



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

C. Vías de recurso: consolidación de patrimonios o integración en masa única

(Remisiones a documentos anteriores de la CNUDMI: A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1, párrs. 35 a 45; A/CN.9/618, párrs. 36 a 42; A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1, párrs. 21 a 38; A/CN.9/622, párrs. 61 a 65)

1. Observaciones generales

1. Debido a la naturaleza de los grupos de sociedades y a la forma en que funcionan, es posible que exista una compleja red de operaciones financieras entre sus integrantes, y que los acreedores, en vez de tratar con cada una de las empresas, tal vez lo hayan hecho con distintas empresas o, incluso, con el grupo como entidad económica única. Disociar la titularidad de los derechos y obligaciones y determinar quiénes son los acreedores de cada empresa del grupo puede requerir una compleja y costosa indagación judicial. Sin embargo, dado que la adhesión al criterio de entidad independiente implica que cada empresa integrante del grupo ha de responder de sus deudas únicamente frente a sus propios acreedores, cuando se haya iniciado un procedimiento de insolvencia contra una o más empresas del grupo de que se trate, podrá ser necesario esclarecer a quién corresponde el activo y el pasivo de las respectivas masas.

2. Cuando se consigue efectuar la disociación, conforme al principio de entidad independiente, el acreedor podrá cobrar sus créditos únicamente con cargo a los bienes de la empresa del grupo de que se trate. Cuando la disociación sea imposible, o si existen otros motivos concretos para tratar al grupo como unidad económica



única, algunas legislaciones prevén vías que permiten prescindir de la aplicación del criterio de entidad independiente. Históricamente, se han instituido esas vías de recurso para subsanar lo que se ha percibido como funcionamiento ineficiente e injusto del tradicional criterio de la entidad independiente en ciertos casos que atañen a grupos de sociedades. Además de la anulación de operaciones entre las empresas del grupo o la subordinación de los préstamos internos, entre esos recursos cabe mencionar, por ejemplo, el hacer extensiva la responsabilidad por las deudas externas a otras empresas solventes del grupo, así como a los ocupantes de cargos y a los accionistas; la emisión de mandamientos de aportación; y la emisión de mandamientos de consolidación de patrimonios o integración en masa única. Algunas de estas vías de recurso requieren la determinación de culpabilidad, en tanto que otras exigen la comprobación de ciertos hechos con respecto a las operaciones del grupo de sociedades. En algunos supuestos, en particular cuando haya habido gestión dolosa por los directivos, podrían resultar más eficaces otras medidas, como la destitución del personal directivo que haya delinquido y la limitación de la participación de los órganos directivos en la reorganización.

3. Las vías de recurso que soslayan el criterio de entidad independiente no se prevén en todos los ordenamientos, por lo general no tienen gran alcance y rigen únicamente en circunstancias restringidas por el hecho de que podrían llegar a redundar en perjuicio de una empresa integrante de un grupo de sociedades que se viera obligada a compartir el activo y el pasivo con otras empresas del grupo con menos solvencia. Los recursos destinados a extender la responsabilidad pueden obligar a no respetar la confidencialidad del secreto financiero de la empresa, lo cual significa que los accionistas, que en general están exentos de responsabilidad por las actividades de la empresa, pueden pasar a ser responsables de determinadas actividades. No sucede así con las demás vías de recurso examinadas en la presente nota, aunque en algunas circunstancias podrían tener un efecto aparentemente similar.

4. Ya se ha señalado que en la coordinación procesal, el activo y el pasivo de los deudores siguen siendo independientes y diferenciados, sin que los derechos sustantivos de los reclamantes se vean menoscabados. En una consolidación, en cambio, el tribunal que sustancia el procedimiento de insolvencia contra dos o más empresas integrantes de un mismo grupo de sociedades puede no tomar en consideración la identidad jurídica propia de cada uno de ellas en circunstancias procedentes y ordenar la consolidación de sus activos y pasivos, tratándolos como si correspondieran a una única entidad. Como consecuencia de ese acto se crea una única masa de la insolvencia en beneficio general de todos los acreedores de todas las empresas integrantes cuyo patrimonio se haya consolidado. La consolidación suele circunscribirse al patrimonio de las empresas del grupo contra las que se haya abierto un procedimiento de insolvencia, aunque en ciertos supuestos puede hacerse extensiva al de una empresa solvente perteneciente al mismo grupo, por ejemplo, cuando los negocios de esa empresa estén tan estrechamente vinculados a los de otras empresas del grupo que sería provechoso consolidar también su patrimonio con el de las demás. Normalmente, para una consolidación suele requerirse un mandamiento judicial, aunque también cabe realizarla mediante el consenso entre las partes interesadas o a través de un plan de reorganización.

5. Muy pocos países cuentan con una base legislativa que rijan la consolidación y, cuando el recurso está previsto, los mandamientos de consolidación no suelen

dictarse con mucha frecuencia. Pese a la falta de legislación expresa o de una normativa en la materia, los tribunales de algunos países han contribuido directamente a desarrollar los mandamientos de consolidación y han delimitado las circunstancias en que procede dictarlos. Esta práctica demuestra que los tribunales son cada vez más conscientes de la amplia utilización de estructuras empresariales con integrantes vinculados entre sí con fines fiscales y comerciales. Las circunstancias que darían pie a que se dictara un mandamiento de consolidación son muy pocas y tienden a circunscribirse a los casos en que, a causa del alto grado de integración entre las empresas de un grupo, ya sea mediante el control, o mediante la propiedad, sería muy difícil, cuando no imposible, disociar los activos y pasivos de cada una de las empresas del grupo y administrar por separado la masa de cada deudor.

6. Los mandamientos de consolidación suelen plantearse en el marco de un procedimiento de liquidación, y las legislaciones que los prevén sólo los autorizan en ese contexto. No obstante, existen proyectos de ley que permitirían la consolidación en el contexto de diversos tipos de reorganización. En países sin legislación en la materia, cabe la posibilidad de que se dicten mandamientos de consolidación tanto en un procedimiento de liquidación como en uno de reorganización cuando tal mandamiento coadyuve, por ejemplo, a la reorganización del grupo.

7. La consolidación podría ser apropiada si incrementa la cuantía que podría reembolsarse a los acreedores, ya sea debido a la relación estructural entre las empresas del grupo y la forma en que realizan su actividad comercial y en que mantienen sus relaciones financieras, o debido al valor de los bienes comunes al grupo en su conjunto, como los derechos de propiedad intelectual en un proceso que abarcara a numerosas empresas del grupo y los derechos sobre el producto derivado de tal proceso. También podría darse la situación en que no hubiera una separación auténtica entre las empresas de un grupo y en que la estructura del grupo se mantuviera únicamente con fines carentes de honradez o fraudulentos.

8. El principal problema que plantea el recurso a un mandamiento de consolidación, sumado al problema fundamental de no tener en cuenta el principio de la entidad independiente, es que la consolidación resultara inicua para un grupo de acreedores que se vieran obligados a compartir *pari passu* la distribución de la masa con los acreedores de otra entidad del grupo tal vez menos solvente, y que las economías de gastos o los beneficios de que se beneficiara el conjunto de acreedores superaran el perjuicio que ello acarrearía para distintos acreedores. Los acreedores que se opusieran a la consolidación podrían sostener que, habida cuenta de que en el momento de realizar la operación comercial tuvieron en cuenta los bienes propios de una determinada empresa del grupo, no se les debería denegar el pago íntegro de su crédito a causa de los vínculos que esa empresa tuviera con otra empresa del mismo grupo. En cambio, los acreedores partidarios de la consolidación podrían argumentar que habían contado con los bienes del grupo en su conjunto y que no sería justo que cobraran sus créditos con cargo únicamente al patrimonio de una sola empresa del grupo.

9. Dado que la consolidación supone la mancomunación de los bienes de distintas empresas de un grupo, no suele incrementar la suma cobrada por cada acreedor, sino que más bien tiende a nivelar lo que se le reembolsa a cada uno, incrementando los importes que perciben algunos de ellos a expensas de lo que

cobran otros. Además, la posibilidad de consolidar patrimonios puede propiciar que los acreedores más sólidos e importantes puedan hacerse con bienes que normalmente no les corresponderían; que los acreedores disconformes con el mandamiento de consolidación soliciten su revisión, lo que prolongaría el procedimiento de insolvencia; y que se socave la seguridad jurídica y la previsibilidad de las garantías reales (cuando los créditos internos queden anulados a consecuencia de la consolidación, los acreedores que tuvieran garantías reales sobre dichos créditos perderían sus derechos).

a) Circunstancias que justifican la consolidación

10. Existen varios elementos que se han considerado de importancia a la hora de determinar si se justifica o no ordenar una consolidación de patrimonios, tanto en la legislación que autoriza los mandamientos de consolidación como en la práctica de los tribunales que han impulsado su utilización. Corresponde en cada caso ponderar los distintos elementos; ninguno de ellos es de por sí necesariamente decisivo ni es preciso que se den todos ellos en un determinado caso. Los elementos son: la existencia de estados financieros consolidados del grupo; la utilización de una única cuenta bancaria para todas las empresas del grupo; la unidad de intereses y de propiedad entre las empresas del grupo; el grado de dificultad que suponga el disociar el activo y el pasivo correspondiente a cada empresa; los gastos generales, contables, de gestión y gastos afines que compartan las distintas empresas del grupo; la existencia de préstamos internos y de garantías recíprocas sobre los préstamos entre las empresas del grupo; el hecho de que se hayan traspasado bienes o de que los fondos hayan circulado de una empresa a otra por razones de conveniencia sin cumplir los requisitos formales del caso; la suficiencia del capital; la mezcla de bienes o de operaciones comerciales; el nombramiento de personal directivo o de gestión compartido y la celebración de reuniones combinadas de consejos de administración; la existencia de un establecimiento común; tratos fraudulentos con acreedores; la práctica de inducir a los acreedores a tratar el grupo de sociedades como entidad única, creando así confusión entre los acreedores al no saber con cuál de las empresas del grupo estaban tratando, y por lo demás difuminando los límites jurídicos de las empresas del grupo; y si la consolidación facilitaría una reorganización o si resguardaría los intereses de los acreedores.

11. Aunque los numerosos factores enumerados siguen siendo pertinentes, algunos tribunales han comenzado a centrar su análisis en dos factores en particular, a saber, si los acreedores trataban con el grupo como unidad económica única sin tener en cuenta la identidad jurídica propia de cada empresa del grupo al conceder crédito; y si los negocios de las empresas del grupo estaban tan entrelazados que la disociación del activo y pasivo de cada empresa requeriría una ingente cantidad de tiempo y dinero, y si la consolidación beneficiaría a todos los acreedores.

b) Intereses encontrados en el procedimiento de consolidación

12. Además de los intereses encontrados de los acreedores de las distintas empresas de un grupo de sociedades, en el contexto de la consolidación cabe tener en cuenta los intereses concurrentes de las demás partes, a saber, los de los acreedores y accionistas; los de los accionistas de las distintas empresas del grupo y, en particular, los de los accionistas de algunas de las empresas, que no los son de

otras; y los de los acreedores garantizados y privilegiados de las diversas empresas integrantes de un grupo cuyos patrimonios se hayan consolidado.

i) Propietarios y titulares de capital social

13. Muchos regímenes de la insolvencia prevén una regla general consistente en dar primacía a los derechos de los acreedores sobre los derechos de los propietarios y de los titulares de capital social, de modo que los créditos de estas dos últimas categorías quedan subordinados a todos los demás en el orden de prelación que rige la distribución de la masa de la insolvencia. En algunos casos, es posible que los propietarios y los titulares de capital social no lleguen a percibir suma alguna. En el contexto de un grupo de sociedades, es posible que los accionistas de algunas empresas integrantes del grupo cuyos activos sean superiores a sus pasivos reciban un pago, en tanto que los acreedores de empresas del grupo cuya situación patrimonial sea inversa tal vez no perciban ninguno. Si el criterio general de conceder prelación a los acreedores no garantizados sobre los accionistas se aplicara al grupo en su conjunto en caso de consolidación, podría ocurrir que todos los acreedores cobraran sus deudas antes de que los accionistas de cualquier empresa del grupo recibiera la fracción de la masa que les correspondiera en la distribución.

ii) Acreedores garantizados

14. Con respecto a los acreedores garantizados, sean internos o externos respecto del grupo, se plantea la cuestión de cómo deben regularse sus derechos en caso de consolidación. En la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia se analiza la posición de los acreedores garantizados en los procedimientos de insolvencia y se considera que, si bien como principio general habría que reconocer la eficacia y la prelación de una garantía real y habría que preservar el valor económico de los bienes gravados, un régimen de la insolvencia puede, aun así, modificar los derechos de los acreedores garantizados a fin de aplicar políticas comerciales y económicas, siempre que se prevean las salvaguardias pertinentes.

15. En caso de consolidación podrían plantearse, entre otras cuestiones, la de si una garantía real constituida sobre la totalidad o una parte de los bienes de una empresa de un grupo podría hacerse extensiva a los bienes de otra empresa del grupo cuando se dictara un mandamiento de consolidación, o si, por el contrario, esa garantía real debería abarcar únicamente el conjunto determinado de bienes que inicialmente se habían gravado; la cuestión de si los acreedores garantizados con una garantía insuficiente podrían exigir el pago de la deuda restante con cargo a los bienes mancomunados a título de acreedores no garantizados; y de si los acreedores garantizados internos (es decir, acreedores que fueran integrantes del mismo grupo de sociedades) deberían recibir un trato diferente del que se concede a los acreedores garantizados externos. A este respecto, podría ser útil proponer dos soluciones distintas: una para las garantías reales constituidas sobre bienes específicos y otra para las que gravan la totalidad de la mesa.

16. Una solución respecto de los acreedores garantizados externos podría consistir en excluirlos del procedimiento de consolidación de patrimonios, lo que equivaldría a formar una consolidación calificable de parcial. Los distintos acreedores garantizados que hubieran actuado confiando en la identidad jurídica propia de las diversas empresas del grupo, como en el caso de haber aceptado una garantía interna, podrían requerir atención especial. Cuando fuera preciso contar con

bienes gravados para llevar adelante una reorganización, cabría aplicar otra solución consistente, por ejemplo, en facultar al tribunal para que ajustara el mandamiento de consolidación previendo disposiciones concretas referentes a esos bienes, o en requerir el consentimiento del acreedor garantizado que se viera afectado. Conviene estudiar también las garantías reales de los acreedores internos. Un criterio posible sería anular esas garantías, con lo cual los acreedores quedarían con una garantía no garantizada; otro criterio posible consistiría en modificar el orden de prelación de las garantías reales internas o subordinarlas.

iii) Acreedores privilegiados

17. Se plantean cuestiones similares con respecto a la forma en que deben regularse los derechos de los acreedores privilegiados. En la práctica, éstos podrían verse beneficiados o perjudicados por la mancomunación de los bienes del grupo, de la misma manera que otros acreedores no garantizados. Cuando las prelación se asignen, como en el caso de las prestaciones sociales o los créditos fiscales, en función del principio de entidad única, habrá que determinar el régimen de prelación aplicable a los acreedores privilegiados en el seno del grupo, especialmente cuando sus componentes realicen operaciones entre sí. Por ejemplo, en un supuesto de consolidación, los intereses de los empleados de una empresa del grupo con un activo importante y un pasivo escaso se opondrían a los de los empleados de otra empresa del mismo grupo cuya situación patrimonial fuera la inversa. Si bien por lo general los acreedores privilegiados obtendrían un mejor resultado a expensas de los acreedores no garantizados sin prelación alguna, las distintas categorías de dichos acreedores privilegiados tal vez tuvieran que moderar las expectativas de ingresos derivadas de su posición prioritaria con respecto a los bienes de una entidad única.

c) Notificación de los acreedores

18. Ante la posible incidencia de la consolidación en los derechos de los acreedores, los acreedores que pudieran verse afectados por tal medida deberían tener el derecho a ser notificados de toda solicitud de consolidación, así a formular objeciones al respecto. Ahora bien, sería preciso sopesar, por un lado, los intereses de los diversos acreedores que hayan realizado operaciones con cualquier empresa de un grupo convencidos de que éstas tenían una identidad jurídica al margen del grupo y, por el otro, los beneficios que pudiera entrañar la consolidación. Un factor que cabría determinar es si la oposición de un solo acreedor a la consolidación bastaría para impedirla o si no sería óbice para ello. Podría preverse también la posibilidad, por ejemplo, de asignar a los acreedores disconformes, que se vieran notablemente más perjudicados que otros por la consolidación, un reembolso sustancialmente superior al que percibirían otros acreedores no garantizados, lo cual supondría apartarse del estricto principio de la distribución equitativa entre todos los acreedores. También cabría excluir a determinados grupos de acreedores con ciertos tipos de contratos, por ejemplo, los acuerdos que hayan celebrado con cualquier integrante del grupo claramente identificado, en calidad de partes independientes, con objeto de sufragar proyectos con derecho de recurso limitado.

d) Momento de la emisión del mandamiento e incorporación posterior a la consolidación de otras empresas integrantes de un grupo de sociedades

19. Otras cuestiones relativas a la consolidación que cabe examinar son el momento en que procede dictar tal mandamiento (si convendría que se hiciera únicamente en una fase inicial del procedimiento, o posteriormente, cuando resulte obvio que la consolidación incrementará el valor de la masa que se distribuirá entre los acreedores); y la posibilidad de incorporar a otra empresa del grupo a una consolidación ya ordenada. Si el mandamiento se dicta con el consentimiento de los acreedores, o si se da a éstos la oportunidad de formular objeciones al respecto, el ingreso de otra empresa del grupo en una fase posterior podría hacer variar el valor de los bienes que inicialmente se habían mancomunado con respecto a lo inicialmente convenido y notificado a los acreedores. En tal situación, es conveniente ofrecer a los acreedores de nuevo la oportunidad de aceptar o rechazar que la nueva empresa de que se trate se incorpore a la consolidación de patrimonios.

2. Recomendaciones

Consolidación de patrimonios o integración en masa única

16) El régimen de la insolvencia debería respetar la identidad jurídica propia de cada empresa perteneciente a un grupo de sociedades, salvo en los supuestos previstos en las recomendaciones 17 y 18.

17)¹ [22] El régimen de la insolvencia [podrá] [debería] especificar que el tribunal podrá ordenar la sustanciación conjunta de los procedimientos de insolvencia que se abran contra dos o más empresas integrantes de un grupo y la consolidación de los activos y pasivos de tales empresas como si constituyeran la masa única de una entidad independiente en los supuestos siguientes:

a) Cuando los bienes de las empresas del grupo sujetas a procedimientos de insolvencia estén tan entremezclados que resulte imposible diferenciar a cuál de ellas corresponde la propiedad de los distintos bienes; o

b) Cuando el [los] deudor[es] haya[n] creado diversas entidades con objeto de realizar una simulación o una actividad fraudulenta, o haya(n) creado estructuras ficticias sin finalidad comercial legítima, y la consolidación resulte un mecanismo apropiado para hacer frente a tales actividades fraudulentas o para eliminar las estructuras ficticias.

18) [22] El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal también podrá ordenar la consolidación de patrimonios o la integración en masa única en circunstancias procedentes en beneficio [general] de los acreedores cuando:

a) Los acreedores hayan tratado con las empresas de un grupo como entidad económica única y no hayan tenido en cuenta la identidad jurídica propia de cada una al concederles crédito; o

b) [...].

¹ En el documento A/CN.9/WP.76/Add.1 se han numerado incorrectamente las recomendaciones. La recomendación 21) debería haber llevado el número 22). El error se corrigió en el informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 32º período de sesiones (A/CN.9/622).

3. Notas explicativas de las recomendaciones

20. Se ha agregado el proyecto de recomendación 16) para poner de relieve un punto clave sobre la consolidación señalado por el Grupo de Trabajo en su 32º período de sesiones², a saber, que el régimen de la insolvencia debería respetar la identidad jurídica propia de cada empresa integrante de un grupo de sociedades. Por la forma en que está redactada, la recomendación 16) es de aplicación general y, si bien es de vital importancia en el marco de una consolidación, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de formular una recomendación general en la introducción al tema del tratamiento de los grupos de sociedades en situación de insolvencia. Tal vez desee determinar también si la recomendación debería remitir al régimen de la insolvencia en particular o a la legislación en general.

21. El proyecto de recomendación 17) (anteriormente [22] en el documento A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1) se ha revisado con objeto de subrayar que la consolidación sólo debería efectuarse por orden del tribunal en el número limitado de casos que se especifican en los apartados a) y b). Si bien el Grupo de Trabajo estimó en su 32º período de sesiones³ que beneficiar a todos los acreedores había de ser el factor clave que indujera a un tribunal a ordenar la consolidación, cabe subrayar que existen circunstancias en que puede estar justificada, independientemente de que sea ventajosa o no para los acreedores. Esas situaciones, enunciadas en el proyecto de recomendación 17), se dan cuando los bienes están entremezclados hasta tal punto que es imposible discernir a qué empresa pertenece cada bien y cuándo hay indicios de maniobras fraudulentas. En ambos casos, el criterio primordial que justificará la decisión de integrar los patrimonios en masa única no será si la consolidación favorecerá o no a los acreedores, pues se dispondrá de muy pocos recursos distintos para resolver situaciones de esa índole.

22. Por consiguiente, el criterio basado en el beneficio general de todos los acreedores se ha trasladado del proyecto de recomendación 17) a un nuevo proyecto de recomendación, el número 18), cuya finalidad es regular otros supuestos distintos de los que trata el proyecto de recomendación 17), donde el criterio determinante para ordenar la consolidación es si ésta redundará en beneficio de los acreedores. Se enuncia un supuesto a título de ejemplo, que figuraba antes en el apartado b) de la recomendación [22] del documento A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1. Incumbirá al tribunal determinar si hay pruebas de que un número suficiente de acreedores confió en que había una única entidad económica a fin de justificar que se dictara un mandamiento de consolidación. Es por ello que en el proyecto de recomendación no se han agregado elementos limitativos que pudieran crear incertidumbre en la interpretación. No obstante, en todo comentario que se agregara al proyecto de recomendación podría precisarse que, habida cuenta de que como la consolidación sólo debería ordenarse en un número limitado de circunstancias, habría de cumplirse el requisito del número considerable de acreedores o de una mayoría de ellos para poder dictarse una consolidación. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si existen otras circunstancias en que el tribunal pudiera ejercer su facultad de ordenar una consolidación en virtud de la recomendación 18).

² A/CN.9/622, párr. 67.

³ A/CN.9/622, párr. 71.

4. Otras cuestiones relativas a la consolidación de patrimonios

23. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar varias otras cuestiones relativas a la consolidación de patrimonios, algunas de las cuales ya se trataron en el documento A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1, a saber:

a) En los párrafos 31 a 35 se aborda la forma en que habrán de regularse los intereses concurrentes en caso de consolidación, incluso los de los propietarios y de los titulares de capital social, los de los acreedores garantizados y los de los acreedores privilegiados. En el párrafo 34 se plantea la posibilidad de ordenar una consolidación parcial y de excluir determinadas garantías reales o bienes del conjunto de patrimonios consolidados;

b) En el párrafo 37 del mismo documento se plantea el problema de la notificación de una solicitud de consolidación y el de quién debería enviarse dicha notificación. Se analiza asimismo la forma de regular la oposición de los acreedores a la consolidación; y

c) En el párrafo 38 se aborda el momento en que procedería dictar un mandamiento y la eventual incorporación de otras empresas integrantes del mismo grupo de sociedades a un procedimiento de consolidación en curso. El Grupo de Trabajo tal vez desee determinar si cabría dictar el mandamiento en un momento previo a determinado acto, por ejemplo, la distribución del producto en un procedimiento de liquidación, la aprobación de un plan de reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha, o si, por el contrario, si no haría falta fijar tal límite. En un procedimiento de reorganización, por ejemplo, el plan correspondiente podría contener disposiciones sobre la consolidación que los acreedores aprobarían o rechazarían en el marco del proceso de aprobación del plan.

24. Otras cuestiones que cabría examinar serían:

a) Las partes que podrán pedir que se ordene la consolidación, por ejemplo, el representante de la insolvencia, el tribunal, por iniciativa propia, o un acreedor; y

b) Los efectos de la consolidación en el cálculo del período de sospecha para determinar si corresponde iniciar un procedimiento de anulación. La recomendación 89 de la Guía Legislativa dispone que el período de sospecha podrá calcularse retroactivamente a partir de una fecha especificada, que podrá ser la de la solicitud de un procedimiento de insolvencia o la de la apertura de dicho procedimiento. El Grupo de Trabajo tal vez desee determinar si convendría fijar una única fecha a partir de la cual se calculara el período de sospecha aplicable a todas las entidades cuyos patrimonios se hubieran consolidado, teniendo presente las consecuencias que una única fecha podría tener en los terceros y en las partes confiaran.

D. Participantes

1. Nombramiento de un representante de la insolvencia

(Remisiones a documentos anteriores de la CNUDMI: A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1, párrs. 14 y 15; A/CN.9/618, párrs. 25 y 26; A/CN.9/WG.V/WP.76, párrs. 33 a 37; A/CN.9/622, párrs. 32 a 35)

a) Observaciones generales

25. La coordinación procesal de las diversas masas de las empresas integrantes de un grupo de sociedades sujetas a procedimientos de insolvencia se vería facilitada por el nombramiento de un único representante de la insolvencia. Con ello se aseguraría la coordinación de la administración de las diversas empresas del grupo, se reducirían los gastos ocasionados por los procedimientos y se facilitaría la compilación de información sobre el grupo de sociedades en su conjunto.

26. Si bien en muchos regímenes de la insolvencia no se aborda esta cuestión, en algunos países el nombramiento de un único representante de la insolvencia en el contexto de un grupo de sociedades es una práctica arraigada. Esta práctica se ha impuesto también hasta cierto punto en algunos casos de insolvencia transfronteriza.

27. Cuando se nombra un único representante para administrar la insolvencia de un grupo compuesto de múltiples deudores con relaciones financieras y comerciales complejas y de diversos grupos de acreedores podrían llegar a plantearse situaciones conflictivas, por ejemplo, las originadas por las garantías recíprocas, las deudas entre empresas del mismo grupo o todo comportamiento doloso de una empresa del grupo que afectara a otra. Para prevenir todo riesgo de conflicto, cabría exigir que el representante de la insolvencia se comprometiera a recabar instrucciones del tribunal en caso de surgir un conflicto, o que estuviera obligado a hacerlo conforme a alguna regla seguida en la práctica o a alguna disposición legislativa. Además, el régimen de la insolvencia podría prever el nombramiento de otro u otros representantes para administrar la insolvencia de las entidades entre las que hubiera surgido un conflicto. La exigencia de revelar todo conflicto de intereses, dispuesta en las recomendaciones 116 y 117 de la Guía Legislativa, puede ser pertinente en situaciones de conflicto que se planteen en el contexto de un grupo de sociedades.

28. De ser imposible nombrar un único representante de la insolvencia, o si es preciso nombrar varios representantes a causa de un conflicto manifiesto, el régimen de la insolvencia podría fijar otras obligaciones, además de las que se imponen a los representantes en la Guía Legislativa (recomendaciones 111, 116, 117 y 120) para facilitar la coordinación de los distintos procedimientos. Entre esas obligaciones podrían figurar el intercambio y la revelación de información; la aprobación o aplicación de acuerdos en virtud de los cuales se hayan establecido las facultades que ejercerá y las responsabilidades que asumirá cada representante de la insolvencia; la cooperación en la utilización y enajenación de los bienes; la propuesta y negociación de planes de reorganización coordinados (salvo que fuera posible elaborar un único plan para todo el grupo, como se examina más adelante); la coordinación del ejercicio de los poderes de anulación; la obtención de financiación posterior a la apertura; la coordinación de la presentación y la aceptación de reclamaciones y la distribución de la masa entre los acreedores.

29. El régimen de la insolvencia podría regular asimismo la resolución rápida de los conflictos entre los representantes de la insolvencia que se hayan designado. Cabría analizar si, en el contexto de un grupo de sociedades en que se nombran distintos representantes para administrar la insolvencia de la sociedad matriz y de distintas filiales, el representante que administre una sociedad matriz debería asumir, además, alguna función de coordinación de la labor de los demás representantes de la insolvencia o si debería estar dotado de poderes suplementarios para dirimir eventuales controversias o conflictos.

b) Recomendaciones

Nombramiento de un único representante de la insolvencia

19) [9] El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando un tribunal ordene la coordinación procesal de los procedimientos de insolvencia incoados contra dos o más empresas integrantes de un grupo de sociedades, podrá nombrarse, de acuerdo con las recomendaciones 115 a 125 de la Guía Legislativa, un único representante de la insolvencia para que lleve adelante la coordinación procesal.

Conflicto de intereses

20) [10] El régimen de la insolvencia debería prever medidas para dirimir todo conflicto de intereses que pudiera surgir en relación con la administración de las masas de dos o más empresas integrantes de un grupo de sociedades durante una coordinación procesal en la que en un principio se haya designado un solo representante de la insolvencia. Entre esas medidas cabría prever el nombramiento de otro representante o de varios.

c) Notas explicativas de las recomendaciones

30. Al revisarse el proyecto de recomendación 19) (anteriormente [9] en el documento A/CN.9/WG.V/WP.76) se ha incorporado una remisión a las disposiciones de la Guía Legislativa que regulan el nombramiento del representante de la insolvencia, pues esas recomendaciones serán igualmente aplicables cuando se trate de procedimientos de insolvencia abiertos contra empresas integrantes de un grupo de sociedades.

31. El proyecto de recomendación 20) (anteriormente [10] en el documento A/CN.9/WG.V/WP.76) se ha revisado de acuerdo con la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 32º período de sesiones⁴ de que se incluyera la posibilidad de nombrar más de un representante de la insolvencia cuando se plantearan conflictos de intereses al administrar las masas pertenecientes a dos o más empresas integrantes de un grupo de sociedades.

2. Coordinación de procedimientos múltiples contra empresas integrantes de un grupo de sociedades

(Remisiones a documentos anteriores de la CNUDMI: A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1, párr. 14; A/CN.9/WG.V/WP.76, párr. 36; A/CN.9/622, párr. 35)

⁴ A/CN.9/622, párr. 34.

a) Recomendaciones

Cooperación entre dos o más representantes de la insolvencia en el contexto de un grupo de sociedades

21) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando se abran procedimientos de insolvencia contra dos o más empresas de un grupo de sociedades, los representantes de la insolvencia nombrados para tramitarlos deberían cooperar al máximo nivel posible a fin de facilitar la coordinación de la administración de los procedimientos.

Cooperación entre dos o más representantes de la insolvencia durante la coordinación procesal

22) [11] El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando se nombre más de un representante para administrar procedimientos de insolvencia sujetos a coordinación procesal, los representantes de la insolvencia deberían cooperar al máximo nivel posible a fin de facilitar la coordinación de la administración de los procedimientos.

Formas de cooperación

23) El régimen de la insolvencia debería especificar que el máximo nivel de cooperación posible podría lograrse mediante cualquier medio apropiado, como:

a) El intercambio y revelación de información, conforme a lo que se prevea en la ley aplicable;

b) La aprobación o la aplicación de los acuerdos en virtud de los cuales se hayan establecido las facultades que ejercerá y las responsabilidades que asumirá cada representante de la insolvencia;

c) La coordinación a la hora de proponer y negociar planes de reorganización; y

d) La coordinación en materia de administración y supervisión de los negocios de los deudores y de la supervivencia de sus empresas, lo que abarca aspectos como la obtención de financiación posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia; la preservación del valor de los bienes del deudor; la utilización y enajenación de los bienes; el ejercicio de los poderes de anulación; la presentación y admisión de reclamaciones y la distribución de la masa entre los acreedores.

b) Notas explicativas de las recomendaciones

Cooperación entre dos o más representantes de la insolvencia en el contexto de un grupo de sociedades

32. En el proyecto de recomendación 21) se enuncia un principio general consistente en que los representantes de la insolvencia nombrados para administrar diversos procedimientos incoados contra dos o más empresas integrantes de un grupo de sociedades deberían cooperar para facilitar la coordinación de los procedimientos, aun cuando no se haya dictado un mandamiento de coordinación procesal. Tal cooperación no sólo redundaría en una mayor eficacia en los diversos procedimientos y en la reducción de las costas y demás gastos, sino que constituiría

la solución óptima para las empresas insolventes del grupo y otras partes interesadas.

Cooperación entre dos o más representantes de la insolvencia durante la coordinación procesal

33. En el proyecto de recomendación 22) (anteriormente [11] en el documento A/CN.9/WG.V/WP.76) se enuncia el mismo principio que en el proyecto de recomendación 21), pero en el marco de una coordinación procesal.

Formas de cooperación

34. En el proyecto de recomendación 23) se recoge la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 32º período de sesiones de que se agregaran a los proyecto de recomendación ejemplos a los ya dados en el párrafo 36 del documento A/CN.9/WG.V/WP.76 sobre la forma en que podría lograrse el máximo nivel de cooperación⁵. Esos ejemplos se inspiran en el artículo 27 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. La inclusión en el apartado a) de la frase “conforme a lo que se prevea en la ley aplicable” tiene por objeto abarcar las legislaciones que autorizan determinados actos siempre que se hayan especificado, así como los regímenes que autorizan toda acción que no se prohíba expresamente.

3. Acreedores

35. El párrafo 49 del documento A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1 se refiere a varias cuestiones relativas al tratamiento de los acreedores que el Grupo de Trabajo aún no ha examinado. A continuación se transcriben los apartados correspondientes en que se enuncian tales cuestiones para facilitar la lectura del documento.

a) Consideraciones particulares que serían aplicables a la participación de los acreedores en procedimientos de insolvencia en el contexto de un grupo de sociedades cuando el acreedor fuera una empresa del mismo grupo al que perteneciera la entidad sujeta a un procedimiento de insolvencia;

b) La posibilidad de establecer un único comité de acreedores para cada empresa de un grupo o para cada categoría de acreedores dentro del grupo;

c) Con respecto a la representación de los acreedores, consideraciones especiales que fueran de interés para la aplicación de las recomendaciones 126 a 136 de la Guía Legislativa, que regulan la participación de los acreedores. Cabría considerar que, a efectos de la recomendación 131 de la Guía Legislativa, las empresas de un grupo que fueran acreedoras de otras entidades del mismo grupo eran partes allegadas y, como tales, estarían inhabilitadas para participar en comités de acreedores (véase el tema de la anulación de contratos entre partes allegadas en A/CN.9/WG.V/WP.78, párrs. 44 y 45); y

d) La aplicación a una empresa integrante de un grupo de sociedades de las recomendaciones 137 y 138 de la Guía Legislativa, por las que se otorga a las partes interesadas el derecho a ser oídas y a apelar. El concepto de “parte interesada” abarca, según la Guía Legislativa, a una empresa de un grupo en diversas calidades:

⁵ A/CN.9/622, párr. 35.

como uno de los deudores en un procedimiento conjunto, como acreedor, como titular de capital social, o meramente como empresa integrante del mismo grupo.

E. Reorganización

(Remisiones a documentos anteriores de la CNUDMI: A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1, párrs. 21 a 23; A/CN.9/618, párr. 35; A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1, párrs. 40 a 45; A/CN.9/622, párrs. 74 y 75)

1. Observaciones generales

36. Cuando se abren procedimientos de reorganización contra dos o más empresas de un grupo, con independencia de que se ordene o no su coordinación procesal, cabe plantearse si la reorganización de las empresas deudoras podrá efectuarse con arreglo a un único plan que posibilite disminuir los gastos que la sustanciación separada de cada procedimiento ocasionaría, resolver de forma coordinada las dificultades financieras del grupo, y obtener el máximo valor en beneficio de los acreedores. En varios regímenes de la insolvencia se permite la negociación de un único plan de reorganización. En algunos regímenes ese criterio se aplica sólo cuando hay coordinación procesal de los procedimientos y se consolidan las masas. Cuando esta posibilidad tampoco está permitida, en general sólo sería posible un único plan de reorganización si los procedimientos se coordinaran en la práctica por voluntad de las partes.

37. Si el régimen de la insolvencia permitiera la elaboración y aprobación de un único plan de reorganización, sería preciso estudiar si procede aplicar a un grupo de sociedades una serie de disposiciones de la Guía Legislativa que regulan la reorganización de un único deudor. Vendrían al caso las relativas a: las partes habilitadas para proponer el plan o para participar en la propuesta; la naturaleza y el contenido del plan; las salvaguardias previstas en el plan; la convocatoria y celebración de juntas de acreedores para examinar el plan; la clasificación de los créditos y de las categorías de acreedores; la votación de los acreedores y la aprobación de un plan; objeciones a la aprobación del plan (o a su confirmación, cuando sea requerida); y la ejecución de un plan.

38. Al elaborar un único plan de reorganización habrán de tenerse en cuenta los diversos intereses de las distintas categorías de acreedores, incluida la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, quepa asignar a los acreedores de distintas empresas del grupo diferentes tasas de reembolso de sus créditos. En cuanto a la aprobación del plan en sí, también convendría conciliar de forma equitativa los derechos de las diversas categorías de acreedores, especificando incluso las mayorías requeridas para aprobarlo en cada una de ellas, tanto entre los acreedores de una única empresa como entre los acreedores de distintas empresas del grupo. A fin de calcular las mayorías exigibles en las votaciones realizadas en el contexto de un grupo de sociedades, tal vez haya que determinar la forma en que se contarán, a efectos de votación, los acreedores que tengan los mismos créditos frente a distintas empresas de un grupo, cuando los grados de prelación de los créditos difieran. Tal vez convenga analizar también si el rechazo de un plan por los acreedores de una o varias empresas de un grupo imposibilitaría la aprobación del plan y las consecuencias que tendría tal rechazo. La cuestión podría encuadrarse en las disposiciones que rigen la aprobación de un plan de reorganización para un

único deudor. Otra posibilidad sería fijar distintas mayorías que especialmente concebidas para facilitar la aprobación de un plan en el contexto de un grupo de sociedades. Cabría también prever salvaguardias análogas a las que figuran en la recomendación 152 de la Guía Legislativa y agregar una condición en virtud de la cual la distribución de la masa entre los acreedores de las distintas empresas del grupo que se realizara en virtud del plan debiera ser equitativa.

39. Un régimen de la insolvencia podría también prever disposiciones para regular el supuesto de que no se apruebe el plan de reorganización propuesto, conforme a la recomendación 158. Un régimen prevé, por ejemplo, que la imposibilidad de aprobar el plan propuesto será la liquidación de todas las empresas insolventes del grupo. Cuando las empresas solventes hayan accedido a quedar incluidas en el plan, podrán requerirse alguna disposición especial para prevenir que la liquidación reporte ventajas indebidas.

2. Recomendaciones

Plan de reorganización

24) [23 y 24] A reserva de lo dispuesto en las recomendaciones 139 a 159 de la Guía Legislativa, el régimen de la insolvencia [podrá][debería]:

a) Permitir la aprobación de un [único] plan de reorganización [conjunto] para dos o más empresas integrantes de un grupo de sociedades que estén sujetas a procedimientos de insolvencia; y

b) Permitir la inclusión en un plan de reorganización, propuesto para dos o más empresas de un grupo sujetas a procedimientos de insolvencia, de cualquier otra empresa del grupo que no sea objeto de tal procedimiento, previo consentimiento de ésta. Lo dispuesto en el presente apartado no menoscaba los derechos que tengan los accionistas y los acreedores de esa otra empresa con arreglo al derecho de sociedades aplicable.

3. Notas explicativas de las recomendaciones

40. La recomendación 24) (anteriormente [23] y [24] en el documento A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1) se han revisado teniendo en cuenta las observaciones formuladas por el Grupo de Trabajo en su anterior período de sesiones⁶, en particular que cabría incluir a una empresa solvente de un grupo, con su anuencia, en un plan de reorganización, siempre y cuando los accionistas y acreedores de esa empresa solvente dieran su consentimiento conforme al derecho de sociedades aplicable. Se ha hecho referencia asimismo a las recomendaciones de la Guía Legislativa relativas a la propuesta, al contenido y a la aprobación de un plan de reorganización y a los mecanismos de votación sobre el plan. Con ello se pretende subrayar que las consideraciones formuladas en esas recomendaciones, como la de que en el proyecto de plan deberían reconocerse los intereses y derechos de los diversos acreedores, serían también aplicables a los planes de reorganización en el contexto de un grupo de sociedades. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si, en ese contexto, habría que enunciar esas consideraciones de forma más explícita, en particular si se tiene presente que los acreedores afectados podrán ser distintas categorías de acreedores de un único deudor, así como acreedores de distintas

⁶ A/CN.9/622, párrs. 74 y 75.

empresas del grupo, y no serían simplemente diferentes categorías de acreedores de un único deudor, y también que es posible interponer una demanda sobre el mismo crédito frente a varias empresas del grupo.

41. El apartado b) permite incluir en un plan de reorganización a una empresa solvente del grupo, siempre que se cumplan los requisitos legales aplicables a tal participación, entre los que podría figurar el de que los accionistas y acreedores de esa empresa hayan dado su consentimiento al respecto. La referencia a otra “empresa” del grupo denota únicamente las empresas que puedan quedar sujetas a procedimientos de insolvencia con arreglo al régimen de la insolvencia (véase la definición de “empresa (integrante) de un grupo de sociedades” en el documento A/CN.9/WG.V/WP/78). No obstante, tal vez sea conveniente disponer que en un plan de reorganización pueda incluirse a entidades de otra índole que formen parte del grupo sin estar sujetas al régimen de la insolvencia. En la práctica, quizá se requiera, por ejemplo, que en el plan se clasifique a esas otras entidades en una categoría aparte, se explique la relación que tienen con el [los] deudor[es] y el trato que vayan a recibir conforme al plan, y de acuerdo con las recomendaciones 143 y 144 de la Guía Legislativa.

4. Otras cuestiones relativas al procedimiento de reorganización

42. En el párrafo 48 del documento A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1 se señala que el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar otras cuestiones que se plantean en el contexto de una reorganización, a saber:

a) El contenido de un plan de reorganización y la nota informativa que debe acompañarlo. El Grupo de Trabajo tal vez desee determinar si, en el contexto de un grupo de sociedades (véase, por ejemplo, el párrafo 41 *supra*), habría que exigir información suplementaria, y no solo la que se especifica en las recomendaciones 143 y 144;

b) Trato equitativo de los acreedores. En el apartado d) de la recomendación 1 de la Guía Legislativa se dispone que en todo régimen de la insolvencia habrá de tratarse de manera equitativa a los acreedores que se encuentren en circunstancias similares, y en la recomendación 149 se establece que, en un plan de reorganización, habrá que otorgar el mismo trato a todos los acreedores y titulares de capital social pertenecientes a una misma categoría. En el caso de un único deudor, esas recomendaciones se aplican claramente a los miembros de cada categoría de acreedores. Ahora bien, en el contexto de un grupo de sociedades tal vez sea preciso hacer extensiva la igualdad de trato también a los acreedores de las diversas empresas integrantes de un grupo de sociedades que se vean afectadas por el plan. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si, por ejemplo, hay circunstancias en que procedería prever tasas de distribución de la masa variables para los acreedores de distintas empresas de un grupo de sociedades, sin que ello diera pie a que se impugne el plan invocando algunas de las condiciones previstas en las recomendaciones 152 y 153 de la Guía Legislativa;

c) El proceso de aprobación del plan y la compaginación de los intereses de los acreedores de diversas empresas de un grupo incluidas en dicho plan, en particular la determinación de las mayorías requeridas a la hora de votar sobre su aprobación. El Grupo de Trabajo tal vez desee analizar si esas mayorías deberían ser las mismas que para la aprobación de un plan de reorganización destinado a un

único deudor, o si cabría establecer diferentes mayorías especialmente concebidas para facilitar la aprobación de un plan en el contexto de un grupo de sociedades;

d) Régimen aplicable en materia de votación a los acreedores que son partes allegadas. Las recomendaciones 127 y 145 a 149 de la Guía Legislativa se refieren a los mecanismos de votación que han de seguirse para aprobar un plan; la recomendación 184 regula el trato de los créditos reclamados por personas allegadas. Cuando en un régimen de la insolvencia se limite o no se reconozca el derecho de voto de los acreedores que sean partes allegadas a la hora de aprobar un plan, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar los efectos que tales disposiciones tendrían o deberían tener en el contexto de un grupo de sociedades en que las partes allegadas fueran empresas del mismo grupo. En algunos grupos, por ejemplo, en los que los acreedores internos sobrepasan en número a los acreedores externos, tal régimen podría disminuir considerablemente el número de acreedores habilitados para votar;

e) Salvaguardias de protección de los acreedores minoritarios. En las recomendaciones 152 y 153 de la Guía Legislativa se establecen las condiciones que han de reunirse a fin de que un tribunal confirme un plan o, cuando no se requiera confirmación, los criterios para evaluar toda impugnación de la aprobación de un plan. Las condiciones requeridas en cada caso se enuncian en los apartados a) a e) de la recomendación 152. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si tales condiciones son adecuadas para proteger a los acreedores minoritarios en el contexto de un grupo de sociedades; y

f) Imposibilidad de ejecutar el plan. En las recomendaciones 158 y 159 de la Guía Legislativa se enumeran los motivos que podrían justificar que un procedimiento de reorganización pasara a ser de liquidación y las consecuencias que tendría el hecho de no poder ejecutar un plan. El Grupo de Trabajo tal vez desee determinar si esas recomendaciones son suficientes o adecuadas en el contexto de un grupo de sociedades o si procede agregar alguna otra consecuencia que pudiera tener la inejecutabilidad de un plan cuando se incluyeran en él dos o más empresas de un mismo grupo.