



Asamblea General

Distr. limitada
4 de septiembre de 2008
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
35º período de sesiones
Viena, 17 a 21 de noviembre de 2008

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia

Tercera parte: tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
V. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia	1-44	2
A. Protección y conservación de la masa de la insolvencia	2-9	2
B. Utilización y enajenación de bienes	10-12	3
C. Financiación posterior a la apertura	13-29	4
1. Otorgamiento de financiación posterior a la apertura por parte de un miembro solvente del grupo	16-19	5
2. Financiación concedida tras la apertura por una empresa insolvente del grupo	20-29	6
D. Procedimiento de impugnación	30-35	11
E. Subordinación	36-44	15
1. Créditos de personas allegadas	37-41	15
2. Trato dado al capital social	42-44	16



V. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia

1. En la *Guía Legislativa* se analizan en detalle los modos en que la apertura de procedimientos de insolvencia afectan al deudor y a sus bienes (véase la segunda parte, cap. I). En general, esos efectos se producirían igualmente al abrirse procedimientos de insolvencia contra dos o más empresas integrantes de un grupo. A continuación se examinan algunos de los efectos que pueden ser distintos en el contexto de un grupo de empresas, concretamente en lo relativo a la protección y conservación de los patrimonios de la insolvencia de las empresas del grupo: la financiación posterior a la apertura; la anulación; la subordinación; y las soluciones o remedios, como las órdenes de consolidación patrimonial.

A. Protección y conservación de la masa de la insolvencia

2. En la *Guía Legislativa* se observa (véase la segunda parte, cap. II, párr. 26) que muchos regímenes de la insolvencia han previsto un mecanismo para proteger el valor de la masa de la insolvencia que no sólo impide que los acreedores puedan interponer demandas para obtener la ejecución de sus derechos mediante vías legales durante una parte o la totalidad del procedimiento de insolvencia, sino que también paraliza las acciones que ya se hayan entablado contra el deudor. Las disposiciones de la *Guía Legislativa* referentes a la aplicación de ese mecanismo, denominado “paralización”, serían generalmente aplicables en el caso de procedimientos de insolvencia abiertos contra dos o más empresas de un grupo de sociedades (véanse las recomendaciones 39 a 51).

3. Una cuestión que podría plantearse en el contexto de la insolvencia de grupos de empresas, pero no en el caso de deudores no vinculados entre sí, es la de la posibilidad de hacer extensiva la paralización a una empresa del grupo que no esté sujeta al procedimiento de insolvencia (cuando el régimen de la insolvencia permita que una empresa solvente del grupo quede incluida en el procedimiento, esta cuestión no se planteará). Tal cuestión puede revestir especial importancia para los grupos de empresas a causa de los vínculos existentes entre los negocios de un grupo. Por ejemplo, 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 otra, 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.

4. Esta extensión del alcance de la paralización podría solicitarse en determinadas situaciones, por ejemplo, para proteger una garantía interna del grupo que se basara en los bienes de la empresa solvente del grupo que diera la garantía; para impedir que un prestamista hiciera ejecutar un acuerdo contra una empresa solvente del grupo, cuando la ejecución del acuerdo pudiera afectar a la responsabilidad de una empresa contra la que se hubiera presentado una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia; y para impedir que se ejecutara una

garantía real sobre los bienes de una entidad solvente que fueran vitales para la actividad mercantil del grupo, inclusive para la de las empresas del grupo contra las que se hubiera presentado una solicitud de apertura de un procedimiento. Esta extensión del alcance de la paralización podría afectar a los negocios de la empresa solvente y a los intereses de sus acreedores, según la naturaleza de la empresa solvente y la función que desempeñara en la estructura del grupo. Por ejemplo, las actividades cotidianas de una empresa comercial del grupo podrían verse más perjudicadas que las de una filial establecida para tener en su posesión determinados bienes o para cumplir determinadas obligaciones.

5. En algunos ordenamientos jurídicos, tal vez no resulte posible dictar medidas compensatorias o cautelares relacionadas con la insolvencia contra una empresa solvente de un grupo (que no esté incluida en el procedimiento de insolvencia), pues podrían entrar en conflicto, por ejemplo, con la protección de los derechos de propiedad o plantear problemas sobre derechos constitucionales. No obstante, podría obtenerse el mismo resultado si un tribunal pudiera dictar medidas cautelares paralelamente a la apertura de un procedimiento de insolvencia entablado contra otras empresas de ese grupo en determinados casos, como por ejemplo cuando existiera una garantía interna entre las empresas del grupo. El tribunal puede dictar las medidas a su discreción supeditándolas a las condiciones que el propio tribunal estime apropiadas.

6. Esas medidas podrían quedar abarcadas por la recomendación 48 de la *Guía Legislativa*, que dispone que el tribunal podrá conceder otras limitaciones, además de las que sean aplicables automáticamente al abrirse el procedimiento de insolvencia (como la que se enuncia en la recomendación 46). Tal como se señala en la nota de pie de página correspondiente a la recomendación 48, las medidas suplementarias otorgables dependerán de los tipos de medidas previstas en cada ordenamiento jurídico, así como de las medidas que resulten más adecuadas en un determinado procedimiento de insolvencia.

7. También cabría dictar medidas cautelares. 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 el de la apertura en sí”.

8. En las disposiciones pertinentes de la *Guía Legislativa* se regula la protección de los intereses de los acreedores, tanto garantizados como ordinarios, de la empresa solvente del grupo; por ejemplo, en la recomendación 51 se abordan específicamente la cuestión de la protección de los acreedores garantizados y los motivos para la exención de la paralización aplicable en el momento de la apertura, que podría hacerse extensiva a los acreedores garantizados de la empresa solvente del grupo. Otros motivos para conceder la exención de la paralización podrían ser el estado financiero de la empresa solvente y el efecto continuo que tendría la paralización en sus operaciones cotidianas y, potencialmente, en su solvencia.

9. Cuando un acreedor garantizado sea al mismo tiempo otra empresa del mismo grupo, podría requerirse un enfoque diferente de la protección, especialmente cuando el régimen de la insolvencia permita la consolidación o la subordinación de los créditos de personas allegadas (véase más abajo).

B. Utilización y enajenación de bienes

10. En la *Guía Legislativa* (véase la segunda parte, cap. II, párr. 74) se observa que aun cuando, como principio general, es conveniente que el régimen de la insolvencia no menoscabe indebidamente el derecho de propiedad de terceros ni los intereses de los acreedores garantizados, en los procedimientos de insolvencia será a menudo necesario seguir usando los bienes de la masa de la insolvencia y los bienes en posesión del deudor utilizados en su empresa, o poder disponer de ellos (incluso gravándolos) para cumplir con el objetivo de cada procedimiento.

11. Cuando el procedimiento de insolvencia afecte a dos o más empresas de un grupo, pueden plantearse problemas en el uso de los bienes que sean propiedad de una empresa solvente del mismo grupo para apoyar las operaciones en curso de las empresas insolventes en espera de que se resuelva el procedimiento entablado contra éstas. Cuando esos bienes estén en posesión de una de las empresas insolventes del grupo, la recomendación 54 de la *Guía Legislativa*, que regula la utilización de bienes que sean propiedad de terceros y estén en posesión del deudor, puede resultar suficiente.

12. Cuando esos bienes no estén en posesión de ninguna de las empresas insolventes del grupo, en general no se aplicará la recomendación 54. Sin embargo, puede haber circunstancias en que la empresa solvente del grupo quede incluida en el procedimiento de insolvencia y que las disposiciones de un plan de reorganización de un grupo abarquen los bienes. Cuando la empresa solvente del grupo no esté incluida en el procedimiento, se planteará la cuestión de si esos bienes podrán utilizarse para apoyar a las empresas insolventes del grupo y, en caso afirmativo, a qué condiciones estaría sujeta dicha utilización. El uso de esos bienes podría suscitar impugnaciones con fines de anulación, en particular cuando la empresa que prestara apoyo cayera posteriormente en la insolvencia, y además tal utilización preocuparía a los acreedores de la empresa solvente.

C. Financiación posterior a la apertura

13. En la *Guía Legislativa* se reconoce que el hecho de que la empresa del deudor siga funcionando después de la apertura del procedimiento de insolvencia es fundamental para la reorganización, y también es importante en caso de liquidación cuando la empresa vaya a venderse como negocio en marcha. Para que la empresa pueda seguir funcionando, el deudor debe tener acceso a una financiación que le permita seguir sufragando el pago de los bienes y servicios esenciales, como los costos de personal, los seguros, los alquileres, el mantenimiento de contratos y otros gastos de explotación, así como los costos que entrañe la conservación del valor de los bienes. En la *Guía* se puntualiza, sin embargo, que en varios ordenamientos se restringe la aportación de nuevos fondos en la insolvencia o no se regula expresamente la obtención de financiación suplementaria ni la prelación para su reembolso. Entre los ordenamientos que sí regulan la financiación posterior a la

apertura muy pocos o ninguno de ellos abordan en concreto la cuestión en el contexto de los grupos de empresas.

14. Las recomendaciones 63 a 68 de la *Guía Legislativa* tienen por objeto promover la obtención de crédito para mantener en marcha la empresa del deudor, o asegurar su supervivencia, garantizar la debida protección de los proveedores de fondos después de la apertura, y velar por la debida protección de las partes cuyos derechos puedan verse afectados por la aportación de fondos tras la apertura del procedimiento.

15. La financiación posterior a la apertura puede revestir, en el contexto de un grupo de empresas, una importancia aun mayor que en el contexto de los procedimientos que afectan a una única empresa. Si no hay circulación de fondos, serán muy escasas las perspectivas de reorganización de un grupo insolvente de empresas; también serán escasas las posibilidades de vender la totalidad o varias partes del grupo como negocio en marcha, y el fracaso de tal intento puede tener consecuencias económicas de mucha mayor envergadura que en el caso de un único deudor, especialmente si se trata de grandes grupos de empresas. Por consiguiente, los motivos para promover la oferta de financiación tras la apertura en el contexto de un grupo de empresas son similares a los que justifican el otorgamiento de tal financiación a un único deudor, aunque es probable que, tratándose de un grupo de empresas, se plantee toda una serie de problemas distintos, por ejemplo, la compaginación de los intereses de cada empresa de un grupo con los requisitos para la reorganización de todo el grupo; la concesión, por parte de empresas solventes del grupo, de financiación, especialmente en los casos en que puedan plantearse cuestiones de control, como cuando esa empresa solvente esté controlada por la empresa matriz, insolvente, del grupo; el tratamiento de las operaciones concertadas principalmente entre personas allegadas (véase el glosario, párrafo jj)); la concesión de fondos por parte de empresas del grupo que estén sujetas a un procedimiento de insolvencia; la posibilidad de que surjan conflictos de interés entre las necesidades de los distintos deudores respecto de la financiación en el caso de haberse nombrado un único representante de la insolvencia para varias empresas del grupo; y la conveniencia de que, en el curso del procedimiento de insolvencia, se mantenga la estructura financiera del grupo previa a la declaración de insolvencia, particularmente si esa estructura entraña la pignoración de todos los bienes del grupo para obtener financiación canalizada por alguna entidad central del grupo encargada de funciones de tesorería.

1. Otorgamiento de financiación posterior a la apertura por parte de un miembro solvente del grupo

16. Como ya se ha señalado, una de las cuestiones que se plantean respecto de la financiación tras la apertura en el contexto de un grupo de empresas es la de si pueden utilizarse los bienes de una empresa solvente del grupo, por ejemplo constituyendo una garantía real u otro tipo de garantía, para obtener financiación de una fuente externa destinada a una empresa insolvente o para financiar directamente a la empresa insolvente del grupo y, en caso afirmativo, la cuestión de las consecuencias que ello tendría para las recomendaciones de la *Guía Legislativa* referentes a la prelación y a las garantías. 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. 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 otra índole.

17. Ahora bien, la utilización de los bienes de una empresa solvente de un grupo para obtener financiación destinada a una empresa insolvente puede plantear varios problemas, concretamente cuando sea probable que esa empresa solvente del grupo caiga en la insolvencia o cuando esto llegue a producirse. Si bien la empresa solvente proporcionaría los fondos por iniciativa propia, en un contexto comercial, conforme al derecho de sociedades y no en virtud del régimen de la insolvencia, las consecuencias de esa aportación de fondos pueden estar reguladas por el régimen de la insolvencia. Por ejemplo, puede plantearse la cuestión de si una filial solvente de un grupo de empresas tendría derecho a la prelación prevista en la recomendación 64 de la *Guía Legislativa* si diera financiación a una empresa insolvente del grupo; si el crédito dimanante de tal operación quedaría sujeto a un trato especial por haber tenido lugar entre partes allegadas conforme a la recomendación 184; o si una operación de esa índole se 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, por lo que estaría prohibida.

18. Algunas de las dificultades vinculadas a la aportación de fondos por una empresa solvente del grupo podrían resolverse si se abordaran en el contexto de un plan de reorganización en el que la empresa solvente del grupo y los proveedores de fondos pudieran participar contractualmente. No obstante, si bien podría haber situaciones en que ese enfoque resultara apropiado, podría tener una aplicación limitada habida cuenta de la necesidad de fondos tras la apertura en cualquier etapa del procedimiento de insolvencia y antes de que pueda negociarse un plan y en casos de liquidación de una empresa en marcha, en que no habría ningún plan de reorganización.

19. La recomendación 63 de la *Guía Legislativa* define el criterio para la obtención de financiación tras la apertura (si el representante de la insolvencia decide que es indispensable para mantener en marcha o asegurar la supervivencia del negocio del deudor o para preservar o incrementar el valor de la masa) y la forma de autorizar tal financiación (mediante resolución judicial o por medio de una decisión de los acreedores). Estos requisitos son también pertinentes en el contexto de los grupos de empresas, y, para que no subsistan dudas, cabría puntualizar que, en el contexto de un grupo de empresas, debería entenderse que la recomendación 63 es aplicable a la aportación de fondos, tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, a una empresa del grupo sujeta a tal procedimiento tanto por parte de un prestamista externo como por parte de una empresa solvente del grupo.

2. Financiación concedida tras la apertura por una empresa insolvente del grupo

20. El otorgamiento de financiación tras la apertura por parte de una empresa del grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia en beneficio de otra de las empresas que esté en la misma situación no se regula directamente en la *Guía Legislativa*. Tal vez sea necesario que en algunos de los regímenes existentes se aborden algunas de

las dificultades que plantean la obtención y la concesión de fondos por parte de empresas insolventes, a fin de facilitar el otorgamiento de financiación tras la apertura en tal situación. Por ejemplo, en algunos regímenes de la insolvencia el otorgamiento de fondos en esas circunstancias puede plantear problemas de responsabilidad tanto del prestamista como del deudor financiado. Tal como se señala en la *Guía Legislativa* (véase la segunda parte, cap. II, párr. 96), algunos regímenes disponen, por ejemplo, que cuando un prestamista adelanta fondos a un deudor insolvente durante el período previo a la apertura de un procedimiento, el prestamista puede resultar responsable de cualquier incremento de las deudas de otros acreedores, o que la suma proporcionada estará sujeta a acciones de impugnación, en todo procedimiento de insolvencia ulterior, si se considera que es una operación preferente. En otros ejemplos, el representante de la insolvencia puede tener que solicitar los préstamos, con lo cual pueden plantearse problemas de responsabilidad personal a efectos del reembolso.

21. Si bien por lo general cabe esperar que una empresa insolvente de un grupo que esté sujeta a un procedimiento no estará en condiciones de adelantar fondos, tras la apertura, a otra empresa que esté en la misma situación, pueden darse circunstancias en que esa financiación sea posible y también conveniente, en particular cuando se considere el grupo en su conjunto. Habida cuenta de que la concesión de tales fondos puede repercutir en los derechos de los acreedores existentes, tanto garantizados como ordinarios, de ambas empresas insolventes, convendrá sopesar las ventajas de tal financiación frente a la posibilidad de que la preservación del valor de la empresa que se mantenga en marcha beneficie en última instancia a dichos acreedores. Conviene también evaluar las ventajas que entrañaría el sacrificio de una empresa del grupo en beneficio de las demás, con la posibilidad de que todas las empresas del grupo salgan globalmente beneficiadas. Aunque resulte difícil de conseguir, el objetivo debería ser una distribución equitativa de los perjuicios que tal financiación tras la apertura pudiera causar a corto plazo con miras a beneficiarse a largo plazo, en vez de sacrificar a una de las empresas del grupo (y a sus acreedores) en beneficio de las demás.

22. Para disipar dudas, debería puntualizarse que, en el contexto de un grupo de empresas, debería entenderse que la recomendación 63 es aplicable, no sólo en las circunstancias antes señaladas, sino también al otorgamiento de financiación de una empresa insolvente del grupo, tras la apertura, por parte de otra de las empresas que esté en la misma situación.

a) Conflictos de interés

23. La concesión de tales fondos plantea asimismo problemas relativos a los posibles perjuicios y conflictos de interés que no suscita la financiación cuando se trata de un único deudor. Por ejemplo, puede surgir un conflicto de interés cuando se nombre un único representante de la insolvencia para el procedimiento de insolvencia que afecte a varias empresas de un grupo. Por ejemplo, el representante de la insolvencia de la empresa del grupo que aporte los fondos puede ser al mismo tiempo el representante de la insolvencia de la empresa que los reciba. Esta situación puede resolverse designando un segundo representante de la insolvencia (esta cuestión se analiza en los párrafos 42 a 46 del documento A/CN.9/WP.82/Add.3 *infra*), encomendándole la resolución de este

conflicto concreto u objetivos más generales, como el de compaginar mejor los intereses de los acreedores de las diversas empresas del grupo.

b) Prelación de los préstamos otorgados con posterioridad a la apertura

24. En la recomendación 64 de la *Guía Legislativa* se especifica la necesidad de establecer la prelación que pueda concederse a los préstamos otorgados después de la apertura y su grado de prelación, a saber, una prelación por delante de la de los acreedores ordinarios no garantizados, e incluso superior a la de los acreedores no garantizados con prioridad administrativa. Si bien la prelación suele dar un fuerte incentivo al otorgamiento de tales créditos, en el contexto de un grupo de empresas el estímulo requerido tal vez sea ligeramente distinto al que se da en una situación con un único deudor. El interés particular de una empresa del grupo que proporcione fondos a otra puede radicar más en el resultado del procedimiento de insolvencia para la totalidad del grupo (inclusive para dicha empresa) que las expectativas de posibles beneficios comerciales a corto plazo que ésta pueda albergar. En tales circunstancias, tal vez convenga estudiar si el nivel de prelación recomendado en la *Guía Legislativa* es apropiado. Por una parte, cabría considerar que sería adecuado prever el mismo grado de prelación, dado que debe haber incentivos para otorgar fondos y esa prelación brindaría una mayor protección a los acreedores del proveedor de los fondos. Por otra parte, cabría opinar que, habida cuenta de que la operación se realiza entre partes conexas y teniendo presente el contexto del grupo (inclusive el interés que tiene el propio proveedor de fondos en el resultado y las repercusiones del procedimiento de insolvencia para el grupo en su totalidad), habría que prever, en tal contexto, un grado de prelación inferior para proteger de forma más general los intereses de los acreedores y para lograr un equilibrio entre los intereses de los acreedores del proveedor de fondos y los de la empresa del grupo que reciba dichos fondos. Sea cual sea el enfoque que se adopte, es conveniente que el régimen de la insolvencia otorgue prelación a esta operación crediticia y que especifique el grado apropiado de prioridad que deberá tener.

c) Garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento

25. En las recomendaciones 65 a 67 de la *Guía Legislativa* se regulan cuestiones relativas al otorgamiento de una garantía real para la concesión de fondos tras la apertura de un procedimiento, y estas recomendaciones serían generalmente aplicables en el contexto de un grupo de empresas. El otorgamiento de una garantía real del tipo mencionado en la recomendación 65 por parte de una empresa del grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia para respaldar el reembolso de la financiación concedida a otra empresa que esté en circunstancias similares debe distinguirse del mismo tipo de operación de financiación entre un prestamista externo y un único deudor. En el contexto del grupo de empresas, la empresa de dicho grupo otorga la garantía real sobre sus bienes no gravados, pero no se beneficia directamente de la financiación concedida tras la apertura y con ello puede disminuir el conjunto de bienes disponibles para los acreedores. No obstante, esa empresa puede obtener un beneficio indirecto en el contexto del grupo de empresas cuando la financiación otorgada propicie una mejor solución de la insolvencia del grupo en su totalidad y, como ya se ha dicho, todo perjuicio a corto plazo será contrarrestado por los beneficios que obtengan a largo plazo los acreedores, inclusive los acreedores de dicha empresa. La empresa del grupo que reciba los

fondos obtendrá un beneficio directo, pero aumentará su endeudamiento en perjuicio de sus acreedores, aunque éstos también deberían beneficiarse a largo plazo de los fondos otorgados.

26. Para armonizar los intereses de los acreedores del proveedor de fondos con los de los acreedores de la empresa del grupo que se beneficie de la financiación, puede ser conveniente exigir, respecto de la recomendación 65, que los acreedores consientan en el otorgamiento de tal garantía real o que el perjuicio que puedan sufrir los acreedores sea contrarrestado por los beneficios que les reportará el otorgamiento de la garantía real. La cuestión de los perjuicios o de los beneficios está vinculada a la determinación de la necesidad de obtener fondos tras la apertura y de su autorización conforme a la recomendación 63, y por ello es conveniente que las partes que sean responsables en virtud de dicha recomendación deban responder también de la determinación de los eventuales perjuicios. De conformidad con la recomendación 63, esa parte responsable podría ser el representante de la insolvencia, el cual tuviera la posibilidad de solicitar la autorización también de los acreedores o del tribunal.

27. Dado que la nueva financiación puede necesitarse con bastante urgencia para mantener el negocio en marcha, es conveniente reducir al mínimo el número de autorizaciones requeridas. En la *Guía Legislativa* (véase la segunda parte, cap. II, párrs. 105 y 106) se analizan las ventajas y los inconvenientes de las distintas consideraciones que habría que hacer con respecto a la autorización y que también serían aplicables en el contexto de un grupo de empresas. Cabe añadir que, como es probable que las cuestiones que deban determinarse sean más complejas en ese contexto por englobar a un mayor número de partes e implicar relaciones complejas entre ellas, lo más probable es que los representantes de la insolvencia de las empresas pertinentes del grupo sean las partes que estén en mejores condiciones para evaluar las consecuencias del acuerdo de financiación propuesto, del mismo modo que son también las personas más indicadas para determinar la necesidad de nueva financiación según la recomendación 63. No obstante, si se estima conveniente la intervención de los tribunales o de los acreedores, deberá tenerse presente que podrán producirse demoras cuando deba consultarse a un gran número de acreedores o cuando el tribunal no esté en condiciones de adoptar decisiones con celeridad.

28. Cuando se considere conveniente otorgar una garantía real para respaldar nueva financiación dándole un grado de prelación superior al de toda otra garantía real ya constituida sobre el mismo bien, tal como prevé la recomendación 66, serán aplicables, en el contexto del grupo, las salvaguardias pertinentes que se prevén en dicha recomendación y en la recomendación 67.

d) Garantía real o de otra índole para respaldar el reembolso de la financiación concedida tras la apertura

29. La concesión por una empresa del grupo de una garantía de reembolso de la nueva financiación a otra de las empresas no es una situación que se plantee en el caso de un único deudor y, por consiguiente, no se ha regulado en la *Guía Legislativa*. Sin embargo, habida cuenta de que las consideraciones que se plantean son similares a las que se acaban de analizar con respecto al otorgamiento de una garantía real, tal vez sería apropiado adoptar el mismo enfoque, es decir, requerir el

consentimiento de los acreedores o la determinación de que los eventuales perjuicios serán contrarrestados por los subsiguientes beneficios.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones sobre la financiación otorgada tras la apertura del procedimiento en lo que respecta a los grupos de empresas tienen por objeto:

a) Facilitar la obtención de crédito para mantener en marcha los negocios de las empresas del grupo sujetas a un procedimiento de insolvencia o garantizar su supervivencia, o para preservar o incrementar el valor de los bienes de la masa de la insolvencia de dichas empresas;

b) Facilitar la concesión de fondos por parte de empresas de un grupo, incluso por parte de las que estén sujetas a un procedimiento de insolvencia;

c) Velar por la debida protección de quienes aporten fondos tras la apertura y de las partes cuyos derechos puedan verse afectados por la concesión de tales fondos; y

d) Fomentar el objetivo de lograr una distribución equitativa de los beneficios y perjuicios entre todas las empresas de un grupo.

Contenido de las disposiciones legislativas

Concesión de fondos, tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, por parte de una empresa de un grupo sujeta a tal procedimiento

10. El régimen de la insolvencia debería permitir que la empresa de un grupo que estuviera sujeta a un procedimiento de insolvencia:

a) Adelantara fondos, tras la apertura del procedimiento, a otras empresas del grupo también sujetas al procedimiento;

b) Pignorara sus bienes como garantía para la concesión de fondos, tras la apertura del procedimiento de insolvencia, a otras empresas del grupo también sujetas a dicho procedimiento; y

c) Diera una garantía real o de otra índole para el reembolso de los fondos obtenidos, tras la apertura, por otras empresas del grupo sujetas al procedimiento de insolvencia, siempre y cuando el representante de la insolvencia de la empresa del grupo que conceda los fondos, que pignore sus bienes o que dé una garantía lo estime necesario para mantener en marcha los negocios de dicha empresa del grupo o garantizar su supervivencia, o para preservar o incrementar el valor de la masa de la insolvencia de tal empresa. El régimen de la insolvencia puede requerir que el tribunal dé su autorización, o que consientan en ello los acreedores de la empresa del grupo que conceda el préstamo, que pignore sus bienes o que dé una garantía.

Prelación de los préstamos otorgados con posterioridad a la apertura

11. El régimen de la insolvencia debería especificar el grado de prelación que debería darse a los préstamos otorgados después de la apertura por una empresa del grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia a otra empresa del mismo grupo

también sujeta a dicho procedimiento. Cuando el régimen de la insolvencia no especifique el grado de prelación, debería autorizarse al tribunal a determinarlo.

Garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento

12. El régimen de la insolvencia debería especificar que también una empresa de un grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia podrá otorgar a otra empresa del mismo grupo, también sujeta a un procedimiento de esta índole, 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, siempre y cuando los acreedores den su consentimiento o se determine, de conformidad con el régimen de la insolvencia, que todo perjuicio que sufran eventualmente los acreedores quedará compensado por los beneficios obtenidos gracias al otorgamiento de la garantía real¹.

Garantía real o de otra índole para el reembolso de la financiación otorgada tras la apertura de un procedimiento de insolvencia

13. El régimen de la insolvencia debería especificar que una empresa de un grupo que esté sujeta a un procedimiento de insolvencia podrá dar una garantía real o de otra índole para el reembolso de los fondos obtenidos, tras la apertura del procedimiento, por otra empresa del grupo también sujeta a un procedimiento de esta índole, siempre y cuando los acreedores den su consentimiento o se determine, de conformidad con el régimen de la insolvencia, que los perjuicios que eventualmente sufran los acreedores quedarán compensados por los beneficios resultantes del otorgamiento de la garantía real o de otra índole que respalde el reembolso.

D. Procedimiento de impugnación

30. En general, Las recomendaciones 87 a 99 de la *Guía Legislativa* referentes a la impugnación serían aplicables a la anulación de operaciones en el contexto de un grupo de empresas, aunque cabría hacer otras consideraciones al regular las operaciones realizadas entre empresas de un 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 empresas 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

¹ En las recomendaciones 66 y 67 de la *Guía Legislativa* se enuncian las salvaguardias aplicables al otorgamiento de una garantía real para respaldar la financiación concedida después de la apertura. Esas salvaguardias resultarían aplicables también al otorgamiento de una garantía real en el contexto de un grupo de empresas.

sea la fijación de los precios de transferencia interna². Del mismo modo, podrá ocurrir que algunas operaciones legítimas realizadas en el seno de un grupo de empresas no sean comercialmente viables fuera de ese ámbito si los beneficios y las pérdidas que dimanen de ellas se analizan conforme a los criterios comerciales normales.

31. Las operaciones internas entre empresas del grupo pueden revestir las siguientes formas: tratos comerciales entre empresas del grupo; la transferencia de beneficios de la filial a la empresa matriz; la concesión de préstamos por una empresa a otra para ayudarla a mantener su negocio en marcha; la transferencia de bienes y las garantías entre empresas del grupo; el pago de deudas por una empresa a un acreedor de otra empresa del grupo; 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; o una serie de operaciones de otra índole. 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% propietarias, por ejemplo, a actuar de ese modo, siempre que ello redunde en beneficio de la empresa matriz.

32. Algunas de las operaciones realizadas en el contexto de un grupo de empresas entran sin duda alguna 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 las empresas del grupo sino también entre tales empresas y acreedores externos. Puede haber también operaciones no reguladas por las 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 conexas perteneciente al grupo, a menos que el pago se realice, por ejemplo, en virtud de una garantía. Es conveniente que el régimen de la insolvencia especifique que estos factores deberán tenerse en cuenta al determinar si una operación concreta concertada entre empresas de un grupo podrá ser anulable de conformidad con la recomendación 87.

² Por fijación de los precios de transferencia interna se entiende la atribución de determinado valor a los bienes y servicios intercambiados en el seno de una organización con múltiples divisiones. Cabe que los bienes de la división productiva se vendan a la de comercialización, o que los bienes de la empresa matriz se vendan a una filial en el extranjero. Los precios de transferencia interna que se fijen incidirán en el reparto de los beneficios totales entre las divisiones de la empresa. Podrá reportar ventajas fijar los precios de tal forma que, al contabilizarlos, la mayor parte de los beneficios se obtengan en un país con bajos impuestos.

33. Una cuestión que cabría examinar en el contexto de un grupo de empresas 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 empresas 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, como la empresa matriz, una filial o sucursal de la empresa insolvente del grupo, o una empresa asociada a ella contra la 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 sea insolvente en el momento de la operación o de que haya 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 favorecidas y porque suelen ser las primeras en tener conocimiento, llegado el caso, de que el deudor atraviesa dificultades financieras.

34. La recomendación 97 regula los elementos que deben demostrarse para declarar nula una determinada operación, así como las excepciones que pueden oponerse a tal anulación, y puede ser oportuno analizar cómo se aplicarían esos elementos y esas excepciones en el contexto de un grupo de empresas y si es conveniente adoptar otro enfoque. Una forma de determinar la carga de la prueba en el supuesto de operaciones concertadas con personas allegadas podría consistir, por ejemplo, en especificar que se considera o presume que ha habido la necesaria intencionalidad o mala fe cuando ciertos tipos de operaciones se hayan realizado durante el período de sospecha y en imponer a la otra parte que haya intervenido en la operación la obligación de probar que no fue así. En el contexto de los grupos de empresas, en algunos regímenes de la insolvencia se ha establecido una presunción debatible, 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. Otro criterio consistiría en reconocer, como se ha señalado, que las operaciones concertadas en el seno de un grupo, aunque no sean siempre comercialmente viables, si se realizan al margen del grupo, son por lo general legítimas, especialmente si se llevan a cabo dentro de los límites del derecho aplicable pertinente y en el curso ordinario de los negocios de las empresas del grupo interesadas; sin embargo, esas operaciones deberían estar sujetas a un minucioso examen (de forma muy similar a lo que se recomienda en el caso de los créditos presentados por personas allegadas en la recomendación 184 de la *Guía Legislativa*). Algunos regímenes permiten también que los créditos de las empresas conexas de un grupo estén sujetos a un trato especial y que la satisfacción de los derechos de tales empresas que se hayan adquirido en virtud de acuerdos internos sobre la deuda puedan diferirse o subordinarse a la de los derechos de los acreedores externos de las empresas insolventes.

35. La recomendación 93 prevé la facultad limitada de un acreedor para interponer una acción de anulación con la aprobación del representante de la insolvencia o la autorización del tribunal. En el contexto de un grupo de empresas, el grado de integración del grupo podría repercutir notablemente en la capacidad de los acreedores para determinar con qué empresa del grupo tuvieron tratos y para presentar así la información requerida para recurrir a un procedimiento de impugnación con fines de anulación.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones en materia de anulación tienen por objeto:

- a) Reconstituir la integridad de la masa y garantizar el trato equitativo de los acreedores;
- b) Dar certidumbre a todo tercero interesado definiendo reglas claras para supuestos en los que una operación efectuada antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, en la que haya intervenido el deudor o que haya afectado a sus bienes, pueda ser considerada perjudicial y sea por tanto anulable;
- c) Hacer posible la apertura de un procedimiento para anular toda operación de esa índole; y
- d) Facilitar la recuperación de dinero o de bienes en poder de personas que hayan participado en alguna operación anulada.

Finalidad de las disposiciones legislativas

Operaciones anulables

14. El régimen de la insolvencia debería especificar que, al examinar si debe o no ser anulada una operación del tipo mencionado en los apartados a), b) o c) de la recomendación 87 de la *Guía Legislativa* que se haya concertado entre personas allegadas en el contexto de un grupo de empresas, el tribunal podrá tomar en consideración las circunstancias del grupo en el que se haya efectuado la operación. Entre esas circunstancias cabe mencionar: 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.

Elementos para obtener la anulación y excepciones alegables

15. El régimen de la insolvencia podrá especificar la manera en que cabrá aplicar los elementos mencionados en la recomendación 97 de la *Guía Legislativa* al impugnar, en el curso de un procedimiento de insolvencia, operaciones en las que intervengan dos o más empresas de un grupo³.

³ Es decir, los elementos que habrán de probarse para obtener la anulación, la carga de la prueba, las excepciones invocables contra la impugnación, y la aplicabilidad de ciertas presunciones.

E. Subordinación

36. En la *Guía Legislativa* se indica (véase la segunda parte, cap. V, párr. 56) que la subordinación consiste en un reajuste de los grados de prelación de los acreedores en la insolvencia y que no guarda relación con la validez o la legalidad del crédito. No obstante la validez de un crédito, cabría sin embargo subordinarlo ya fuera mediante un acuerdo voluntario o mediante una orden judicial. Dos tipos de créditos que normalmente pueden subordinarse en caso de insolvencia son los presentados por personas allegadas al deudor y por propietarios accionistas de la empresa del deudor.

1. Créditos de personas allegadas

37. En el contexto de un grupo de empresas, la subordinación de créditos de una persona allegada podría suponer, por ejemplo, que los derechos de las empresas del grupo conforme a los acuerdos internos concertados en el grupo podrían subordinarse a los créditos de los acreedores externos de las empresas del grupo que estuvieran sujetas a un procedimiento de insolvencia.

38. Como ya se ha señalado, el concepto de “persona allegada”, según se emplea en la *Guía Legislativa*, incluiría a las empresas integrantes de un grupo de empresas. No obstante, el mero hecho de que exista una relación especial con el deudor, como, por ejemplo, en el contexto de un grupo de empresas el hecho de constituir una empresa más del mismo grupo, puede no resultar suficiente en todos los casos para justificar que se dispense un trato especial al crédito de un acreedor. En algunos casos, esos créditos serán totalmente transparentes y deberían tratarse del mismo modo que créditos similares presentados por acreedores que no sean personas allegadas; en otros casos, pueden engendrar sospechas y merecerán una especial atención. Es posible que un régimen de la insolvencia necesite prever un mecanismo para determinar esos tipos de conductas o situaciones en que los créditos merecerán una mayor atención. Como se señala más arriba, se aplicarán consideraciones similares a la anulación de toda operación concertada entre empresas de un grupo.

39. En la *Guía Legislativa* se especifica una serie de situaciones en las que podría justificarse dar un trato especial al crédito de una persona allegada (por ejemplo, cuando el deudor tenga una grave deficiencia de capital y cuando se disponga de pruebas de que se ha actuado en provecho propio). En el contexto de un grupo de empresas, otras consideraciones que cabría tener en cuenta, entre una empresa matriz y una filial controlada, serían la participación de la empresa matriz en la gestión de la filial; el hecho de que la empresa matriz haya tratado de manipular las operaciones realizadas entre empresas del grupo en beneficio propio y a expensas de los acreedores externos; o la cuestión de si la empresa matriz ha actuado de algún otro modo injusto, en perjuicio de los acreedores y accionistas de la empresa del grupo controlada. En algunos regímenes, la existencia de tales circunstancias puede dar lugar a que la sociedad matriz subordine sus créditos a los de acreedores no garantizados inconexos o incluso de accionistas minoritarios de la empresa controlada.

40. Algunos regímenes prevén otros enfoques de las operaciones internas de un grupo de empresas, como la autorización de que las deudas contraídas por una empresa del grupo, que solicitó un crédito en virtud de un acuerdo sobre préstamos dentro del grupo, queden involuntariamente subordinadas a los derechos de los acreedores externos de la empresa que haya solicitado el crédito; la autorización de que el tribunal examine los acuerdos financieros concertados en el grupo con el fin de determinar si los fondos particulares concedidos a una empresa de un grupo deberían considerarse una contribución en capital social, más que un préstamo, cuando el régimen subordine las contribuciones en capital social a los créditos de los acreedores (sobre el trato dado al capital social, véase más abajo); y la autorización de la subordinación voluntaria de créditos internos del grupo a los de los acreedores externos.

41. El resultado práctico de una orden de subordinación, en el contexto de un grupo de empresas, podría ser la reducción o la cancelación efectiva de todo reembolso a las empresas de ese grupo cuyos créditos hayan sido subordinados, si el importe de los créditos de los acreedores garantizados y ordinarios ajenos al grupo es muy superior a la suma de los fondos disponibles para la distribución. En algunos casos, esto podría poner en peligro la viabilidad de la empresa subordinada del grupo y perjudicar no sólo a sus propios acreedores sino también a sus accionistas y, en caso de reorganización, al grupo de empresas en su conjunto. La adopción de un criterio consistente en subordinar esos créditos puede desalentar la concesión de créditos entre las empresas de un grupo.

2. Trato dado al capital social

42. La *Guía Legislativa* señala (véase la segunda parte, cap. V, párr. 76) que en muchos regímenes de la insolvencia se hace la distinción entre los créditos de los propietarios y los de los accionistas que pueden derivarse de préstamos concedidos al deudor o de su derecho de propiedad sobre el patrimonio del deudor. En lo que respecta a los créditos dimanantes del capital social, en muchos regímenes de la insolvencia se adopta la regla general de que los propietarios y los accionistas de la empresa no tienen derecho a la distribución del producto de los bienes hasta que se hayan reembolsado íntegramente todos los créditos que gocen de un mayor grado de prelación (inclusive los créditos por concepto de intereses devengados desde la apertura). Como tales, esos propietarios y accionistas raras veces recibirán una parte de lo distribuido por concepto de sus derechos sobre el deudor. Cuando se hace una distribución, generalmente se efectúa de conformidad con la clasificación de las acciones especificada en el derecho de sociedades y en la escritura de constitución de la empresa. Sin embargo, no siempre se subordinan los créditos en concepto de deuda, como los relativos a préstamos.

43. Pocos son los regímenes de la insolvencia que regulan expresamente la subordinación de créditos de capital social en el contexto de los grupos de empresas. Un régimen que sí la regula permite a los tribunales examinar los acuerdos financieros entre las empresas de un grupo para determinar si ciertos fondos que se hayan entregado a una de las empresas que ahora esté sujeta a un procedimiento de insolvencia deberán tratarse como aportaciones de capital social (lo cual permite subordinarlos a los créditos de los acreedores), y no como préstamos internos. Es probable que esos fondos sean considerados capital social: cuando el coeficiente original entre la deuda y el capital social haya sido alto antes de que se aportaran los

fondos y de que éstos redujeran el coeficiente; cuando el capital en acciones pagado sea insuficiente; cuando resulte improbable que un acreedor externo haya concedido un préstamo en las mismas circunstancias; y cuando las condiciones en que se haya efectuado el anticipo no sean razonables y no haya perspectivas verosímiles de reembolso.

44. En la *Guía Legislativa* se analiza el tema de la subordinación en el contexto del trato dado a los créditos y a su grado de prelación, pero no se recomienda que el régimen de la insolvencia subordine ningún tipo concreto de crédito; simplemente se señala que los créditos subordinados tendrían un grado de prelación inferior a los de los acreedores ordinarios no garantizados (véase la recomendación 189).

[En el documento A/CN.9/WG.V/WP.82 figura una introducción al tema de los grupos de empresas; en A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1 se abordan las cuestiones de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y de la apertura en sí (solicitudes conjuntas y coordinación procesal); en A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3 se examinan los remedios (la extensión de la responsabilidad, las órdenes de contribución financiera y la consolidación patrimonial), los participantes en los procedimientos (un único representante de la insolvencia) y los planes de reorganización; y en A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4 se tratan cuestiones de ámbito internacional.]
