Modelo no se reconoce un procedimiento iniciado sobre la base del criterio de la presencia de bienes, se reconoce la necesidad, en ciertos casos, de iniciar un procedimiento con arreglo a una norma de derecho interno para administrar los bienes del deudor siempre y cuando ya se haya iniciado un procedimiento principal en algún otro Estado (artículo 28).

C. Conflicto de leyes

13. En la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia se abordan algunas cuestiones de conflicto de leyes que se plantean cuando el procedimiento de insolvencia concierne a partes o bienes situados en el territorio de diferentes Estados, y se señala que, si bien el procedimiento de insolvencia suele regirse por la ley del Estado en el que se inicia (la *lex fori concursus*), muchos Estados han adoptado excepciones a la aplicación de la *lex fori concursus*.

14. También surgen problemas difíciles en materia de conflicto de leyes en el caso de las empresas multinacionales. Uno de ellos, por ejemplo, es el relativo a la determinación de la responsabilidad de la sociedad matriz con respecto a una filial. Ésta podría estar determinada por la ley del Estado en que la filial se haya constituido. Sin embargo, ese criterio tal vez no refleje la unidad del grupo en general, ya que dejaría a los acreedores de las filiales en situación de desigualdad, dependiendo de la ubicación de la filial correspondiente. Si la responsabilidad se basara, en cambio, en las normas del Estado en que se haya registrado la sociedad matriz, eso daría lugar a una ampliación de competencia que tal vez no sería aceptable para otros Estados. Esa cuestión sólo puede resolverse, en cierta medida, si la sociedad matriz asume voluntariamente las obligaciones financieras de las filiales extranjeras. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el alcance de su labor futura en relación con las cuestiones de conflicto de leyes en el contexto de los grupos de sociedades y las medidas que podrían adoptarse al respecto.

D. Obtención de financiación posterior a la apertura del procedimiento

15. En el documento A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 se señala que en la Guía Legislativa se reconoce la necesidad de facilitar financiación posterior a la apertura del procedimiento a nivel interno. Se señala también que en varios ordenamientos se restringe la aportación de nuevos fondos en caso de insolvencia o no se aborda expresamente la cuestión de la nueva financiación ni el grado de prelación para su reembolso en esos casos. Algunos de los factores estructurales que dificultan la obtención de nueva financiación son: la falta de un marco legal que la autorice; la responsabilidad personal en que incurriría el representante de la insolvencia o el personal directivo o de gestión de la empresa deudora por contraer las deudas que tal financiación entrañaría; la aplicación de disposiciones de anulación a las operaciones de financiación; los problemas inherentes a otorgar prelación a los créditos concedidos después de la apertura del procedimiento, y la tendencia a optar

por la liquidación de la empresa, en vez de por su reorganización, que hace tan difícil abordar la cuestión de la financiación posterior a la apertura⁶. La existencia de esa clase de impedimentos estructurales en los casos de insolvencia a nivel interno genera mucha incertidumbre en cuanto a obtener y proteger ese tipo de financiación en supuestos de insolvencia transfronteriza. Los ordenamientos difieren en la prelación que otorgan a la financiación posterior a la apertura del procedimiento, así como con respecto a las garantías necesarias para respaldarla. Se plantean problemas concernientes al derecho aplicable y a la utilización de la financiación posterior a la apertura del procedimiento dentro de los grupos de sociedades. Por ejemplo, si una empresa insolvente de un grupo la obtiene, ¿podrá otra empresa perteneciente al mismo grupo servirse de ella y, de ser así, en qué circunstancias y condiciones? ¿Podría una empresa solvente de un grupo recibir dinero en préstamo después de la apertura y permitir a una empresa insolvente del mismo grupo utilizar esos fondos? En varios casos de insolvencia transfronteriza, los problemas planteados por la financiación posterior a la apertura del procedimiento se han abordado en protocolos transfronterizos⁷.

16. Las recomendaciones enunciadas en la Guía Legislativa tal vez no basten para examinar el tema de la financiación posterior a la apertura del procedimiento en el contexto de la insolvencia transfronteriza. A continuación se enuncian algunas cuestiones que se podrían examinar más a fondo.

1. Autorización de la financiación posterior a la apertura del procedimiento

17. En La Guía Legislativa se hace referencia a la posibilidad de exigir la autorización previa del tribunal o de los acreedores para la concesión de crédito tras la apertura (recomendación 63) y, a nivel interno, está claro de qué tribunal y de qué acreedores se trata. Ahora bien, en el caso de la insolvencia de un grupo de sociedades cuya sociedad matriz y cuyas filiales estén situadas en el territorio de diferentes Estados y, por ende, sujetas a distintos procedimientos de insolvencia y ordenamientos jurídicos, y una o más de esas filiales tal vez necesiten obtener financiación, surgen varios problemas. ¿Podrá la sociedad matriz obtener financiación en el país en que está radicada y suministrarla luego a la filial de otro país? En ese caso, ¿se debería solicitar la aprobación del tribunal o el consentimiento de los acreedores en el país de la sociedad matriz, en el de la filial, o tal vez en ambos? ¿Podrá un tribunal aprobar una financiación que tendrá efectos en otro país? ¿Se podrá reconocer en un país los mandatos dictados en otro que afecten a la obtención de financiación posterior a la apertura del procedimiento en esa situación?

18. En la Guía Legislativa se señala que los distintos regímenes de la insolvencia exigen diferentes tipos de autorización para contraer diferentes tipos de deudas. Por ejemplo, el representante de la insolvencia tal vez no tenga que pedir autorización

⁶ Véase el resumen de un estudio comparado y un esquema del tratamiento de la financiación posterior a la apertura del procedimiento en 54 países en el sitio del *International Insolvency Institute* (<http://www.iiiglobal.org>); véase también *Financing in Insolvency Proceedings*, Federación Internacional de Profesionales en Materia de Insolvencia (INSOL) 2006, que abarca 12 países: Alemania, Australia, Brasil, Canadá, Estados Unidos de América, Hong Kong, India, Japón, Países Bajos, Polonia, Reino Unido y Sudáfrica.

⁷ Véase *Digest of Financing Provisions from Cross-Border Insolvency Protocols*, International Insolvency Institute (<http://www.iiiglobal.org>).

para contraer una deuda no garantizada en el curso ordinario de los negocios de la empresa deudora, aunque la tendrá que pedir para contraer la misma deuda al margen de aquél. La deuda que requiera garantías o prelación por lo general requerirá también la autorización del tribunal y, en algunos casos, el consentimiento de los acreedores, en particular cuando se otorgue al reembolso de la financiación posterior a la apertura un grado de prelación superior al de los créditos ya existentes. ¿Deberá depender, entonces, el requisito de autorización, en el contexto transfronterizo, de las condiciones en que se conceda financiación después de la apertura del procedimiento?

19. En la Guía Legislativa se hace referencia también a la financiación que podrá obtener el representante de la insolvencia con posterioridad a la apertura del procedimiento. En la situación descrita anteriormente ¿sería el representante de la insolvencia de la sociedad matriz o el de la filial? Además, ¿generará la obtención de financiación responsabilidad personal para el representante de la insolvencia o para el personal directivo y de gestión de la sociedad matriz, o para el de la filial?

2. Prelación de la financiación posterior a la apertura del procedimiento

20. En la Guía Legislativa se recomienda que el régimen de la insolvencia establezca el grado de prelación que haya de concederse a los préstamos otorgados después de la apertura del procedimiento, de modo que sean reembolsados antes que los créditos administrativos de los acreedores no garantizados. En el contexto transfronterizo, ¿a cuáles créditos de cuáles acreedores corresponderá esa prelación? ¿De qué forma afectarán los diferentes grados de prelación que puedan otorgar los dos países de que se trate a la cuestión de la autorización para obtener nueva financiación?

3. Constitución de garantías reales en respaldo de la financiación posterior a la apertura del procedimiento

21. En la Guía Legislativa también se indica que el régimen de la insolvencia debería permitir que se constituyera una garantía real para el reembolso de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento sobre bienes no gravados o sobre bienes gravados, siempre y cuando la garantía así constituida no tuviera prelación frente a los derechos de los acreedores existentes. Además se recomienda el procedimiento que ha de seguirse para otorgar a esa financiación cierto grado de prelación frente a los créditos garantizados existentes. En el contexto transfronterizo, ¿podría un tribunal autorizar un préstamo concedido después de la apertura que entrañara el gravamen de bienes en otro país? En caso de oponerse los acreedores garantizados existentes a que se gravaran esos bienes, ¿podría el tribunal autorizar de todos modos la constitución de una garantía real y, en caso afirmativo, en qué circunstancias?

4. Cambio de procedimiento

22. Cuando el procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación, podría plantearse si procedería reconocer en esta última la prelación otorgada a la financiación posterior a la apertura del procedimiento durante la reorganización. En la Guía Legislativa se recomienda hacerlo, pero ¿cómo se abordaría esa cuestión en una situación de insolvencia transfronteriza?

E. Reconocimiento de procedimientos extranjeros

23. Cuando no se trata de los Estados que se rigen por el Reglamento del Consejo Europeo, la posibilidad de que la insolvencia de una o más sociedades de un grupo situadas en distintos Estados se administre de forma coordinada dependerá de que se reconozcan o no los procedimientos extranjeros y de que las partes intervinientes en los diversos procedimientos cooperen entre sí y coordinen su acción. En los Estados que han adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza⁸, la solución debería ser relativamente sencilla: el procedimiento iniciado en el Estado en que el deudor tenga el centro de sus principales intereses podrá reconocerse como procedimiento extranjero principal [artículo 17], en tanto que el iniciado en el Estado en que el deudor tenga un establecimiento podrá reconocerse como procedimiento secundario. Una vez que se haya ordenado el reconocimiento, entra a regir el mecanismo de asistencia especial y se faculta a los tribunales y representantes de la insolvencia de los respectivos procedimientos para que cooperen y se comuniquen entre sí. Cuando la Ley Modelo no se haya adoptado, en cambio, procederá remitirse a las leyes nacionales, que en muchos casos carecen de disposiciones equivalentes a las de la Ley Modelo en materia de reconocimiento, asistencia, cooperación o coordinación⁹. Ante la ausencia de ese tipo de disposiciones, obtener un resultado coordinado puede llevar mucho tiempo y ser costoso y, en ciertos casos, hasta imposible.

24. Por las razones enumeradas, la coordinación y armonización de los procedimientos de insolvencia de alcance internacional se han visto facilitadas en los últimos años por las prácticas y procedimientos introducidos por los tribunales y los profesionales de la insolvencia para resolver casos particulares y los problemas con que tropiezan las partes intervinientes en esos procedimientos. Las propias partes negociaron acuerdos o “protocolos” que fueron aprobados por los tribunales del respectivo país. Esos protocolos sobre insolvencia transfronteriza abarcan varios aspectos, entre ellos la solución de controversias derivadas de los diferentes regímenes aplicables en los procedimientos transfronterizos concurrentes o paralelos, la creación de un marco jurídico para la sustanciación de la causa y la coordinación de la administración de los bienes de la masa de la insolvencia situados en el territorio de más de un Estado. En los párrafos 18 a 48 del documento A/CN.9/580 se analizan algunos ejemplos de protocolos transfronterizos.

25. En su 39º período de sesiones, celebrado en 2006, la Comisión decidió que la Secretaría emprendiera la labor de recopilación de la experiencia práctica acumulada por los países en la negociación y utilización de los protocolos sobre insolvencia transfronteriza, al principio por conducto de consultas officiosas con magistrados y profesionales de la insolvencia¹⁰.

⁸ Adoptada por Eritrea (2006), los Estados Unidos de América (2005), Gran Bretaña (2006), las Islas Vírgenes Británicas, territorio de ultramar del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2005), el Japón (2000), México (2000), Montenegro (2002), Polonia (2003), Rumania (2003), Serbia (2004) y Sudáfrica (2000).

⁹ Véase un análisis de los regímenes de la insolvencia de 39 países en “*Cross-Border Insolvency: A Guide to Recognition and Enforcement*,” INSOL International, 2003.

¹⁰ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/61/17)*, párr. 209.

F. Cooperación entre los tribunales y otras autoridades

26. El capítulo IV es una parte fundamental del marco legislativo de la Ley Modelo, ya que viene llenar las lagunas existentes en muchos ordenamientos facultando expresamente a los tribunales para cooperar con sus homólogos extranjeros en esferas reguladas por la Ley Modelo y a comunicarse directamente con ellos. Cabe observar que para esto no es necesario que se haya dictado una orden de reconocimiento del procedimiento extranjero, es decir, que podría establecerse cooperación y comunicación desde el principio. También se autoriza la cooperación entre el tribunal del Estado promulgante y un representante extranjero, así como entre la persona que administre el procedimiento de insolvencia en el Estado promulgante y un tribunal o un representante extranjero. Reconociendo que la idea de cooperación judicial puede ser desconocida para muchos magistrados y representantes, en el artículo 27 de la Ley Modelo se enumeran posibles medios de cooperación. La disposición análoga del Reglamento del Consejo Europeo es el artículo 31, por el que se impone a los “sindicados”, según la terminología del Reglamento, obligaciones de información y cooperación recíprocas, aunque no se reconocen las mismas obligaciones respecto de los tribunales entre sí ni entre tribunales y sindicados. Un aspecto determinante en muchos casos de insolvencia transfronteriza concernientes a grupos de sociedades ha sido la capacidad y disposición de los tribunales y los representantes de la insolvencia para cooperar y comunicarse entre sí a efectos de coordinar la administración de los procedimientos principales y secundarios.

G. Posibles soluciones

27. Habida cuenta de la situación imperante en el ámbito internacional en materia de insolvencia de los grupos de sociedades, y al no haber una mayor convergencia de los regímenes internos de la insolvencia y, en particular, de la normativa que regula el tratamiento de los grupos de sociedades, cabe preguntarse qué se puede hacer para facilitar la administración de los casos de insolvencia transfronteriza, además de promover la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI, y si es necesario elaborar disposiciones legislativas que regulen especialmente la insolvencia de los grupos, con miras, por ejemplo, a integrarlas en la Ley Modelo. El Reglamento del Consejo Europeo, mecanismo del que tal vez cabría servirse para abordar problemas relativos a los grupos de sociedades, se aplica directamente a los Estados miembros participantes con objeto de velar por que el procedimiento principal que se haya abierto en un país sea automáticamente reconocido en otros, y conlleva determinados efectos. La aplicación del Reglamento entraña la renuncia a cierto grado de soberanía por parte de los Estados miembros para facilitar la administración de los procedimientos. Ahora bien, cuando se trate de países que no pertenezcan a un grupo regional integrado como la Unión Europea, tal vez sea necesario aplicar un enfoque distinto.

28. La mancomunación del patrimonio y la administración conjunta se han examinado antes en el ámbito nacional y tal vez puedan aplicarse en casos de insolvencia transfronteriza. Otras propuestas están basadas en el establecimiento de un concepto de centro de los principales intereses aplicable a un grupo de

sociedades que facilite la apertura y la administración de los procedimientos de insolvencia en ese caso.

1. Centro de los principales intereses de un grupo de sociedades

29. Una solución de las cuestiones planteadas anteriormente respecto del tratamiento de los grupos en procedimientos de insolvencia transfronteriza sería establecer un concepto de “centro de los principales intereses de un grupo de sociedades”. Esto sería particularmente pertinente en los casos en que existiera una gran integración entre las empresas constitutivas y el grupo actuara básicamente como entidad única. Cabría definir el concepto, por ejemplo, en relación con las cuestiones examinadas con respecto al centro de los principales intereses en la Unión Europea, entre ellas la manera y el lugar en que se adoptan las decisiones del grupo en materia de política, gestión y financiación (lo que se denomina el lugar en que se ejercen las “funciones de administración central”¹¹ del grupo) y la opinión de los terceros, en particular los acreedores, al respecto. El centro de los principales intereses determinaría el lugar en el que procedería incoar el procedimiento de insolvencia principal contra un grupo de sociedades o contra una o más de las sociedades que a él pertenecieran, así como la ley aplicable a la apertura y administración del procedimiento. En los supuestos en que el empleo de ese tipo de criterio dependa de la estrecha integración del grupo, cabría determinar el grado de integración necesario. Los acreedores tendrían que investigar las vinculaciones de una empresa con la que hubieran tratado para determinar si pertenece o no a un grupo. Eso puede dar lugar a la apertura de un procedimiento principal contra una filial insolvente en el Estado en que se halle el centro de los principales intereses del grupo, independientemente de que la sociedad matriz u otras filiales registradas en ese lugar sean también objeto de procedimientos de insolvencia, e incluso tal vez sería necesario iniciar un procedimiento en el lugar de constitución de la filial insolvente a fin de administrar sus negocios y sus bienes.

30. Otro criterio consistiría en considerar que el centro de los principales intereses del grupo es el de la sociedad matriz, de modo que todas las filiales tendrían el mismo centro, y el foro para entablar el procedimiento no estaría relacionado con el lugar de constitución ni con el domicilio social.

2. Mancomunación sustantiva

31. Cuando un grupo esté estrechamente integrado y el activo y el pasivo de cada una de las sociedades no pueda ser diferenciado con facilidad, la mancomunación sustantiva transfronteriza podría facilitar la administración de los procedimientos concernientes al grupo. Sin embargo, la aplicación de ese recurso en un caso de insolvencia transfronteriza es mucho más compleja que en el contexto interno, ya que plantea varios problemas, por ejemplo, el régimen de la insolvencia que ha de aplicarse, la posibilidad de que en una situación transfronteriza los tribunales suspendan la aplicación de normas que se aplicarían en un caso interno de insolvencia, las reglas de anulación que procedería aplicar, la negociación, aprobación y ejecución de un plan de reorganización y otras cuestiones. Esa clase de

¹¹ Véase Moss, Gabriel y Paulus, Christoph, *The urgent need for reform – what and when? Current trends in European Rescue and the Impact of the European Insolvency Regulation*, 15 de julio de 2005.

mancomunación no es común en casos de insolvencia transfronteriza. Con todo, hay ejemplos de procedimientos de insolvencia relativos a grupos estrechamente integrados, con filiales en distintos países, que se han administrado como si el grupo fuera una entidad única, y eso se ha hecho con el consentimiento de los acreedores y sin que se impugnara nunca la legalidad del recurso ante los tribunales¹². Algunas de las causas planteadas entre el Canadá y los Estados Unidos de América han entrañado la ejecución de un plan mancomunado de reorganización.

3. Administración conjunta

32. Otro criterio consistiría en adoptar medidas que facilitaran una utilización más amplia de la administración conjunta. Como ya se ha señalado, hay pocos ordenamientos que disponen la administración conjunta de casos de insolvencia concernientes a las sociedades de un mismo grupo, aunque la práctica existe entre algunos países, como el Canadá y los Estados Unidos¹³. Para la administración conjunta no se necesita una decisión judicial con respecto al centro de los principales intereses y el empleo de ese recurso se vería facilitado por la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI con objeto de proporcionar un marco legislativo para la cooperación y la comunicación transfronterizas y para la utilización de protocolos transfronterizos o de otros mecanismos encaminados a abordar los problemas administrativos y procesales que se plantean entre los países.

H. Cuestiones que cabría examinar: tratamiento de los grupos de sociedades en procedimientos de insolvencia de carácter internacional

33. En el documento A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 se enumeran varios temas relativos al tratamiento de los grupos de sociedades en procedimientos de insolvencia de carácter interno para que el Grupo de Trabajo los examine. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar los siguientes temas de carácter internacional:

- a) La definición o descripción del concepto de “grupo de sociedades” y diferencias con respecto a su aplicación a nivel interno;
- b) La posibilidad de recurrir a un procedimiento de insolvencia y, en particular, el lugar en que cabría abrir un único procedimiento respecto de un grupo

¹² La causa de *Bramalea* concernía a una sociedad con casa matriz en el Canadá y filiales operativas en este país y en los Estados Unidos de América, que formaba parte, además, de varios consorcios y empresas mixtas. Véase Ziegel, J, *Corporate Groups and Crossborder Insolvencies: A Canada-United States Perspective*, en 7 *Fordham Journal of Corporate & Financial Law* 367. Hay otros ejemplos de la utilización del mismo criterio en la Unión Europea.

¹³ En el régimen estadounidense se dispone que las empresas vinculadas al solicitante original (cuando la vinculación está definida) inicien el procedimiento ante el mismo tribunal, siempre y cuando el solicitante original tenga su domicilio, su residencia habitual, su principal establecimiento o sus principales bienes en la jurisdicción del tribunal de que se trate. Una vez que se haya presentado la solicitud, el tribunal podrá dictar un mandato de administración conjunta de la masa de la insolvencia (Código de la Quiebra de los Estados Unidos, título 28, 1408).

de sociedades, en función, por ejemplo, de lo que se entienda por centro de sus principales intereses;

c) Los recursos de que se dispone en un procedimiento de carácter internacional, entre ellos la administración conjunta y la mancomunación del patrimonio; y

d) Otras disposiciones, además de las que figuran en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, que se podrían necesitar con respecto a la financiación posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia.
