Naciones Unidas A/CN.9/WG.V/WP.78

Asamblea General

Distr. limitada
26 de agosto de 2007
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
33º período de sesiones
Viena, 5 a 9 de noviembre de 2007

Tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia

Nota de la Secretaría

I. Introducción

1. La presente nota se basa en los textos que figuran en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.74 y Add.1 y 2, A/CN.9/WG.V/WP.76 y Add.1 y 2, en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (en adelante, "la Guía Legislativa"), en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (en adelante, "la Ley Modelo"), así como en los informes del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de sus períodos de sesiones 31º y 32º (A/CN.9/618 y A/CN.9/622, respectivamente).

2. En su 32º período de sesiones[1], el Grupo de Trabajo convino en que por el momento no era posible decidir la forma que adoptaría la labor futura relativa al tratamiento de los grupos de empresas en situación de insolvencia. Sin embargo, se estuvo de acuerdo también en que convenía seguir aplicando el criterio con que se habían estructurado los documentos de trabajo destinados a los períodos de sesiones 31º y 32º. En consonancia con esa decisión, en la presente nota cada tema abordado se compone de tres secciones, a saber, observaciones generales, recomendaciones y notas explicativas sobre las recomendaciones.

[1] Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 32º período de sesiones, A/CN.9/622, párrs. 93 y 94.

V.07-86333 (S) 210907 220907

II. Glosario

A. Observaciones generales

(Remisiones a documentos anteriores de la CNUDMI: A/CN.9/WG.V/WP.74, apartados a) a o) del párrafo 1; A/CN.9/618, párrs. 48 y 49; A/CN.9/WG.V/WP.76, párr. 1; A/CN.9/622, párrs. 12 y 77 a 84)

1. Además de definir varios términos y expresiones de uso común en la legislación y en obras que versan sobre los grupos de sociedades, en el párrafo 1 del documento A/CN.9/WG.V/WP.74 se señala la posibilidad de que esos términos y expresiones tengan sentidos diferentes en los distintos países o sean de uso habitual en un tipo de ordenamiento jurídico y en otros no. En la presente nota se explican varios de esos términos y expresiones con objeto de orientar al lector y de facilitar una interpretación uniforme de las cuestiones de que tratan, pero no se les da ninguna definición jurídica.

B. Terminología

2. El Grupo de Trabajo ha examinado parte de la terminología incluida más adelante; cabe señalar que se han agregado nuevos conceptos para ampliar las explicaciones. Se subraya asimismo que los conceptos definidos en el documento A/CN.9/WG.V/WP.74, que no se han repetido aquí, tal vez sean pertinentes a la hora de debatir las cuestiones examinadas en la presente nota.

a) “Grupo nacional de sociedades [comerciales] [mercantiles]”: dos o más entidades, incluso empresas no constituidas en sociedad de capital, cuya vinculación entre sí se funda en el capital o el control.

b) “Empresa”: toda entidad, cualquiera sea su forma jurídica, que ejerce una actividad económica[2], inclusive las entidades que realizan actividades de comercio a título individual o familiar, los consorcios o las asociaciones[3].

c) “Capital”: aportación invertida en una empresa en forma de bienes, capital en acciones o deuda.

d) “Control”: el poder que suele asociarse al mantenimiento de una posición estratégica en el seno de un grupo de sociedades y que permite a quien lo ejerce dominar directa o indirectamente los órganos con capacidad decisoria; no basta disponer de un control o influencia de poco alcance. El control también puede nacer de un acuerdo contractual que prevea el grado de dominio necesario.

---

[2] Véase la caracterización de lo que se entiende por “actividad económica” en la nota de pie de página 1 del capítulo I de la segunda parte de la Guía Legislativa.

[3] Definición inspirada en la recomendación de la Comisión Europea, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (2003/361/EC).

e) "Empresa (integrante) de un grupo de sociedades": una empresa que está ligada a otras tal como se define en el concepto de "grupo de empresas" y que, a los efectos del tema que ocupa al Grupo de Trabajo, reúne las condiciones para acogerse al régimen de la insolvencia[4].

f) "Coordinación procesal": administración coordinada de los procedimientos de insolvencia abiertos contra diversas empresas del mismo grupo de sociedades a efectos de facilitar las actuaciones y ahorrar gastos. Como los bienes y las obligaciones de cada empresa siguen siendo independientes y diferenciados, se preserva la integridad de cada una de las empresas del grupo y los derechos sustantivos de los demandantes no se ven menoscabados. La coordinación procesal puede facilitar la obtención de extensa información sobre las operaciones mercantiles de las empresas integrantes del grupo de sociedades que estén sujetas a procedimientos de insolvencia; simplificar la valoración de los bienes y la determinación de los acreedores y de otras personas o entidades con derechos jurídicamente reconocidos; evitar la duplicación de tareas; y […]. La coordinación procesal puede suponer la existencia de algunos de los elementos siguientes, o de todos ellos: el nombramiento de un único representante de la insolvencia para administrar cada uno de los procedimiento incoados; la celebración de reuniones y audiencias combinadas; la fijación de plazos comunes; la elaboración de una única lista de destinatarios de notificaciones; la constitución de un único comité de acreedores; y […].

C. Notas explicativas de la terminología

"Grupo nacional de sociedades [comerciales] [mercantiles]"

3. Si bien las deliberaciones del Grupo de Trabajo han girado en torno a la premisa de que lo que se examina es el tratamiento de los "grupos de sociedades" en un procedimiento de insolvencia, la inclusión como objeto de análisis de entidades no constituidas en sociedad de capital indica que tal vez sería más apropiado ampliar el concepto y emplear expresiones como "grupo de empresas comerciales" o "grupo de empresas mercantiles", teniendo presente la definición de "empresa" en el apartado b) del párrafo 2. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si preferiría utilizar una de esas expresiones, o alguna otra, en vez de "grupo de sociedades".

4. En los párrafos 7 a 15 y 35 a 38 del documento A/CN.9/WG.V/WP.74 se exponen varios conceptos y características propios de los grupos de sociedades y lo que por ellos se entiende en distintos ordenamientos jurídicos. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si conviene completar la definición del epígrafe con algún otro concepto, como el de organización y gestión coordinadas, comunidad de orientación y finalidad económica, utilización de las mismas marcas registradas y los mismos programas publicitarios para promover una única entidad pública, o si bastaría con remitir a esos párrafos en todo comentario que pudiera insertarse en el presente documento.

---

[4] La recomendación 8 de la Guía Legislativa dice: "El régimen de la insolvencia debería regir los procedimientos de insolvencia contra todos los deudores que participen en actividades económicas, ya sean personas físicas o jurídicas, …".

Capital

5. Tal vez convendría precisar el uno del término “capital”, empleado al explicar lo que constituye un grupo nacional de sociedades en el apartado c) del párrafo 2. Sin embargo, ello podría obviarse si el sentido de “grupo” se definiera a partir del concepto de “control”, entendido éste como dominio que nace de la propiedad.

Control

6. La referencia a los grupos creados mediante acuerdos contractuales, que antes figuraba en la definición de “grupo de sociedades” (A/CN.9/WG.V/WP.76, párr. 3), se ha trasladado a la definición de “control”, en consonancia con lo sugerido en el 32º período de sesiones del Grupo de Trabajo[5] de que los acuerdos contractuales sólo deberían entrar en el concepto de grupo cuando el contrato reglamentara cuestiones de control entre las empresas integrantes del grupo.

Empresa

7. Si ha de incluirse la definición del término “empresa” en la labor que ocupa al Grupo de Trabajo, tal vez no se requiera la expresión “incluso empresas no constituidas en sociedad de capital”, habida cuenta de que de la definición de “empresa” se desprende claramente que el concepto abarca entidades con distintas formas jurídicas.

Empresa integrante de un grupo de sociedades

8. Se incluye en el glosario la definición de “empresa integrante de un grupo de sociedades” para indicar el uso que se da a la expresión en la labor que ocupa al Grupo de Trabajo, en particular en relación con la aplicación del régimen de la insolvencia a una empresa integrante del grupo. No obstante, circunscribir su sentido únicamente a las empresas sujetas al régimen de la insolvencia tal vez sería demasiado restrictivo a la hora de abordar ciertas cuestiones como, por ejemplo, la de la reorganización (véase el documento A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1, párr. 41 *infra*). El Grupo de Trabajo tal vez desee determinar en qué sentido se utilizarán los términos “empresa integrante” al tratar el tema de los grupos de sociedades y si convendría explicar mejor el concepto.

Coordinación procesal de dos o más procedimientos de insolvencia

9. Lo que antes se conocía como “administración conjunta” se ha sustituido por “coordinación procesal”, en primer lugar, para prevenir toda confusión que pudiera surgir entre un mandamiento de administración conjunta y la solicitud conjunta de apertura de un procedimiento de insolvencia y, en segundo lugar, para evitar emplear una expresión que pueda tener un sentido particular en un escaso número de países.

---

[5] A/CN.9/622, párr. 83.

Modificación de las explicaciones sobre las diversas cuestiones sustantivas objeto de examen

10. Las explicaciones terminológicas generales de los párrafos precedentes tienen por objeto estudiar las cuestiones sustantivas que se analizan en las recomendaciones formuladas más adelante, a saber, la presentación de una solicitud conjunta de apertura de un procedimiento de insolvencia; la coordinación procesal; los procedimientos de impugnación; la mancomunación del patrimonio conforme a normas de derecho sustantivo; la formulación de un único plan de reorganización; y la financiación posterior a la apertura. Cuando esas explicaciones generales resulten inapropiadas o no sean lo suficientemente precisas para abordar una determinada cuestión sustantiva, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la forma de modificarlas. En el 32º período de sesiones[6] se observó, por ejemplo, que podría ser conveniente definir el concepto de "grupo" en sentido amplio a efectos de la coordinación procesal y con un criterio más restringido cuando se tratara de la anulación.

Otros términos y expresiones

11. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de agregar otros términos y expresiones a los que figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.74 y en el párrafo 2 *supra*, si lo estima necesario para facilitar una interpretación uniforme de las disposiciones pertinentes.

III. Comienzo de la insolvencia: cuestiones de ámbito nacional

A. Apertura de un procedimiento de insolvencia

1. Solicitud conjunta de apertura de un procedimiento de insolvencia

(Remisiones a documentos anteriores de la CNUDMI: A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1, párr. 12; A/CN.9/618, párrs. 15 a 24; A/CN.9/WG.V/WP.76, párrs. 10 y 15; A/CN.9/622, párrs. 14 a 20)

a) Observaciones generales

1. 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 que cumpla el requisito de apertura. 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; cuando la insolvencia de una empresa integrante del grupo pueda afectar a los demás; cuando haya una estrecha integración económica entre las partes solicitantes de la apertura, consistente, por ejemplo, en la mezcla de bienes o en un grado determinado de control o propiedad en común; o cuando la condición de entidad económica única del grupo tenga especial importancia jurídica, en particular en el momento de formular los planes de reorganización.

---

[6] A/CN.9/622, párr. 81.

2. Las recomendaciones de la Guía Legislativa relativas a una solicitud de apertura y a la propia apertura de un procedimiento de insolvencia se aplicarían a los deudores que fueran empresas integrantes de un grupo de sociedades de la misma forma en que se aplicarían al deudor que represente una única empresa comercial. Las recomendaciones 15 y 16 de la Guía Legislativa prevén los requisitos que un deudor y un acreedor han de cumplir para poder solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia y constituyen el marco en el que podría formularse la presentación de solicitudes de apertura respecto de toda empresa integrante de un grupo de sociedades que cumpliera los requisitos enunciados, inclusive en el caso de insolvencia inminente en caso de solicitud presentada por un deudor. En el contexto de un grupo de sociedades, la insolvencia de la empresa matriz puede socavar la estabilidad financiera de una filial hasta el punto de ponerla en riesgo de insolvencia inminente. Es probable que la recomendación 15 abarque ese supuesto si, en el momento en que la empresa matriz presenta una solicitud, la filial no estuviera en condiciones de pagar sus deudas en la fecha de su vencimiento.

3. El hecho de permitir que las empresas de un grupo que cumplan los requisitos para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia que presenten una solicitud conjunta facilitaría el examen de las solicitudes por el tribunal, sin menoscabar la identidad jurídica independiente de cada solicitante. Una presentación conjunta de una solicitud podría consistir en un único escrito que englobara a todas las empresas del grupo que cumplieran el requisito de apertura o en escritos separados presentados simultáneamente para cada una de ellas. En ambos casos, el régimen de la insolvencia debería facilitar al tribunal la coordinación del examen de las solicitudes, teniendo presente que se trata de un grupo de sociedades, para determinar si cada uno de sus integrantes cumple el requisito de apertura del procedimiento.

4. La presentación de una solicitud conjunta de apertura de un procedimiento de insolvencia por dos o más empresas de un grupo de sociedades puede plantear problemas jurisdiccionales, incluso en el ámbito interno, si los establecimientos de las empresas del grupo están situados en diferentes lugares y si varios tribunales son competentes para entender de las distintas solicitudes. Es posible que en algunos países se acostumbre a centralizar en un único tribunal la tramitación de un conjunto de solicitudes de apertura de un procedimiento de insolvencia. Si bien esa práctica es conveniente, se tratará en definitiva si el derecho interno permitirá o no la tramitación centralizada de solicitudes conjuntas que son de competencia de distintos tribunales. Tal vez convenga abordar también la cuestión de los gastos que entrañe presentar una solicitud conjunta y otros problemas que plantee dicha solicitud.

5. Cabe distinguir la presentación conjunta de una solicitud de apertura de un procedimiento de lo que más adelante se denomina coordinación procesal. La finalidad de permitir una presentación conjunta es facilitar la coordinación de las cuestiones relativas a la apertura de procedimientos de insolvencia y procurar reducir los gastos. Es preciso señalar que, de autorizarse la apertura, no se determina de antemano la forma en que se administrarán los procedimientos ni, en particular, si estarán sujetos a coordinación procesal. Ello no obsta para que en una solicitud conjunta de apertura pueda pedirse la coordinación procesal de los procedimientos de insolvencia, como se explica más adelante.

b) Recomendaciones

Solicitud conjunta de apertura de un procedimiento de insolvencia

1) [1][7] El régimen de la insolvencia [debería][podrá] especificar que una solicitud conjunta de apertura de un procedimiento de [insolvencia] [reorganización] podrá ser presentada: a) por dos o más integrantes de un grupo de sociedades cuando cada uno de ellos cumpla el requisito de apertura de la recomendación 15 de la Guía Legislativa, o b) por una entidad acreedora de dos o más integrantes de un grupo de sociedades que cumplan el requisito de apertura de la recomendación 16 de la Guía Legislativa.

Solicitud de apertura presentada por un acreedor: notificación al deudor

2) [7] El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando un acreedor formule una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia contra dos o más empresas de un grupo de sociedades, la notificación de la solicitud deberá darse a todas las empresas integrantes del grupo incluidas en la solicitud.

c) Notas explicativas de las recomendaciones

Solicitud conjunta de apertura de un procedimiento de insolvencia

6. En su 32º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en mantener el proyecto de recomendación 1)[8], en el que se planteaba la procedencia de formular una solicitud conjunta de apertura de procedimientos de insolvencia contra dos o más empresas integrantes de un grupo de sociedades. De su texto se desprende que no se abordaba la cuestión de si, en caso de prosperar la solicitud conjunta de apertura, esos procedimientos se administrarían conjuntamente. Esa cuestión se trata por separado en las recomendaciones 3) a 8) (véanse los párrafos 11 a 14 *infra*).

7. El Grupo de Trabajo opinó[9] asimismo que no estaría de más enunciar una recomendación en que se previera la posibilidad de que un acreedor presentara una solicitud conjunta de apertura contra dos o más empresas de un grupo, por lo que se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de texto para su ulterior examen. En consecuencia, en el proyecto de recomendación 1), además de preverse que dos o más empresas integrantes de un grupo que cumplan el requisito de apertura aplicable con arreglo a la recomendación 15 de la Guía Legislativa podrán presentar una solicitud conjunta, se prevé la posibilidad de que también lo haga una entidad acreedora de dos o más integrantes de un grupo que reúnan los requisitos de apertura de la recomendación 16 de la Guía Legislativa.

8. En el proyecto de recomendación 1) se presenta la siguiente alternativa: que el procedimiento sea de "insolvencia" o de "reorganización". El Grupo de Trabajo tal vez desee recordar que en su 32º período de sesiones[10] se sugirió la necesidad de diferenciar entre una liquidación y una reorganización en todo supuesto en el que se presentaran solicitudes para la apertura de uno y otro procedimiento contra distintas

---

[7] El número de recomendación entre corchetes remite al número que cada recomendación lleva en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.76 y Add.1.

[8] Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 32º período de sesiones, (A/CN.9/622, párr. 20).

[9] A/CN.9/622, párr. 21.

[10] A/CN.9/622, párr. 13.

empresas de un mismo grupo. Teniendo presente lo anterior, el Grupo de Trabajo tal vez desee determinar si en una solicitud conjunta podrá pedirse que se entablen ambos tipos de procedimientos contra distintos integrantes del grupo, en cuyo caso el enunciado más general de "procedimiento de insolvencia" podría ser apropiado, o si sólo procedería formular una solicitud conjunta cuando los procedimientos que se pretendan incoar contra cada empresa del grupo sean de la misma índole, bien de liquidación, bien de reorganización.

Solicitud de apertura presentada por un acreedor: notificación al deudor

9. En consonancia con la recomendación 19 de la Guía Legislativa, de ser presentada la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia por un acreedor contra dos o más sociedades de un grupo, debería notificarse a cada una de dichas sociedades, y la notificación de la apertura de un procedimiento contra sociedades de un grupo debería darse conforme a las recomendaciones 22 a 25 de la Guía Legislativa. Aunque el Grupo de Trabajo aprobó en su 32º período de sesiones[11] el proyecto de recomendación [7] del documento A/CN.9/WG.V/WP.76, referente a la notificación que debe darse al deudor cuando un acreedor formule una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, cabe señalar que el contenido del proyecto es básicamente el mismo que el del apartado a) de la recomendación 19 de la Guía Legislativa, por el que se establece la obligación de dar aviso de la solicitud únicamente a las sociedades pertenecientes al grupo que estén consignadas en la solicitud. Teniendo presente ese hecho, el Grupo de Trabajo tal vez desee determinar si procedería incluir la recomendación 2) en el marco del tratamiento de los grupos de sociedades.

10. Respecto de la obligación de notificar, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también si existen ciertas circunstancias en el contexto de un grupo de sociedades en que haya que notificar a un círculo más amplio de interesados del que se contempla en las recomendaciones 19 y 22 de la Guía Legislativa. Por ejemplo, si otra empresa del grupo es solvente, pero está involucrada en los acuerdos de financiación de una o más de las empresas integrantes contra las que se haya presentado una solicitud o se haya abierto un procedimiento, convendría preguntarse si debería notificarse también a esa otra empresa del grupo.

B. Régimen aplicable a los bienes a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia

1. Coordinación procesal

(Remisiones a documentos anteriores de la CNUDMI: A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1, párr. 12; A/CN.9/618, párr. 32; A/CN.9/WG.V/WP.76, párrs. 32 a 37; A/CN.9/622, párrs. 25 a 35)

[11] A/CN.9/622, párr. 25.

a) Observaciones generales

11. Como se señaló en el glosario, el concepto de coordinación procesal puede designar los diversos grados de integración de las actuaciones con miras a facilitar y hacer más eficiente la administración de dos o más procedimientos y reducir las costas y demás gastos. Aunque se administren juntos, los bienes y las obligaciones de cada empresa del grupo sujeta a coordinación procesal siguen siendo independientes y diferenciados, de modo que se mantiene la integridad de cada una de las sociedades del grupo sin que los derechos sustantivos de los acreedores se vean menoscabados. De ello se deduce que la coordinación procesal se circunscribe a los aspectos propiamente administrativos y no concierne a las cuestiones de fondo del procedimiento.

12. La coordinación procesal puede contribuir a racionalizar el procedimiento de diversas maneras, consistentes en intercambiar información para tener un panorama más completo de la situación de los diversos deudores; combinar audiencias y reuniones; redactar una única lista de destinatarios de notificaciones: fijar plazos comunes; y celebrar reuniones conjuntas de acreedores. El nombramiento de un único representante de la insolvencia (véase el documento A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1, párrs. 25 y ss.) contribuiría al mismo fin.

13. En la coordinación procesal se plantearán también los problemas jurisdiccionales señalados anteriormente (véase el párrafo 4 *supra*), con respecto a las solicitudes conjuntas de apertura, cuando diversos tribunales tengan competencia para conocer de los asuntos de las distintas empresas del grupo sujetas a un procedimiento de insolvencia. En los países en que surjan cuestiones de esa índole, se recurrirá por lo general al derecho procesal interno para determinar la competencia jurisdiccional.

14. Las ventajas que entraña la coordinación procesal pueden ponerse de manifiesto en el momento de la presentación de una solicitud de apertura o pueden hacerse patentes después del inicio de los procedimientos de insolvencia. En ambos casos es conveniente que se deje a la discreción del tribunal si deben coordinarse procesalmente o no los diversos procedimientos. El tribunal podrá examinar si procede ordenar la coordinación procesal, bien de oficio, bien a instancia de las partes que estén habilitadas para solicitarla, a saber, toda empresa del grupo que esté sujeta a un procedimiento de insolvencia o un acreedor de tal empresa. Independientemente de que el mandamiento se dicte en el momento de la apertura del procedimiento o ulteriormente, es conveniente que se notifique dicho mandamiento a los acreedores que se verán afectados por la insolvencia de la empresa de que se trate.

b) Recomendaciones

Coordinación procesal de dos o más procedimientos de insolvencia

3) [8] El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá decidir, en todo momento, bien de oficio, bien a raíz de una solicitud presentada conforme a lo prescrito en la recomendación 4), que se coordine con fines procesales la administración de procedimientos de insolvencia que se hayan entablado ante uno o diversos foros competentes contra dos o más empresas integrantes de un grupo de sociedades.

Petición de coordinación procesal: cuándo formularla

4) El régimen de la insolvencia debería especificar que la coordinación procesal podrá pedirse: a) en el momento de presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia conforme a lo previsto en las recomendaciones 15 ó 16 de la Guía Legislativa; o b) en todo momento posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia contra empresas integrantes de un grupo de sociedades.

Partes habilitadas para pedir la coordinación procesal

5) El régimen de la insolvencia debería especificar que la coordinación procesal podrá ser solicitada por: a) por toda empresa integrante del grupo de sociedades contra la que se haya abierto un procedimiento de insolvencia; o b) por un acreedor de cualquiera de las empresas insolventes del grupo de sociedades.

Audiencias simultáneas

6) El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá celebrar audiencias simultáneas para determinar en qué medida procede dictar un mandamiento de coordinación procesal.

Notificación del mandamiento de coordinación procesal

7) [5] El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el tribunal dicte un mandamiento de coordinación procesal de [algunos o de todos] los procedimientos de insolvencia, deberá notificarse dicho mandamiento a todos los acreedores afectados por la insolvencia de los integrantes del grupo de sociedades que hayan sido incluidos en la coordinación procesal.

Contenido de la notificación de coordinación procesal

8) [6] El régimen de la insolvencia debería disponer que la notificación de un mandamiento de coordinación procesal deberá incluir, además de la información especificada en la recomendación 25 de la Guía Legislativa, toda información sobre la sustanciación de la coordinación procesal que pueda ser de importancia para los acreedores.

c) Notas explicativas de las recomendaciones

Solicitud de coordinación procesal de dos o más procedimientos de insolvencia

15. Conforme a lo decidido por del Grupo de Trabajo en su 32º período de sesiones[12], el proyecto de recomendación 3) (anteriormente recomendación [8]) en el documento A/CN.9/WG.V/WP.76), fue revisado con objeto de tener en cuenta la posibilidad de autorizar la coordinación procesal cuando se abrieran procedimientos de insolvencia tanto ante el mismo tribunal como ante diversos tribunales de la misma jurisdicción nacional. El texto se ha enunciado de modo que no menoscabe el régimen de derecho interno que regula la competencia judicial en materia de insolvencia. Ahora bien, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si convendría

[12] A/CN.9/622, párr. 32.

recomendar que se incorporaran al derecho procesal interno disposiciones apropiadas que facilitaran la coordinación procesal.

16. En el proyecto de recomendación 3) se prevé que el tribunal podrá plantearse ordenar la coordinación procesal de los procedimientos de insolvencia, bien de oficio, bien a raíz de una petición formulada por las partes habilitadas para presentarla en virtud del régimen de la insolvencia, según se establece en la recomendación 5).

17. Conforme a una sugerencia formulada en su 32º período de sesiones[13], el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si convendría enunciar en los proyectos de recomendación en sí o en sus notas explicativas la posibilidad de revocar un mandamiento de coordinación procesal a fin de volver a la administración separada de cada una de las masas de la insolvencia. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también las circunstancias en que procedería revocar un mandamiento de coordinación procesal.

Proyectos de recomendación 4) a 6)

18. Los proyectos de recomendación 4) a 6) se han agregado al texto con el fin de fijar el momento en que las partes habilitadas para pedir la coordinación procesal pueden solicitarla. Una petición en ese sentido podrá presentarse simultáneamente con las solicitudes de apertura de procedimientos de insolvencia contra dos o más empresas integrantes de un grupo de sociedades o contra un integrante del grupo cuando una o más de las otras empresas ya estén sujetas a un procedimiento de insolvencia. La solicitud podrá presentarse también en todo momento posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia contra dos o más integrantes del grupo. A fin de racionalizar las diligencias procesales, reducir los gastos e incrementar la eficiencia, en el proyecto de recomendación 6) se faculta al tribunal para que celebre audiencias simultáneas con el fin de determinar hasta qué punto cabe coordinar procesalmente los procedimientos. Las audiencias simultáneas podrán celebrarse a instancia de las partes, como se prevé en la recomendación 5), o por iniciativa del propio tribunal.

Proyectos de recomendación 7) y 8)

19. Los proyectos de recomendación 7) y 8) (anteriormente recomendaciones [5] y [6]) en el documento A/CN.9/WG.V/WP.76) se han revisado conforme a la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 32º período de sesiones[14]. El proyecto de recomendación 7) prevé que será aplicable independientemente del momento en que se dicte el mandamiento, es decir, en coincidencia con la apertura del procedimiento o posteriormente. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si convendría citar ejemplos, en el proyecto de recomendación 8), de la información suplementaria que pudiera resultar de particular importancia para los acreedores.

---

[13] A/CN.9/622, párr. 28.

[14] A/CN.9/622, párrs. 22 a 24.

2. Protección y conservación de la masa de la insolvencia

20. En su 31º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó, en el contexto de los procedimientos de insolvencia incoados contra dos o más empresas integrantes de un grupo de sociedades, la aplicación de la paralización a partir del momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia, como se prevé en las recomendaciones 39 a 51 de la Guía Legislativa, y concluyó que procedía aplicarlas también en ese contexto.

21. El Grupo de Trabajo analizó también si habría que otorgar medidas de exención de los efectos de la paralización para proteger y preservar el valor de los bienes de una empresa solvente del grupo, cuando con ello se favoreciera a los integrantes del grupo sujetos a procedimientos de insolvencia. Esa cuestión, que se había planteado en el 31º período de sesiones del Grupo de Trabajo[15], y fue objeto del proyecto de recomendación [12] del documento A/CN.9/WG.V/WP.76. Si bien en su 32º período de sesiones[16], el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que la recomendación [12] era innecesaria, se sugirió que en algunos supuestos muy precisos, como cuando hubiera que amparar alguna garantía interna del propio grupo, el tribunal a su discreción, podría autorizar las exenciones, si se cumplieran determinadas condiciones.

22. Esa cuestión no se había tratado en la Guía Legislativa, pues no se había planteado con respecto a un único deudor. Ahora bien, al abordar el tratamiento de los grupos de sociedades en situaciones de insolvencia, la cuestión cobra importancia a causa de los estrechos vínculos entre las actividades mercantiles del grupo. Cuando la financiación de un grupo se organice mediante un sistema de garantías recíprocas reales o de otra índole, los fondos que se den a una empresa de un grupo podrían incidir en las obligaciones o responsabilidades de otro, o las acciones que se interpongan respecto de los bienes de alguna empresa solvente del grupo pueden afectar igualmente a los bienes o a las obligaciones de los miembros del grupo contra los que se hayan presentado solicitudes de apertura de un procedimiento de insolvencia o contra los que el procedimiento se halle en curso, o puede incluso minar su capacidad para mantener el giro ordinario de los negocios. En suma, las circunstancias descritas plantean problemas relativos a la concesión tanto de exenciones de carácter provisional como exenciones en el momento de iniciarse los procedimientos de insolvencia.

23. Un ejemplo que justificaría la concesión de una exención de carácter provisional podría ser el caso en que un prestamista tratara de hacer ejecutar un acuerdo convenido contra una empresa solvente del grupo, cuando la ejecución del acuerdo pudiera afectar a la responsabilidad de una empresa contra la que se haya presentado una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia. Un supuesto análogo sería que se pretendiera ejecutar una garantía real sobre los bienes de una entidad solvente que fueran vitales para la actividad mercantil del grupo, inclusive la de las empresas del grupo contra las que se hubiera presentado una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia.

---

[15] A/CN.9/618, párr. 31.
[16] A/CN.9/622, párr. 36.

24. En las circunstancias descritas cabe preguntarse si convendría dictar una medida de paralización provisional de la acción del prestamista encaminada a hacer valer su garantía real u otro tipo de garantía, con objeto de proteger la masa de la insolvencia de las empresas integrantes del grupo contra las que se hubiera presentado una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia. En la recomendación 39 de la Guía Legislativa se tratan las exenciones de carácter provisional y se enumeran los tipos de exención que podrían otorgarse "a petición del deudor, de los acreedores o de terceros, si tal exención es necesaria para proteger y preservar el valor de los bienes del deudor o los intereses de los acreedores entre el momento de la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura del procedimiento en sí". El Grupo de Trabajo tal vez desee determinar si en los supuestos descritos bastaría con aplicar lo dispuesto en la recomendación 39 de la Guía Legislativa.

3. Financiación posterior a la apertura del procedimiento

(Remisiones a documentos anteriores de la CNUDMI: A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1, párr. 19; A/CN.9/618, párr. 34; A/CN.9/WG.V/WP.76, párrs. 54 a 57; A/CN.9/622, párrs. 39 a 60)

a) Observaciones generales

25. La financiación posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia, cuya importancia en el caso de una sola empresa mercantil sujeta a ese procedimiento es crítica, tal vez sea aún más determinante en el contexto de un grupo de sociedades. Tanto si se recurre a la liquidación, en particular cuando existe la posibilidad de vender la empresa insolvente como negocio en marcha, como a la reorganización, la imposibilidad de disponer de fondos prácticamente impide resolver satisfactoriamente la situación de un grupo insolvente.

26. En el contexto de un grupo de sociedades, la financiación posterior a la apertura del procedimiento plantea varios problemas que difieren de los que surgen cuando se trata de una sola empresa. Entre ellos cabe mencionar la posibilidad de una contraposición eventual de intereses de los diversos deudores respecto de la financiación en curso, en particular cuando se nombre un único representante de la insolvencia para administrar los asuntos de varias empresas integrantes del grupo; la implicación en dicha financiación de empresas solventes del grupo, sobre todo cuando éstas sean controladas por su propia empresa matriz insolvente; la utilización de los bienes de una entidad solvente creada para fines especiales con un único acreedor a fin de obtener financiación destinada a empresas insolventes del mismo grupo; la compaginación de los intereses de cada integrante del grupo de sociedades con los de la reorganización del grupo; y la conveniencia de mantener, durante el procedimiento, la estructura financiera que el grupo tenía antes de la declaración de insolvencia, en particular si esa estructura servía de mecanismo para pignorar todos los bienes del grupo a cambio de financiación que se centralizaba en una entidad del grupo con funciones de tesorería para su posterior entrega a las demás empresas integrantes del grupo.

27. La utilización de los bienes de un grupo para obtener financiación posterior a la apertura del procedimiento plantea pocos aspectos que no se regulen ya en la Guía Legislativa cuando todas las empresas del grupo están sujetas a un procedimiento de insolvencia. Un aspecto que sí cabría aclarar son las

circunstancias en que una empresa del grupo podría aportar financiación en beneficio de otra, ya sea en forma de garantía real, de otro tipo de garantía o de algún otro mecanismo legal de reembolso de un crédito. Otra cuestión que debería aclararse es si el otorgamiento de una garantía por una empresa sujeta a un procedimiento de insolvencia a otra empresa del grupo en la misma situación constituiría una operación preferente.

28. Sin embargo, surgen dificultades cuando los bienes de una empresa solvente del grupo se destinan a financiar a otra empresa integrante de dicho grupo contra la que se ha abierto un procedimiento de insolvencia. Es posible que a una empresa solvente le interese la estabilidad financiera de la empresa matriz, la de las demás integrantes del grupo o la del grupo en su conjunto porque inciden en su propia estabilidad financiera y en la continuidad de su actividad mercantil. Ahora bien, la utilización de los bienes de una empresa solvente de un grupo de sociedades para obtener financiación destinada a una empresa insolvente recurriendo a fondos externos o para financiar directamente la empresa insolvente puede plantear varios interrogantes, en particular cuando dicha empresa solvente cae posteriormente en la insolvencia.

29. Cabe preguntarse, por ejemplo, si el crédito de la filial solvente tendría la prelación reconocida en la recomendación 64 de la Guía Legislativa; si una operación de esa índole estaría sujeta a subordinación como préstamo interno del grupo de sociedades; o si se la consideraría una operación preferente en todo procedimiento de insolvencia entablado posteriormente contra la empresa del grupo que hubiera aportado la financiación. En algunos ordenamientos, la aportación de tales fondos se equipararía a una transmisión de los bienes de dicha entidad solvente a la entidad insolvente en perjuicio de los acreedores y accionistas de la primera. En el contexto de la coordinación procesal, el nombramiento de un único representante de la insolvencia podría dar lugar a conflictos de intereses (véase A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1, párrs. 27 y 28 *infra*).

30. Si bien el régimen de la insolvencia puede regular las consecuencias jurídicas del aporte de fondos por parte de una empresa solvente de un grupo, ésta estaría actuando por iniciativa propia, en un contexto comercial, conforme al derecho de sociedades, no con arreglo al régimen de la insolvencia. Diversos tipos de entidades solventes, como una empresa creada para fines especiales, con pocas obligaciones y valiosos bienes, podrían actuar otorgando una garantía real o de otro tipo.

b) Recomendaciones

Obtención y autorización del crédito después de la apertura del procedimiento

9) [14] El régimen de la insolvencia debería facilitar e incentivar la obtención de financiación posterior a la apertura de procedimientos de insolvencia que se hayan incoado contra dos o más empresas integrantes de un grupo de sociedades, con las finalidades y los motivos enunciados en la recomendación 63 de la Guía Legislativa.

10) [13] El régimen de la insolvencia debería especificar que, de conformidad con las recomendaciones 64 a 68 de la Guía Legislativa, toda empresa integrante de un grupo de sociedades que esté sujeto a un procedimiento de insolvencia podrá obtener financiación posterior a la apertura en las circunstancias y conforme a las normas establecidas en las recomendaciones xx a xx que se formulan más adelante.

Prelación de los préstamos otorgados con posterioridad a la apertura

11) [16] La recomendación 64 de la Guía Legislativa debería regular la prelación que habría que conceder a los préstamos otorgados, después de la apertura del procedimiento, a una empresa integrante de un grupo de sociedades, del mismo modo que regula la financiación posterior a la apertura del procedimiento que se otorga a un deudor que no pertenece a un grupo de empresas.

Garantías reales en respaldo de toda financiación concedida tras la apertura de un procedimiento

12) [17] El régimen de la insolvencia debería especificar que una empresa integrante de un grupo de sociedades podrá otorgar a otra empresa del mismo grupo una garantía real del tipo mencionado en la recomendación 65 de la Guía Legislativa para que reembolse el crédito que se le haya concedido después de la apertura del procedimiento [conforme a los requisitos establecidos en el régimen de la insolvencia][siempre que]:

[a) El representante de la insolvencia del garante dé su consentimiento al otorgamiento de dicha garantía real; o

b) El tribunal a cuya jurisdicción esté sujeto el garante determine que los acreedores del garante no se verán perjudicados por el otorgamiento de la garantía real.]

Garantías u otros mecanismos legales de reembolso del crédito concedido después de la apertura de un procedimiento

13) [15] El régimen de la insolvencia debería especificar que una empresa integrante de un grupo de empresas sujeta a un procedimiento de insolvencia podrá garantizar o asegurar de otros modos el reembolso del crédito que otro miembro del grupo en la misma situación haya obtenido después de la apertura del procedimiento en su contra, siempre que:

a) El representante de la insolvencia del garante dé su consentimiento al otorgamiento de toda garantía o todo otro mecanismo legal de reembolso del crédito; o

b) El tribunal a cuya jurisdicción esté sujeto el garante determine que los acreedores del garante no se verán perjudicados por el otorgamiento de la garantía ni por otro mecanismo legal de reembolso del crédito.

c) Notas explicativas de las recomendaciones

Obtención y autorización del crédito después de la apertura del procedimiento

31. En su 32º período de sesiones[17], el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 9) (anteriormente [14]) en el documento A/CN.9/WG.V/WP.76), inspirado en la recomendación 63 de la Guía Legislativa. Al revisar el proyecto de recomendación anterior se tuvo especial cuidado en evitar toda repetición del contenido de la recomendación 63 y en aclarar sus vínculos con dicho texto.

[17] A/CN.9/622, párrs. 42 a 46.

32. El proyecto de recomendación 10) (anteriormente [13]) en el documento A/CN.9/WG.V/WP.76) se ha revisado conforme a la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 32º período de sesiones[18] y con miras a poner de manifiesto sus vínculos con las recomendaciones de la Guía Legislativa.

Prelación de los préstamos otorgados con posterioridad a la apertura

33. En su período de sesiones anterior[19], el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 11) (anteriormente [16]) en el documento A/CN.9/WG.V/WP.76). La recomendación se ha revisado con objeto de no reiterar el contenido de la recomendación 64 y de poner de relieve sus vínculos con ese texto. No obstante, en la medida en que la recomendación 11) hace extensiva la aplicación de la recomendación 64 a los grupos de sociedades sin modificar en modo alguno su contenido, tal vez cabría suprimir la recomendación 11) y sustituirla por una recomendación general en la que se estableciera que la Guía Legislativa se aplicaría a una empresa integrante de un grupo de igual manera que se aplicaría a un único deudor que no formara parte de un grupo de sociedades, salvo que en la presente labor se recomendara introducir modificaciones.

Garantías reales en respaldo de toda financiación concedida tras la apertura de un procedimiento

34. En su anterior período de sesiones[20], el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 12) (anteriormente [17]) en el documento A/CN.9/WG.V/WP.76), inspirado en la recomendación 65 de la Guía Legislativa. El proyecto fue redactado con objeto de no reiterar el contenido de la recomendación 65 y de poner de relieve sus vínculos con ese texto, especificándose asimismo que quien otorga la garantía real es una empresa integrante del grupo de sociedades distinta de la empresa del mismo grupo que recibe la financiación posterior a la apertura del procedimiento.

35. En el texto actual del proyecto de recomendación 12) no se indica si la empresa integrante del grupo que otorga la garantía real está sujeta o no a un procedimiento de insolvencia. En el proyecto de recomendación 13), en cambio, se especifica que la empresa del grupo que la otorgue debería ser objeto de un procedimiento de insolvencia. El Grupo de Trabajo tal vez desee analizar si los proyectos de recomendación 12) y 13) deberían aplicarse en el mismo supuesto, es decir, cuando la empresa del grupo que otorgue la garantía real sea objeto de un procedimiento de insolvencia, y determinar si ambas recomendaciones deberían estar sujetas a los requisitos que sólo se enuncian en los apartados a) y b) del proyecto de recomendación 13).

---

[18] A/CN.9/622, párr. 41.
[19] A/CN.9/622, párr. 55.
[20] A/CN.9/622, párr. 56.

Garantías u otros mecanismos legales de reembolso del crédito concedido después de la apertura de un procedimiento

36. El proyecto de recomendación 13) (anteriormente [15]) en el documento A/CN.9/WG.V/WP.76) se ha revisado teniendo en cuenta las reservas expresadas por el Grupo de Trabajo en su 32º período de sesiones[21]. Así, se ha aclarado que la recomendación se aplicaría a una empresa integrante de un grupo de sociedades sujeta a un procedimiento de insolvencia, y no a una que fuera solvente, y se han establecido los requisitos indispensables. Por consiguiente, se ha suprimido el apartado a) del anterior proyecto de recomendación [15], que se refería a la percepción de beneficios, por considerarse que prescribía una norma demasiado vaga y, por ende, difícil de cumplir.

37. Respecto del apartado b), el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si en él se establece un criterio para la aprobación de financiación posterior a la apertura del procedimiento en virtud del cual ninguno de los acreedores se vea individualmente perjudicado, o si sería preferible dejar la aprobación al arbitrio del tribunal, el cual evaluaría de forma general los intereses de los acreedores considerados en su conjunto.

38. Si el Grupo de Trabajo estima que los proyectos de recomendación 12) y 13) deberían estar sujetos a los mismos requisitos, cabría combinarlos en una única recomendación que se refiriera al otorgamiento de "garantías reales o de otra índole o a la previsión de otros mecanismos legales de reembolso del crédito concedido después de la apertura del procedimiento".

39. Se han suprimido los proyectos de recomendación [18] y [19] del documento A/CN.9/WG.V/WP.76 por considerarse que reiteraban el texto de las recomendaciones 66 y 67 de la Guía Legislativa.

4. Régimen aplicable a los contratos

40. El párrafo 49 del documento A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1 plantea el problema de la aplicación de las recomendaciones 69 a 86 de la Guía Legislativa, que tratan del régimen aplicable a los contratos, en caso de insolvencia de dos o más empresas integrantes de un grupo de sociedades, en particular cuando esos contratos hayan sido celebrados entre empresas del grupo. El Grupo de Trabajo tal vez desee centrarse en la forma de regular el mantenimiento y el rechazo de contratos celebrados entre dos empresas del grupo contra los que se hayan abierto procedimientos de insolvencia o entre una empresa del grupo en tal situación y otra del mismo grupo, pero solvente.

5. Procedimiento de anulación

(Remisiones a documentos anteriores de la CNUDMI: A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1, párrs. 46 a 48; A/CN.9/618, párrs. 43 a 45; A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1, párrs. 1 a 8; A/CN.9/622, párrs. 61 a 65)

---

[21] A/CN.9/622, párrs. 47 a 54.

a) Observaciones generales

41. Las recomendaciones de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, que establecen los criterios de impugnación, se aplicarían en general a la anulación de operaciones efectuadas en el contexto de un grupo de sociedades, aunque cabría hacer otras consideraciones en casos de operaciones realizadas entre las empresas integrantes del grupo. Tal vez requiera mucho tiempo y dinero diferenciar la multiplicidad de operaciones internas a fin de determinar si alguna de ellas es eventualmente anulable. Algunas operaciones que podrían considerarse preferentes o sin contravalor suficiente (infravaloradas), si sólo se repara en las partes que han intervenido directamente en su concertación, pueden adquirir otra connotación al analizarlas en el contexto más amplio de un grupo de sociedades muy integradas, en las que los beneficios y las pérdidas dimanantes de las operaciones podrían repartirse entre más empresas del grupo. Puede ocurrir que los contratos de operaciones de esa índole contengan cláusulas distintas de las que regirían el mismo tipo de contratos con cláusulas comerciales corrientes, celebrados entre partes sin vínculo empresarial alguno, por ejemplo, los contratos cuyo objeto fuera la fijación de los precios de transferencia interna[22]. Del mismo modo, podrá ocurrir que algunas operaciones legítimas realizadas en el seno de un grupo de sociedades no fueran comercialmente viables fuera de ese ámbito si los beneficios y las pérdidas de ellas dimanantes se analizaran conforme a los criterios comerciales normales.

42. Las operaciones internas pueden consistir, entre otras cosas, en tratos comerciales entre empresas del grupo; la transferencia de beneficios de la filial a la sociedad matriz; la concesión de préstamos por una empresa integrante a otra para ayudarla a mantener su negocio en marcha; la transferencia de bienes y garantías entre empresas integrantes del grupo; el pago de deudas por una empresa a un acreedor de una empresa conexa; el otorgamiento de una garantía o una hipoteca por una empresa del grupo en respaldo de un préstamo concedido a otra empresa del grupo por una parte ajena a él. Es posible que un grupo tenga como norma sacar el máximo provecho comercial del dinero y de los bienes de que dispone en beneficio del grupo en su conjunto, antes que en el de una empresa integrante de tal grupo. Con ese fin podría traspasar dinero en efectivo de las filiales a la empresa integrante del grupo que lo financia. Si bien esa práctica tal vez no sea siempre lo que más convenga a una filial, algunas legislaciones facultan a los directivos de filiales 100% propietarios, por ejemplo, a actuar de ese modo, siempre que ello redunde en beneficio de la sociedad matriz.

43. Algunas de las operaciones realizadas en el contexto de un grupo de sociedades entran claramente en las categorías de operaciones anulables conforme a la recomendación 87 de la Guía Legislativa. Es posible que otras, en cambio, no entren tan claramente en el ámbito de aplicación de esa recomendación y tal vez haya que determinar hasta qué punto el grupo se administra como empresa única o si los bienes y obligaciones de las empresas integrantes del grupo están muy entremezclados, lo que puede repercutir en la naturaleza de las operaciones efectuadas no sólo entre empresas del grupo, sino también entre tales empresas y acreedores externos. Puede haber también operaciones no reguladas por las

---

[22] Véase la explicación del concepto de fijación de los precios de transferencia interna en el apartado m) del párrafo 1 del documento A/CN.9/WG.V/WP.74.

disposiciones de anulación. Por ejemplo, algunos regímenes de la insolvencia prevén la anulación de los pagos preferentes efectuados a los propios acreedores de un deudor, pero no a los acreedores de una empresa conexa integrante del grupo, a menos que el pago se realice, por ejemplo, en virtud de una garantía.

44. Una cuestión que cabría examinar en el contexto de un grupo de sociedades es la de si la finalidad de las disposiciones con fines de anulación es proteger las operaciones internas para favorecer al grupo en su conjunto o someter las operaciones internas a un minucioso examen debido a la relación existente entre las empresas del grupo. Es posible que las operaciones entre integrantes de un grupo puedan regularse por las disposiciones de un régimen de la insolvencia aplicables a las operaciones que se realizan entre personas allegadas. En la Guía Legislativa, el concepto de "persona allegada" abarca a las empresas integrantes de un grupo de sociedades, como la empresa matriz, una filial, sucursal o socio de la empresa insolvente del grupo contra el que se haya abierto un procedimiento de insolvencia, o una persona, inclusive una entidad jurídica, que ejerza o haya ejercido algún tipo de control sobre el negocio del deudor. En los regímenes de la insolvencia, las operaciones de esa índole suelen estar sujetas a reglas de anulación más estrictas que las aplicables a operaciones de otro tipo, en particular en lo que respecta a la duración de los períodos de sospecha, así como al establecimiento de presunciones o a la inversión de la carga de la prueba para facilitar los procedimientos de anulación y dispensar del requisito de que el deudor fuera insolvente en el momento de la operación o de que hubiera pasado a serlo a raíz de esa operación. La aplicación de un régimen más estricto puede justificarse por el hecho probable de que las partes allegadas tienen más posibilidades de salir más favorecidas y porque suelen ser las primeras en tener conocimiento de si el deudor atraviesa efectivamente dificultades financieras.

45. El Grupo de Trabajo tal vez desee determinar si: a) las operaciones de esa índole han de considerarse contratos entre personas iniciadas o allegadas, en el sentido en que este concepto se entiende en la Guía Legislativa; b) las reglas que rigen los contratos entre partes no allegadas deberían aplicarse a los contratos que puedan celebrarse en el contexto de un grupo de sociedades; y c) si las disposiciones de la recomendación 87 de la Guía Legislativa son suficientes para regular los contratos de esa índole en el contexto de un grupo de empresas.

46. Una forma de determinar la carga de la prueba en el supuesto de operaciones concertadas con personas allegadas podría consistir en especificar que se considera o presume que ha habido la necesaria intencionalidad o mala fe cuando ciertos tipos de operaciones se hayan efectuado durante el período de sospecha e imponer a la otra parte interviniente en la operación la obligación de probar que no fue así. En el contexto de los grupos de sociedades, en algunos regímenes de la insolvencia se ha establecido una presunción rebatible, consistente en que las operaciones concertadas entre las empresas de un grupo y entre esas empresas y los accionistas del mismo grupo podrían perjudicar a los acreedores y, por consiguiente, quedar sujetas a anulación. Además, podría aplicarse un régimen diferente a los créditos de las empresas conexas de un grupo y establecerse que la satisfacción de los derechos de tales empresas que se hayan adquirido en virtud de acuerdos internos sobre la deuda podría diferirse o subordinarse a la de los derechos de los acreedores externos de las empresas insolventes.

47. Respecto de la interposición de acciones de anulación, el grado de integración del grupo de empresas podría incidir considerablemente también en la capacidad de los acreedores para determinar con qué empresa del grupo tuvieron tratos, cuando el régimen de la insolvencia les permita recurrir a un procedimiento de impugnación con fines de anulación.

b) Recomendaciones

Operaciones anulables

14) [20] El régimen de la insolvencia debería especificar que, al determinar si debiera o no anularse una operación del tipo mencionado en los apartados a), b) o c) de la recomendación 87 de la Guía Legislativa que se hubiera concertado entre personas allegadas en el contexto de un grupo de sociedades, el tribunal podrá tomar en consideración las circunstancias del grupo en las que se haya efectuado la operación. Esas circunstancias pueden ser, entre otras: el grado de integración entre las empresas del grupo que hayan intervenido en la operación; la finalidad de la operación; y si, gracias a la operación, las empresas del grupo han obtenido ventajas que normalmente no se otorgarían entre partes no allegadas.

15) [21] El régimen de la insolvencia podrá especificar que, con respecto a los elementos mencionados en la recomendación 97 de la Guía Legislativa y su aplicación en el contexto de un grupo de empresas, procederá aplicar disposiciones especiales en materia de excepciones y presunciones.

c) Notas explicativas de las recomendaciones

48. En su 32º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 14) y 15) en la forma enunciada anteriormente. Se sugirió[23] que se agregara una referencia a las operaciones fraudulentas en el proyecto de recomendación 19) (anteriormente [20]) en el documento A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1). El apartado a) de la recomendación 87 de la Guía Legislativa, en la que se especifican las distintas categorías de operaciones anulables, se pretendía regular las operaciones fraudulentas, pero, en su lugar, se adoptó una descripción más amplia de esas operaciones, con detalles sobre sus características particulares, en vez de clasificarlas en categorías más amplias, como las denominadas “fraudulentas”, que pueden interpretarse de maneras diferentes o juzgarse en función de distintos parámetros de un país a otro. Véase, a ese respecto, el párrafo 171 del capítulo II de la segunda parte de la Guía Legislativa.

6. Derechos de compensación

(Remisiones a documentos anteriores de la CNUDMI: Guía Legislativa, segunda parte, cap. II, párrs. 204 a 207 y recomendación 100)

49. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si, en el contexto de un grupo de sociedades, se plantean otras cuestiones relativas a los derechos de compensación que no se aborden ya en la Guía Legislativa.

---

[23] A/CN.9/622, párr. 65.