



Asamblea General

Distr. limitada
31 de agosto de 2009
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
37º período de sesiones
Viena, 9 a 13 de noviembre de 2009

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

1. En la presente nota figura el proyecto de comentario y recomendaciones de la tercera parte de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia. El comentario es una versión revisada del texto incluido anteriormente en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.82 y Add.1 a 3. Las recomendaciones se basan en las que figuran en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.85 y Add.1, y se han revisado teniendo en cuenta el informe del Grupo de Trabajo V sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones, celebrado en mayo de 2009 (A/CN.9/671).
2. En el documento A/CN.9/WG.V/WP.90 se aborda el tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia en el contexto nacional, mientras que en el documento A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.1 se aborda el contexto internacional. El documento A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.2 se presenta al Grupo de Trabajo para su información y consideración. Incluye algunas notas explicativas que tienen por finalidad explicar las revisiones que se han realizado al proyecto de recomendaciones, facilitar el debate y plantear cuestiones para que el Grupo de Trabajo las examine; no se pretende que el contenido del documento A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.2 forme parte del texto de la tercera parte de la Guía Legislativa.



Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia

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

Índice

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción	1-2	3
Glosario.	3	3
I. Grupo de empresas: características generales	4-42	4
A. Introducción	4-8	4
B. Naturaleza de los grupos de empresas.	9-18	6
C. Razones para ejercer el comercio por conducto de grupos de empresas	19-28	10
D. Definición de “grupo de empresas” - propiedad y control.	29-33	13
E. Reglamentación de los grupos de empresas	34-42	14
II. Grupos de empresas en situaciones de insolvencia: aspectos nacionales	43-185	17
A. Introducción	43-46	17
B. Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia	47-78	18
C. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia.	79-129	29
D. Remedios disponibles.	130-172	47
E. Participantes	173-178	63
F. Reorganización de dos o más empresas de un grupo	179-185	67

Introducción

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia

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

1. La tercera parte de la *Guía Legislativa* se centra en el tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. De ser necesario aplicar un criterio diferente al adoptado en la segunda parte con respecto a una cuestión particular en la medida en que afecte a un grupo de empresas, o si el tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia plantea otras cuestiones que no se han abordado en la segunda parte, esos aspectos se examinan en el presente texto. Cuando el tratamiento de una cuestión en el contexto de un grupo de empresas sea el mismo que se debatió anteriormente, no se repetirá en esta parte. Por consiguiente, el contenido de la segunda parte se aplicará a los grupos de empresas a menos que se indique lo contrario en esta parte.

2. En el capítulo I se abordan las características generales de los grupos de empresas. El capítulo II trata de la insolvencia de los miembros del grupo en un contexto nacional y propone una serie de recomendaciones que complementan las recomendaciones de la segunda parte, en la medida en que surgen nuevas cuestiones en virtud del contexto del grupo. El capítulo III trata de la insolvencia transfronteriza de los grupos de empresas, basándose en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, que es pertinente a los procedimientos de insolvencia transfronteriza con respecto a un miembro individual del grupo, pero no aborda cuestiones pertinentes a la insolvencia de diferentes miembros del grupo en diferentes Estados.

Glosario

3. Los siguientes términos adicionales se relacionan específicamente con los grupos de empresas y deberían leerse junto con los términos y explicaciones incluidos en el glosario principal *supra*.

a) “Grupo de empresas”: el que está formado por dos o más empresas que están vinculadas entre sí por alguna forma de control o una participación importante en su capital;

b) “Empresa”: toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica y que pueda estar regulada por el régimen de la insolvencia¹;

¹ En consonancia con el criterio adoptado con respecto a los deudores individuales, esta parte se concentra en el hecho de que la entidad realice alguna actividad económica y pertenezca a la clase de entidades conceptualizadas como “empresas”. No abarca ni a los consumidores ni a otras entidades de índole especializada (por ejemplo, bancos y compañías de seguros) que no se rijan por el régimen de la insolvencia conforme a lo previsto en las recomendaciones 8 y 9 (véase *supra*, nota 6 de la recomendación g). Las consideraciones especiales derivadas de la

c) “Control”: la capacidad de determinar, directa o indirectamente, las políticas operacional y financiera de una empresa;

d) “Coordinación procesal”: administración coordinada de dos o más procedimientos de insolvencia abiertos contra diversas empresas de un grupo. Cada empresa sigue siendo una entidad separada y distinta, con su propio activo y pasivo²;

e) “Consolidación patrimonial”: tratamiento del activo y el pasivo de dos o más empresas de un grupo como si formaran parte de una única masa de la insolvencia³ [la combinación del activo y el pasivo de dos o más empresas de un grupo a fin de crear una única masa de la insolvencia].

I. Grupos de empresas: características generales

A. Introducción

4. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se reconoce la figura de la “sociedad”, entidad a la que se confiere personalidad jurídica propia, distinta de las personas físicas que la componen, ya sea en calidad de propietarios, directivos o empleados. En su carácter de persona jurídica, una sociedad puede adquirir derechos y contraer obligaciones y responsabilidades, por ejemplo, la capacidad legal para litigar y ser objeto de litigio, para poseer y transmitir bienes, para celebrar contratos y para pagar impuestos. Otra de las características de una sociedad es su perpetuidad, en el sentido de que su existencia se mantiene en todo momento y se prolonga con el correr de los años, independientemente de quiénes la integren, y los accionistas pueden transferir sus acciones sin socavar el carácter de sociedad que tiene la entidad. Una sociedad también puede tener responsabilidad limitada, lo que supone que los inversionistas habrán de responder tan sólo del capital que se hayan arriesgado a colocar en la sociedad, lo que ofrece seguridad y promueve la inversión. Sin esa limitación, los inversionistas arriesgarían la totalidad de sus bienes cada vez que participaran en una actividad empresarial de riesgo. Una sociedad debe someterse a ciertos procedimientos legales para obtener personalidad jurídica y, una vez constituida, habrá de regirse por las reglamentaciones aplicables a las entidades así constituidas. En general, en ese régimen no sólo se determinarán los requisitos de constitución, sino también las consecuencias que trae aparejada la constitución de la personalidad jurídica, entre otras cosas, las facultades y competencias de la sociedad, los derechos y obligaciones de sus integrantes y el grado en que éstos habrán de responder de las deudas de la sociedad. Así pues, la figura de la sociedad propicia la seguridad en la organización de la actividad mercantil, ya que quienes tengan trato con ese tipo de entidad saben que pueden

insolvencia de esos deudores no se abordan específicamente en la *Guía Legislativa* (véase *supra*, segunda parte, cap. I, párrs. 1 a 11).

² El concepto de coordinación procesal se explica de forma pormenorizada en el comentario, véanse los párrs. 63 a 66 *infra*.

³ En lo que respecta a los efectos de la consolidación patrimonial y el tratamiento de las garantías reales, véanse *infra* las recomendaciones 224 a 226 y el comentario contenido en los párrs. 159 a 162.

confiar en su personalidad jurídica e invocar los derechos, deberes y obligaciones que ésta entraña.

5. Es cada vez más frecuente que la actividad mercantil de las sociedades se ejerza, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, por conducto de “grupos de empresas”. La expresión “grupo de empresas” abarca diferentes formas de organización económica basadas en entidades jurídicas individuales. Por grupo de empresas se entiende, en sentido lato, dos o más empresas cuya vinculación consista en alguna forma de control (directo o indirecto) o de propiedad (véase más adelante). La dimensión y la complejidad de los grupos de empresas pueden no ser siempre evidentes, habida cuenta de que la imagen pública de muchos de ellos es la de una organización unitaria que funciona con una identidad empresarial única.

6. Los grupos de empresas existen desde hace tiempo; según los estudiosos, surgieron en algunos países a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX de resultas de un proceso interno de expansión por el cual las empresas empezaron a adquirir control de su propia capacidad financiera, técnica o comercial. Estas empresas, entidades individuales, se expandieron después hacia el exterior, adquiriendo el control jurídico o económico de otras sociedades. En un principio esas otras sociedades desarrollaban sus actividades en el mismo sector del mercado, pero con el tiempo la expansión afectó a sociedades de sectores afines y, posteriormente, de ramos distintos o sin vinculación alguna desde el punto de vista de los productos o del lugar en que se encontraran, o de las dos cosas. Uno de los factores que impulsaron la expansión, por lo menos en algunos países, fue la legitimación del derecho de propiedad de una sociedad con respecto a las acciones de otra, lo que originalmente estaba prohibido tanto en el *common law* como en los ordenamientos de inspiración romanista.

7. Durante todo el proceso de expansión las sociedades mantuvieron y siguen manteniendo su personalidad jurídica propia, aun cuando en la actualidad es probable que las pequeñas empresas privadas sean las únicas sociedades típicamente organizadas como empresas independientes. Los grupos de empresas están omnipresentes tanto en los mercados desarrollados como en los incipientes, y presentan la característica común de realizar operaciones en un gran número de sectores que con frecuencia no son afines; algunas veces pertenecen a una familia y combinan esa forma de propiedad con distintos grados de participación de inversionistas externos. Las principales entidades económicas del mundo no sólo son Estados, sino también un número equivalente de empresas multinacionales. Los grupos multinacionales más importantes tal vez constituyen porcentajes considerables del producto nacional bruto de todo el mundo y sus tasas de crecimiento anual y su volumen de operaciones sobrepasan los de muchos Estados.

8. Pese a que los grupos de empresas constituyen una realidad económica actual, una gran parte de la legislación relativa a las sociedades mercantiles y, en particular, a la forma en que se regulan en la insolvencia, se concentra en la figura de la entidad jurídica. Pese a la carencia de legislación, los magistrados de muchos países, al enfrentarse a cuestiones que pueden dirimirse mejor por referencia a la empresa única que a la entidad jurídica única⁴, han hallado soluciones más acordes con la realidad económica del mundo empresarial moderno.

⁴ Esta cuestión se examina más a fondo *infra*, véase E, párrs. 34 a 42.

B. Naturaleza de los grupos de empresas

9. La estructura de los grupos de empresas puede ser sencilla o sumamente compleja; puede constar, por ejemplo, de muchas filiales de propiedad total o parcial, filiales operativas, subfiliales, sociedades secundarias de cartera, empresas de servicios o empresas inactivas y entrañar el ejercicio simultáneo de cargos en distintas juntas directivas y diferentes formas de participación en el capital social. También puede consistir en el tipo de estructuras denominadas entidades para fines especiales⁵, empresas conjuntas⁶, sociedades extraterritoriales⁷ y consorcios.

10. La estructura de los grupos de empresas puede ser jerárquica o vertical y consistir en sucesivos niveles de sociedades matrices y empresas controladas, que podrán ser filiales u otro tipo de empresas afiliadas o conexas, todas ellas funcionando en distintas etapas de un proceso de producción o de distribución.

⁵ Las entidades para fines especiales (denominadas también “vehículos para fines especiales” o “entidades con riesgo remoto de quiebra”) se crean con objeto de alcanzar objetivos especiales o temporales, por ejemplo, la adquisición y financiación de determinados bienes, y tienen por finalidad principal circunscribir el riesgo financiero o aprovechar las posibilidades de desgravación fiscal. Una entidad para fines especiales suele ser una filial que pertenezca en su totalidad a la sociedad matriz, aunque en ciertos países se exige que otro inversionista posea como mínimo un 3% del capital. Debido a la estructura de su activo y pasivo y a su condición de persona jurídica independiente, por lo general sus obligaciones son seguras, aun en caso de insolvencia de la sociedad matriz. La sociedad que crea tal entidad puede lograr sus objetivos sin hacer constar en su propio balance general ninguna de las partidas de activo ni de pasivo correspondientes a las operaciones de la entidad; de ahí que se hable de “partidas no consignadas en el balance general”. Estas entidades también pueden utilizarse por razones de competitividad para asegurarse, por ejemplo, de que los derechos de propiedad intelectual para desarrollar nueva tecnología estén en manos de una entidad independiente que no tenga la obligación de acatar los acuerdos de licencia preexistentes.

⁶ Una empresa conjunta suele ser un arreglo contractual o consorcio entre dos o más partes que desean perseguir de consuno un objetivo comercial. Un arreglo de esa índole a veces puede dar lugar a la creación de una o más personas jurídicas en que los socios aporten capital y compartan los beneficios, los gastos y el control del consorcio. La empresa conjunta puede entrañar únicamente la ejecución de un proyecto en especial o constituir una relación permanente. Las empresas conjuntas son muy comunes en el ámbito internacional, habida cuenta de que algunos países exigen a las empresas extranjeras que formen una empresa conjunta con una sociedad del país para tener acceso al mercado interno. Es frecuente que este requisito dé lugar a que el control de la tecnología y de la gestión pasen a manos de la empresa nacional. La formación de una empresa conjunta puede contribuir a repartir gastos y riesgos, a facilitar el acceso a recursos financieros, a crear economías de escala y las ventajas propias de las dimensiones de la empresa y a posibilitar el acceso a tecnologías modernas, a nuevos clientes o a prácticas de dirección innovadoras. Puede ser útil también para lograr objetivos de competitividad y objetivos estratégicos como los de influir en la evolución estructural de una industria, anticiparse a los competidores, crear unidades competitivas más sólidas y facilitar la transferencia de conocimientos y tecnología y la diversificación de la actividad comercial.

⁷ Por sociedad extraterritorial se entiende una empresa común y corriente que se constituye con arreglo a las leyes de un ordenamiento jurídico extranjero. Es similar por su naturaleza y efecto jurídico a la sociedad establecida conforme a las leyes de su propio país en que se transmiten bienes a un fideicomisario a fin de que los administre en beneficio de una persona o una categoría de personas. La creación de este tipo de entidades suele obedecer a razones tributarias o de protección de bienes. La eficacia de tal sociedad podrá verse limitada en la práctica si el régimen de la insolvencia del país de la persona que haya transmitido los bienes dispone la anulación de los actos de transmisión a esas sociedades y de las operaciones que se hayan efectuado para defraudar a los acreedores.

También es posible que la estructura sea más horizontal y esté constituida por muchos grupos de empresas del mismo rango que suelen estar ligadas por complejos esquemas de propiedad entrecruzada y que funcionan en el mismo nivel del proceso. Pueden desarrollar su actividad mercantil en un sector económico afín o en una variedad de sectores diferentes. Se ha señalado que los grupos con estructura horizontal son más corrientes en algunas partes del mundo, como Europa, en tanto que los grupos con estructura vertical suelen predominar en otras, como los Estados Unidos de América y el Japón.

11. De los trabajos de investigación en la materia se desprende claramente que la vinculación de los grupos mercantiles puede adquirir formas variadas, como la alianza entre entidades bancarias, los cargos interconectados en distintas juntas directivas, las alianzas de propietarios, el intercambio de información, las empresas conjuntas y los carteles. La investigación muestra, asimismo, que la estructura de los grupos de empresas varía según el régimen de gestión de empresas imperante. En algunos Estados se organizan de forma vertical u horizontal y abarcan distintos sectores industriales. Suelen constar de un banco, una sociedad de cartera o financiera⁸ (denominada “sociedad matriz”) o una empresa mercantil y un grupo diverso de empresas fabricantes. En otros Estados, en cambio, los grupos suelen estar bajo el control de una sola familia o de unas pocas familias, con una organización invariablemente vertical, o pueden tener fuertes lazos con el Estado y no con determinadas familias. Los grados de diversificación también varían considerablemente, ya que en algunos grupos se realiza una gran cantidad de operaciones entre las empresas que los componen y en otros no⁹.

12. El grado de autonomía financiera y decisoria de los grupos de empresas puede variar considerablemente. En algunos, sus integrantes pueden ser entidades comerciales activas que determinan sus propios objetivos y actividades comerciales y administran sus finanzas. En otros, las decisiones estratégicas y presupuestarias pueden estar centralizadas y los miembros del grupo funcionan como si fueran divisiones operativas de una organización mercantil más grande, con pocas posibilidades de ejercer facultades discrecionales en el seno de la unidad económica aglutinante. Una sociedad matriz puede ejercer un control estricto merced a una operación centralizada de asignación del capital social y del crédito mediante una gestión central de las finanzas del grupo, la decisión de las políticas financieras y de explotación, la fijación de objetivos de rendimiento, la selección de directivos y de otro personal clave y la supervisión constante de las actividades de las demás empresas. El poder del grupo puede estar centralizado en la suprema sociedad matriz o en una empresa de menor jerarquía y, en este caso, la sociedad matriz poseerá las acciones societarias clave, si bien no ejercerá una función directa en los

⁸ Se denomina sociedad de cartera o sociedad matriz a una empresa que directa o indirectamente posee en otra empresa un número suficiente de acciones con derecho a voto como para controlar la dirección y actividad mercantil de esta última influyendo en su junta directiva o eligiendo a los miembros de ésta. La expresión puede denotar una sociedad que por sí misma no produce mercancías ni presta servicios, pero cuya finalidad es poseer acciones de otras empresas (o hacerse con la propiedad plena de otras empresas).

⁹ Algunas investigaciones sugieren que los grupos de Chile por ejemplo, están más diversificados que los de Corea del Sur, mientras que los de Filipinas tienen estructuras más verticales que los de la India y están mucho más dedicados a brindar servicios financieros que los de Tailandia. Véase T. Khanna y Y. Yafeh, *Business Groups in Emerging Markets: Paragons or Parasites?* *Journal of Economic Literature*, Vol. XLV (junio de 2007), págs. 331 a 372.

ámbitos de la producción, la dirección y la gestión. Los grupos más grandes podrían tener sus propios bancos y funcionar como un mercado de capitales. La financiación societaria podría entrañar el otorgamiento interno de préstamos recíprocos entre la sociedad matriz y las filiales, así como de contragarantías¹⁰. Los préstamos internos podrían consistir en capital de explotación o deuda a corto plazo pendiente, por ejemplo, dividendos no pagados o crédito vinculado a operaciones entre empresas del grupo y pueden entrañar o no el pago de intereses.

13. En algunos Estados los lazos de parentesco representan un factor de conexión importante en los grupos de empresas; puede ocurrir, por ejemplo, que los miembros más importantes de la familia y sus estrechos colaboradores pertenezcan a la junta directiva de la sociedad matriz y que los directivos de ésta ocupen cargos en las juntas directivas de las demás empresas del grupo, creándose así un denso tejido de cargos directivos ejercidos por las mismas personas, gracias al cual la familia mantiene el control del grupo. Por ejemplo, el organigrama de un grupo grande de la India muestra una intrincada red de cargos directivos entre el directorio de la sociedad matriz y otros 45 miembros del grupo¹¹.

14. En algunos países los grupos de empresas se han relacionado estrechamente con los poderes públicos y sus políticas, entre ellas las que determinan el acceso al crédito y a las divisas y la competencia extranjera, lo que ha influido considerablemente en el desarrollo de los grupos. Al mismo tiempo, cabe citar ciertas políticas públicas que han tenido como finalidad encauzar el funcionamiento de los grupos de empresas, para lo que han recurrido a retirarles cierto tipo de trato preferente, como el acceso a capital.

15. La estructura de muchos grupos de empresas muestra las dimensiones y la complejidad de las relaciones que pueden establecerse entre las empresas. Estas pueden entrañar muchos niveles de diferentes empresas controladas en mayor o menor medida por la jerarquía o las jerarquías superiores, e implicar en algunos casos a cientos o incluso a miles de empresas diferentes¹².

¹⁰ En muchos países, un método importante para obtener capital al que suelen recurrir los grupos de empresas es la financiación mediante contragarantías, por la cual cada empresa constitutiva del grupo responde del cumplimiento de las obligaciones de las demás. En algunos países ha resultado difícil hacer efectivas las contragarantías en los procedimientos de liquidación y, en algún caso, se han anulado. En un país, las contragarantías pueden servir de mecanismo para atenuar la carga reglamentaria a que están sujetas las empresas, ya que, por ejemplo, se reducen los requisitos contables y de auditoría de las empresas que suscriban contragarantías. La escritura de contragarantía convierte al grupo de empresas que son parte en ella, en muchos sentidos, en una entidad jurídica única y las contragarantías vienen a representar una forma de aportación o mancomunación voluntaria de fondos en caso de que una o más de las empresas parte pasen a ser objeto de un procedimiento de liquidación mientras la contragarantía siga en vigor. Una ventaja de ese mecanismo es que los acreedores y posibles acreedores podrán remitirse al balance unificado de las entidades constitutivas, en vez de consultar los estados financieros de cada filial de propiedad total que haya suscrito una contragarantía.

¹¹ Véase Khanna y Yafeh, nota 9.

¹² De una encuesta realizada en Australia en 1997 sobre las 500 principales empresas que cotizaban en bolsa se desprendió que el 89% de ellas controlaba a otras empresas; cuanto más alta era la capitalización bursátil de una empresa, más empresas controlaba (las cifras iban de un promedio de 72 empresas controladas por sociedades con la capitalización bursátil más alta a un promedio de 9 controladas por las de capitalización más baja); el 90% de las empresas controladas era de propiedad total; el número de estratos de filiales de un grupo de empresas con

16. Al hacer un estudio basado en las cuentas e informes de 1979 de varias grandes empresas multinacionales con sede en el Reino Unido, por ejemplo, hubo que abandonar la parte correspondiente a dos de los grupos más grandes, que contaban con 1.200 y 800 filiales, respectivamente, ante la imposibilidad de concluir el análisis. Los investigadores observaron que muy pocas personas del grupo podían discernir las relaciones jurídicas precisas que vinculaban a todas las empresas integrantes y que ninguno de los grupos estudiados parecía disponer de un organigrama propio completo¹³. De forma análoga, los organigramas de varios grupos inmobiliarios de Hong Kong, como Carrian, que quebró hace más de 20 años, ocupaban varias páginas, y un lector habría necesitado una buena lupa para hallar el nombre de las filiales. Otro caso es el del grupo Federal Mogul, proveedor de componentes de automóviles, cuyo organigrama, si se agrandara para poder leer el nombre de todas sus filiales, cubriría toda una pared de una pequeña oficina. El organigrama del grupo Collins and Aikman, también del sector del automóvil, es un libro, y los distintos estratos de los subgrupos que lo integran tienen la complejidad de estructura propia de muchos grupos de empresas nacionales.

17. El grado de integración de un grupo podría estar determinado por varios factores, entre los que figurarían su organización económica (por ejemplo, si la estructura administrativa está centralizada o si los distintos integrantes gozan de independencia, si la financiación o las garantías de los préstamos de las filiales dependen del grupo, si la gestión de los recursos humanos es o no centralizada, el grado en que la sociedad matriz decide cuestiones fundamentales como la orientación de las políticas, las operaciones y el presupuesto de las demás y hasta qué punto el grupo mercantil está integrado vertical u horizontalmente); el funcionamiento de la mercadotecnia en el seno del grupo (por ejemplo, la importancia de las compraventas entre empresas del grupo, la utilización de marcas registradas, logotipos y programas publicitarios comunes y el suministro de garantías para sus productos), y la imagen pública del grupo (por ejemplo, en qué medida se presenta como empresa única y hasta qué punto la actividad mercantil de las empresas constitutivas se describe como propia del grupo en los informes externos, entre ellos los destinados a los accionistas, a los órganos de reglamentación y a los inversionistas).

18. La estructura legal de un grupo consistente en varias personas jurídicas distintas no determina forzosamente la forma de dirigir y administrar el grupo. Si bien cada integrante es una entidad independiente, la dirección puede organizarse en función de las divisiones correspondientes a las líneas de productos y, como las filiales pueden tener una o muchas líneas de productos, pueden formar parte de varias divisiones. En algunos casos ocurre que los órganos directivos de la sociedad matriz tratan a las filiales que son de su entera propiedad como si fueran sucursales suyas.

estructura vertical oscilaba entre 1 y 11 y el promedio general iba de 3 a 4. En otros países las cifras son mucho más altas. Citado en *Companies and Securities Advisory Committee (CASAC), Corporate Groups Final Report*, 2000, Australia, párr. 1.2.

¹³ Hadden, *Inside Corporate Groups*, 1984 *International Journal of Sociology of Law*, 12, 271-286, pág. 273.

C. Razones para ejercer el comercio por conducto de grupos de empresas

19. Diversos factores, que van de lo jurídico y económico a lo social, cultural e institucional y a normativas de otra índole, determinan la constitución, el funcionamiento y la evolución de los grupos de empresas. La autoridad de los poderes públicos, las costumbres sucesorias, las estructuras de parentesco (incluso consideraciones intergeneracionales), la identidad étnica y la ideología nacional, así como el grado de evolución del marco jurídico (por ejemplo, la eficacia en el cumplimiento de contratos) y el marco institucional que respaldan la actividad comercial pueden influir en la situación de los grupos de empresas en distintos entornos. En algunos estudios se sostiene que las estructuras de los grupos mercantiles tal vez compensen el subdesarrollo de las instituciones y redunden así en la disminución de los costos de las operaciones.

20. La actividad mercantil realizada al amparo de la estructura de un grupo de empresas tiene ventajas, ya que puede reducir el riesgo comercial o lograr los máximos beneficios financieros al permitir que el grupo diversifique y divida sus actividades comerciales en diversos tipos de empresas, cada una gestionada por una sociedad distinta del grupo. Una sociedad puede adquirir otra para expandirse y lograr más poder en el mercado, aunque al mismo tiempo conserve la empresa adquirida y la deje funcionar como entidad separada para beneficiarse de su nombre comercial, su clientela y su imagen pública. La expansión puede tener por objeto adquirir conocimientos nuevos técnicos o de gestión. Es posible que, una vez constituidos, los grupos subsistan y se multipliquen debido a los gastos administrativos que entrañaría racionalizar o liquidar filiales superfluas.

21. Gracias a su estructura, un grupo puede atraer capital e invertirlo tan sólo en una parte de su actividad comercial sin por ello perder el control general, si, por ejemplo, constituye esa parte en una filial independiente y permite a los inversionistas externos que adquieran en ella una participación minoritaria. Una estructura de grupo puede permitir reducir los riesgos de responsabilidad jurídica limitando los altos riesgos de responsabilidad, como los que pudieran dimanar de cuestiones ambientales y de consumo, a determinadas empresas del grupo y evitando así que el resto de los bienes del grupo se vean afectados por esa posible responsabilidad. Puede darse una garantía más eficaz en respaldo de una deuda o un proyecto de financiación si se traspasan determinados bienes a otro miembro que se haya constituido expresamente para ese fin, con lo cual el prestamista gozará de máxima prelación sobre la totalidad o la mayoría de los bienes de la nueva empresa. También puede constituirse otro miembro del grupo para llevar a cabo un proyecto determinado y obtener más financiación imponiendo cargas sobre sus propios bienes y su actividad mercantil, o para explotar una licencia o concesión oficial. La estructura de grupo puede simplificar la venta parcial de una entidad, ya que puede ser más sencillo, y a veces más conveniente a efectos fiscales, traspasar al comprador las acciones de una empresa del grupo, en vez de vender bienes sueltos. Un grupo puede constituirse también de manera incidental cuando una empresa adquiere otra empresa, que, a su vez, es la sociedad matriz de otras empresas.

22. El cumplimiento de reglamentaciones prudenciales o de otros requisitos legislativos se simplifica cuando las sociedades que han de observarlos son integrantes independientes de un grupo. En el caso de los grupos multinacionales,

el derecho interno de determinados países en los que el grupo desee ejercer su actividad mercantil puede exigir que ésta se lleve a cabo por conducto de filiales independientes (a veces con un requisito mínimo de capital social de origen nacional) o imponer otros requisitos o restricciones, por ejemplo, en lo tocante a los reglamentos laborales y de empleo. Como medio de expansión en el extranjero se han utilizado mecanismos que no requieren aportaciones de capital social, a causa, por ejemplo, de leyes internas que dificultan la participación en el capital social del grado de reglamentación impuesto a la inversión extranjera y de las relativas ventajas económicas que reportan esos mecanismos. Los imperativos geográficos constituyen otro factor importante para los grupos multinacionales, concretamente la necesidad de adquirir materia prima o de vender productos por conducto de una filial radicada en determinado lugar. Una consideración afín de creciente importancia que tal vez guarde más relación con el lugar en que se hallen algunas de las partes de la estructura de grupo que con la cuestión de organizar o no una actividad mercantil con estructura de grupo es la importancia de las leyes nacionales que regulan, por ejemplo, cuestiones como los gastos y la simplicidad de los mecanismos de constitución en primera instancia, las obligaciones de las entidades constituidas y el régimen aplicable a los grupos de empresas en un procedimiento de insolvencia. Las diferentes legislaciones de los distintos países pueden complicar considerablemente todas esas cuestiones.

23. Otros factores clave que complican las estructuras de grupo son las consideraciones fiscales y su repercusión en la circulación de dinero dentro de los grupos. Se suele invocar la incidencia fiscal como razón de la formación y el crecimiento subsiguiente de los grupos y, tradicionalmente, en muchos ordenamientos jurídicos se ha venido dando importancia a la unidad económica de entidades conexas. Si bien el principio básico podría ser la imposición tributaria separada de cada entidad, de hecho tal vez se persigan otras finalidades esenciales, como proteger los ingresos fiscales de los gobiernos y aligerar la carga fiscal que de otro modo se crearía si cada empresa del grupo tuviera que pagar impuestos por separado¹⁴. Entre las medidas en que se tienen en cuenta los vínculos entre la sociedad matriz y las filiales cabe mencionar las exoneraciones de impuestos a los dividendos entre empresas del grupo, la desgravación de que goza el grupo y las disposiciones encaminadas a combatir la evasión fiscal. Se aplican exoneraciones de impuestos, por ejemplo, a los dividendos que una empresa reparte entre los accionistas residentes y a los dividendos entre empresas del grupo con fuertes vínculos de propiedad común. Pueden autorizarse deducciones fiscales en el caso de los impuestos pagados en el extranjero en concepto de beneficios de la filial y de los impuestos extranjeros con que se grava directamente un dividendo. El grupo podría beneficiarse de una desgravación conjunta cuando las empresas conexas pudieran tratarse como una unidad fiscal indivisible y presentaran cuentas unificadas. Las pérdidas de una filial pueden compensarse con los ingresos de otra o las pérdidas y ganancias pueden compensarse mutuamente entre los socios del grupo.

24. Como consecuencia de la importancia de las consideraciones de orden fiscal, las políticas de fijación de precios entre empresas del grupo y las tasas y políticas impositivas nacionales suelen determinar la distribución de las partidas de activo y de pasivo en el seno de un grupo de empresas. Las diferencias entre las tasas

¹⁴ *International Investment and Multinational Enterprises - Responsibility of parent companies and their subsidiaries*, OCDE, 1979.

impositivas aplicables a los grupos mercantiles en distintos países, así como ciertas excepciones que se ofrecen en algunos países (por ejemplo, la reducción de tasas impositivas sobre las ganancias obtenidas del sector industrial o sobre los ingresos devengados en concepto de servicios financieros), pueden hacer que las perspectivas en esos ordenamientos resulten más atractivas que en otros que tengan un sistema impositivo más severo y ofrezcan menos excepciones o ninguna. De todos modos, el fisco podrá tener derecho a revisar las estructuras de precios de transferencia interna encaminada a orientar las ganancias hacia domicilios de bajo nivel impositivo.

25. Cabe la posibilidad de que la decisión de establecer una sucursal o una filial también obedezca a razones fiscales cuando, por ejemplo, la repatriación de las ganancias de una filial extranjera esté exonerada de impuestos por tratarse del reembolso de un préstamo a la sociedad matriz o cuando esta última tenga un porcentaje determinado (entre el 5% y el 20%) del capital social de la empresa extranjera; cuando los intereses sobre un crédito tomado para sufragar la adquisición de una filial pueden compensarse con sus ganancias y, como ya se señalado, cuando las pérdidas y ganancias de las filiales puedan compensarse mutuamente en una declaración de impuestos unificada. La actividad mercantil también puede dividirse entre dos o más sociedades para aprovechar la desgravación fiscal, las cifras tope de desgravación fijadas o las tasas tributarias progresivas. Otras razones que cabe mencionar son las siguientes: aprovechar las ventajas emanadas de las diferencias entre los métodos contables, el ejercicio fiscal, los métodos de amortización, los métodos de valoración de existencias y las deducciones por impuestos pagados en el exterior; disociar actividades mercantiles que, de realizarse juntas en una única entidad gravable, podrían entrañar perjuicios fiscales, y aprovechar el tratamiento favorable dado a ciertas actividades (por ejemplo, ventas anticipadas o posibles, fusiones, liquidaciones o regalos o legados entre miembros de una familia), que es aplicable a algunas operaciones pero no a otras.

26. Los requisitos contables también determinan el tipo de estructura de los grupos de empresas. En algunos países podrían crearse ciertos mecanismos, como el de la filial representante, para administrar determinados aspectos de una actividad mercantil y para evitar que la sociedad matriz tenga que presentar cuentas comerciales muy detalladas en relación con ese tipo de filial, que es únicamente un representante de la sociedad matriz, a la que pertenecen todos los bienes correspondientes.

27. Muchas de estas ventajas de ejercer una actividad mercantil por medio de un grupo de empresas pueden ser ilusorias. Es posible que la protección contra pérdidas devastadoras no se haga realidad ante los acuerdos financieros entre las empresas del grupo, los negocios que hagan entre ellas y las contragarantías que se otorguen entre sí, así como las cartas de seguridades¹⁵ entregadas a los auditores del grupo y

¹⁵ Las “cartas de seguridades” suelen ser enviadas por una sociedad matriz con el fin de persuadir a otra entidad para que concierte una operación con una filial. Pueden comprender distintos tipos de compromisos, ninguno de los cuales llegaría a constituir una garantía, a saber, la promesa de mantener su paquete de acciones en una filial o algún otro tipo de compromiso financiero con ella contraído; ejercer su influencia para que la filial cumpla la obligación contraída en virtud de un contrato principal, o confirmar que tiene constancia de la existencia de un contrato con la filial, pero sin indicar expresamente que asumirá responsabilidad alguna por la obligación principal.

la tendencia de los principales acreedores y, en particular, de los bancos, a asegurarse de que la sociedad de más jerarquía del grupo los resarcirá.

28. Para que no quepa duda, cabe señalar que en la práctica contable no se requieren estructuras de grupo de empresas: a los contadores les da lo mismo unificar balances de sucursales que los de un conjunto de filiales. Parece probable que en los ámbitos bancario, comercial y jurídico no siempre se aprecian debidamente los aspectos contables de los grupos de empresas. El riesgo de malentendidos aumentará en el período de transición hasta llegar a la nueva normativa internacional de presentación de informes financieros, cuando muchos grupos de empresas pasen de presentar sus balances unificados conforme a un criterio que hace hincapié en el fondo de las operaciones, a presentarlos conforme a otro criterio en el que la forma jurídica ha de predominar sobre el fondo. Fueron las estructuras contables con partidas no consignadas en el balance general que posibilitaron las quiebras de Enron, WorldCom y otras; de ahí que hoy haya consenso en cuanto a exigir claridad en la presentación de los estados financieros.

D. Definición de “grupo de empresas” - propiedad y control

29. Si bien la existencia de grupos de empresas y la importancia de las relaciones entre sus integrantes se reconocen cada vez más, tanto en la legislación como en las resoluciones judiciales, no existe ningún cuerpo de normas que rijan directamente esas relaciones en su totalidad. En algunos países en que los grupos de empresas están reconocidos en la legislación, no hay leyes de índole comercial o empresarial que regulen explícitamente su funcionamiento, sino que más bien aparecen en disposiciones de otras leyes que rigen los impuestos, la contabilidad empresarial, la competencia, las fusiones y cuestiones de otra índole. Es muy raro encontrar legislación que aborde el régimen aplicable a los grupos de empresas en un procedimiento de insolvencia. Además, al comparar las leyes en que sí se regulan algunos aspectos del grupo de empresas, se observa que las cuestiones se abordan con criterios dispares no sólo en los diferentes países, sino también en las diversas leyes de un mismo país. Así pues, el término “grupo” puede denotar realidades distintas a efectos diferentes, aunque puede haber elementos comunes; cuando se utiliza un concepto particular para definirlo, como el de “control”, por ejemplo, el concepto se define en sentido más lato o más restringido, como ya se señaló, según la finalidad de la legislación.

30. Si bien en la mayoría de las leyes se evita precisar lo que se entiende por “grupo de empresas”, se recurre a varios conceptos comunes para establecer cuáles serán las relaciones entre las entidades constitutivas que bastarán para configurarlas como grupo con fines específicos, como la extensión de la responsabilidad, los fines contables, la fiscalidad y demás. Esos conceptos comunes se encuentran en la legislación y en muchas decisiones judiciales relacionadas con los grupos de empresas en diversos países y suelen comprender aspectos como la propiedad y el control o la influencia que se ejercen tanto directa como indirectamente, aunque en algunos ejemplos se considera únicamente el ejercicio directo de la propiedad o del control o la influencia. La elección entre los dos conceptos suele reflejar la búsqueda de un término medio entre la seguridad que entraña establecer el criterio de la propiedad y la flexibilidad que se puede lograr remitiéndose al criterio del control y reconociendo las diversas realidades económicas que entrañan los grupos de empresas.

31. En algunos casos la propiedad se define por referencia a una relación formalizada entre las empresas, como la que existe entre una sociedad matriz y sus filiales. A su vez, esa relación viene determinada por un criterio de forma, consistente en la titularidad directa o indirecta de un porcentaje concreto de capital social o de derechos de voto. Esos porcentajes oscilan entre una participación de sólo un 5% hasta más del 80%. En los ejemplos en que se fijan porcentajes más bajos se suelen sumar otros factores, como los que se examinan más adelante con respecto al control. En algunos ejemplos, los porcentajes sirven de presunción rebatible de la propiedad; los porcentajes más altos, en cambio, establecen una presunción absoluta.

32. En otros ejemplos de lo que constituye la figura del grupo de empresas se emplea un criterio más funcional, centrado en la caracterización del control jurídico-económico, o dominio o influencia decisiva (denominado “control” en la presente nota), término que por otra parte suele definirse. El concepto radica principalmente en el control efectivo o la capacidad de controlar, directa o indirectamente, la política financiera y de operaciones y el proceso de adopción de decisiones del grupo. Cuando en la definición se menciona la capacidad de control se hace referencia al potencial pasivo de control, más que a un control efectivamente ejercido. El control puede obtenerse por la propiedad de bienes o mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control. Lo que realmente cuenta no es tanto la forma jurídica estricta de la relación entre las entidades, por ejemplo, la relación entre la sociedad matriz y las filiales, sino la esencia de esa relación.

33. Entre los factores indicativos de que una entidad controla a otra cabe destacar: la capacidad de dominar la composición de la junta directiva o del consejo de administración de la segunda entidad; la facultad de nombrar o de destituir a todos o a la mayoría de los directivos o miembros del consejo de administración de la segunda entidad; la posibilidad de controlar la mayoría de los votos emitidos en una reunión de la junta o consejo de la segunda entidad, y la posibilidad de emitir la mayoría de los votos en una junta general de accionistas de la segunda entidad, o de regular su emisión, independientemente de que esa posibilidad emane de la titularidad de acciones o de opciones sobre acciones. La información sobre el miembro del grupo que puede ser pertinente al analizar todos estos factores puede ser: su acta constitutiva, su participación en el capital social, sus decisiones estratégicas sustantivas, sus acuerdos internos y externos en materia de gestión y dirección, los detalles de sus cuentas bancarias y su administración, así como de los firmantes autorizados, y la información sobre sus empleados.

E. Reglamentación de los grupos de empresas

34. Para regular los grupos de empresas por lo general se aplican dos criterios (o, en algunos casos, una combinación de ambos): el de entidad jurídica independiente (criterio tradicional y, con mucho, el predominante) y el de empresa única.

35. El criterio de entidad jurídica independiente está basado en varios principios fundamentales, de los cuales el más importante es el de la personalidad jurídica propia de cada empresa del grupo. También se basa en la responsabilidad limitada de los accionistas de cada empresa del grupo y en los deberes de los directivos de cada entidad independiente constitutiva del grupo para con esa entidad.

36. El concepto de personalidad jurídica propia por lo general supone que una sociedad tiene sus propios derechos y deberes, independientemente de quién la controle o sea su propietario (es decir, de que sea de propiedad total o parcial de otra empresa) y de su participación en las actividades del grupo. Las deudas que contrae son propias y por lo general no pueden saldarse con cargo a los bienes del grupo¹⁶. Los contratos que celebre con personas ajenas al grupo no atañen automáticamente a la sociedad matriz ni a otros miembros del grupo. La sociedad matriz no puede tener en cuenta las ganancias no repartidas de otras empresas integrantes del grupo al calcular sus propias ganancias. Por responsabilidad limitada de una sociedad se entiende que, a diferencia de lo que sucede en una asociación o sociedad unipersonal, las deudas y obligaciones del grupo no recaen en sus miembros, con lo cual las pérdidas que éstos pudieren sufrir no podrán superar el capital que hayan aportado al comprar acciones.

37. El criterio de empresa única se centra, en cambio, en la integración económica de las empresas de un grupo; se concibe al grupo como unidad económica única que desarrolla su actividad mercantil con miras a favorecer los intereses del conjunto, o los del cuerpo empresarial dominante, y no los de cada uno de sus integrantes. Las operaciones de préstamo afectan a todas las empresas constitutivas y se utilizan los mecanismos de tesorería del grupo para compensar los balances acreedores y deudores de cada una de ellas; se puede permitir que, como parte de la estructura y estrategia financiera global del grupo, las empresas integrantes operen con déficit o estén infracapitalizadas; las partidas de activo y de pasivo pueden desplazarse de diversas maneras entre las empresas del grupo y es posible otorgar préstamos o garantías o concertar algún otro tipo de arreglo financiero entre las empresas del grupo en condiciones esencialmente preferentes.

38. Si bien en muchos países se aplica el criterio de entidad jurídica independiente, en algunos se hacen excepciones a la aplicación estricta de ese criterio y en otros se ha introducido, por vía legislativa o judicial, el criterio de empresa única, que se aplica en determinadas situaciones.

39. Algunas de las circunstancias en que no se aplica de forma estricta el criterio de entidad jurídica independiente pueden ser: la unificación de las cuentas de una de las empresas del grupo y de toda entidad controlada; las operaciones con personas conexas (se prohíbe a toda empresa pública otorgar a una empresa conexa todo tipo de beneficios financieros consistentes, por ejemplo, en préstamos, garantías e indemnizaciones internos, la condonación de deudas o la transmisión de bienes, salvo que los accionistas hayan aprobado la operación o que se haya dispensado a aquella de algún otro modo de la prohibición); las participaciones cruzadas en el capital social (por lo general se prohíbe a los miembros del grupo adquirir las acciones de un miembro dominante o constituir garantía sobre ellas, o emitir acciones destinadas a una empresa controlada o traspasárselas) y el ejercicio de la actividad mercantil en situación de insolvencia (la sociedad matriz, que debería sospechar una eventual situación de insolvencia de una filial, podrá ser declarada responsable de las deudas que esa filial haya contraído siendo insolvente).

¹⁶ Véase *infra*, párrs. 143 a 172, para un examen de la consolidación patrimonial.

40. Unos pocos países han establecido distintas categorías de grupos de empresas que pueden actuar como empresa única a cambio de otorgar mayor protección a los acreedores y a los accionistas minoritarios. En uno de ellos¹⁷ los grupos de empresas en que intervienen empresas públicas se dividen en tres categorías según su estructura: a) los grupos integrados; b) los grupos constituidos por vía contractual; y c) los grupos *de facto*; a todos ellos se aplica un conjunto de principios armonizados concernientes a la gestión y la responsabilidad empresarial.

a) Grupos integrados. La integración completa de la filial se produce cuando es aprobada por un determinado porcentaje del voto de los accionistas de la sociedad matriz, a la que corresponde una determinada participación en las acciones de la filial. La sociedad matriz, a cambio de asumir la responsabilidad mancomunada y solidaria por las deudas y obligaciones de la filial, tendrá un poder ilimitado para dirigirla;

b) Grupos constituidos por vía contractual. Pueden ser constituidos por una determinada proporción de accionistas de cada una de las dos empresas que celebren un contrato con miras a otorgar a una de ellas (la sociedad matriz) el derecho a dirigir la otra, siempre y cuando esa gestión sea acorde con los intereses de la sociedad matriz o del grupo en su conjunto. A cambio de otorgar a la sociedad matriz el derecho de control, los acreedores y los accionistas minoritarios reciben más protección; y

c) Grupos *de facto*. Esos grupos se gestan cuando una empresa de un grupo ejerce, directa o indirectamente, una influencia dominante sobre otra empresa. Aunque la relación no se formaliza, se supone que la sociedad matriz intervendrá sistemáticamente en los asuntos de la empresa controlada.

41. En un país¹⁸, en el que el concepto de empresa única se ha introducido en la legislación sobre sociedades mercantiles se prevé que los directivos de las filiales de propiedad total o parcial de la sociedad matriz puedan promover los intereses de ésta, en vez de los de la filial; existen regímenes que regulan los procedimientos de fusión de grupos, así como leyes que también prevén mandamientos de aportación y mancomunación.

42. En otro país¹⁹, la legislación que regula la actividad mercantil de los grupos de empresas utiliza cada vez más el concepto de empresa única para evitar que el fundamento de determinadas leyes mercantiles se vea socavado o soslayado por la figura jurídica del grupo de empresas. Los tribunales han fomentado esa tendencia introduciendo selectivamente el concepto de empresa única para materializar los principios en que se basa la legislación. Se ha aplicado el concepto al régimen de la insolvencia para impedir la realización de determinadas operaciones entre las empresas de un grupo, para respaldar las garantías internas y, en pocos casos, para impulsar la consolidación patrimonial. Los tribunales también tienen la facultad de modificar la prelación de los créditos en un procedimiento de liquidación de una entidad del grupo, ya sea determinando que algunos de los préstamos internos concedidos a esa entidad se traten no como deudas, sino como capital social, o bien determinando que esos préstamos queden subordinados a los créditos de los acreedores externos de la entidad.

¹⁷ Alemania.

¹⁸ Nueva Zelanda.

¹⁹ Estados Unidos de América.

II. Grupos de empresas en situaciones de insolvencia: aspectos nacionales

A. Introducción

43. Los grupos de empresas pueden estar estructurados de modo de reducir al mínimo el riesgo de insolvencia de uno o más de sus integrantes, para lo cual pueden establecer contragarantías e indemnizaciones y realizar otras clases de arreglos análogos. Cuando se presenten problemas efectivamente, la sociedad matriz o la empresa controladora del grupo, a efectos de proteger su reputación y conservar su capacidad crediticia en las esferas comercial y financiera, tal vez procure impedir que otros miembros del grupo caigan en la insolvencia, para lo cual aportará más fondos y accederá a subordinar los créditos internos a obligaciones externas.

44. Ahora bien, si la compleja estructura de un grupo de empresas se ve perturbada por las dificultades financieras de una o más de las empresas que lo integran, o incluso de todas ellas, y esas dificultades desembocan en la insolvencia, surgirán problemas por el simple hecho de que cada empresa constitutiva del grupo tiene una existencia y una personalidad jurídica propias reconocidas. Habida cuenta de que, como se observó anteriormente, la gran mayoría de los regímenes internos de la insolvencia y de las legislaciones nacionales en materia de sociedades mercantiles no abordan la cuestión de la insolvencia de los grupos de empresas, aun cuando las cuestiones relativas a los grupos puedan abordarse en contextos ajenos a la insolvencia, por ejemplo, en relación con los regímenes contable, regulatorio y tributario, la carencia de una base legislativa en contrario y de la facultad discrecional de los tribunales para intervenir en caso de insolvencia implica que cada empresa ha de considerarse por separado y, de ser necesario, administrarse por separado en lo que respecta a la insolvencia. En ciertas situaciones, por ejemplo, cuando la actividad comercial de los miembros del grupo se encuentra estrechamente integrada, ese criterio no siempre puede producir los mejores resultados para el deudor individual o para los negocios del grupo en su conjunto, a menos que se puedan coordinar estrechamente los múltiples procedimientos paralelos.

45. Muchas de las leyes que ya existen en el ordenamiento interno en relación con la insolvencia de los grupos de empresas se concentran en las circunstancias en que procedería mancomunar las masas de la insolvencia de las empresas constitutivas del grupo. Sin embargo, no se dan orientaciones generales acerca de la forma de abordar la cuestión de la insolvencia de los grupos de empresas y, en particular, sobre las circunstancias en que éstos habrían de recibir un trato distinto del que se concede a una entidad jurídica única y si eso sería procedente.

46. Una segunda cuestión clave en cuanto al tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia es el grado de integración económica y organizativa del grupo y la manera en que su nivel de integración podría afectar al tratamiento del grupo en esos casos y, en particular, en qué medida sería procedente que se diera a un grupo sumamente integrado un trato distinto del que se da a un grupo cuyos integrantes conservaran un alto grado de independencia. En algunos casos, por ejemplo, cuando la estructura del grupo es variada y entraña actividades mercantiles y bienes sin vinculación alguna, la insolvencia de uno o más de los

miembros del grupo puede no afectar a los demás miembros ni al grupo en su conjunto y los miembros insolventes pueden ser administrados por separado. En otros casos, en cambio, la insolvencia de un miembro del grupo puede causar dificultades financieras a otros miembros o al grupo en su conjunto, lo que sucede cuando la estructura del grupo es integrada, es decir, cuando existe un alto grado de interdependencia entre sus componentes y los bienes y las deudas de estos están estrechamente vinculados. En esas circunstancias, con frecuencia podría darse el caso de que la insolvencia de varias o de muchas de las empresas del grupo diera lugar inevitablemente a la insolvencia de todos los miembros (“efecto dominó”) y tal vez fuera conveniente evaluar la inminencia de la insolvencia teniendo en cuenta la situación del grupo en su conjunto o coordinar el examen de la situación de los diversos miembros.

B. Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia

47. Las consideraciones generales con respecto a la solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia se examinan más arriba en los capítulos I y II de la segunda parte. Dado que esos capítulos se aplican asimismo a los miembros individuales de los grupos de empresas, deberían examinarse juntamente con las cuestiones adicionales específicas de los grupos de empresas que se examinan *infra*.

1. Solicitud conjunta

a) Antecedentes

48. Por regla general, el régimen de la insolvencia respeta la personalidad jurídica propia de cada miembro del grupo de empresas y exige la presentación de una solicitud de apertura de procedimiento por cada entidad que cumpla los requisitos correspondientes y esté amparada por el régimen de la insolvencia (véase la recomendación 10). Hay muy pocas excepciones en que una sola solicitud pueda hacerse extensiva a otros miembros del grupo; eso ocurre, por ejemplo, cuando todos los interesados dan su consentimiento para incluir a más de uno de ellos, cuando la insolvencia de una empresa integrante del grupo pueda afectar a las demás, cuando haya una estrecha integración económica entre las partes solicitantes de la apertura, que consista, por ejemplo, en la mezcla de bienes o en un grado determinado de control o propiedad en común, o cuando la condición de entidad única del grupo tenga especial importancia jurídica, en particular en el momento de formular los planes de reorganización.

49. Las recomendaciones de la *Guía Legislativa* relativas a la solicitud de apertura y a la propia apertura del procedimiento de insolvencia se aplicarían a los deudores que fueran miembros de un grupo de empresas de la misma forma en que se aplicarían a deudores que constituyeran empresas comerciales individuales. Las recomendaciones 15 y 16 establecen los requisitos que han de cumplir deudores y acreedores para poder solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia y sirven de base para presentar una solicitud respecto de toda empresa integrante de un grupo que cumpla esos requisitos, incluso el relativo a la insolvencia inminente cuando se trate de una solicitud presentada por un deudor. En el contexto de los grupos de empresas, la insolvencia de la empresa matriz o de la empresa controladora del grupo puede socavar la estabilidad financiera de una filial o de una empresa

controlada o la insolvencia de varios de esos miembros puede afectar la solvencia de otros, lo que dará lugar a que la inminencia de la insolvencia se extienda más en todo el grupo. Esa situación estaría prevista en la recomendación 15 si, en el momento en que se presentara la solicitud con respecto a los miembros insolventes del grupo, se pudiera decir de los demás miembros que no estarían en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento.

b) Finalidad de una solicitud conjunta

50. El hecho de permitir que las empresas integrantes de un grupo habilitadas para solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia lo hagan conjuntamente facilitaría el examen coordinado de las solicitudes por parte del tribunal sin menoscabar la identidad jurídica independiente de cada solicitante o eliminar la necesidad de que cada uno de ellos cumpla los requisitos que lo habilitan para solicitar la apertura del procedimiento. También alertaría al tribunal acerca de la existencia de un grupo, en particular si la solicitud tuviera que acompañarse de información que fundamentara la existencia del grupo y la relación entre los deudores y, en caso de que se iniciaran posteriormente procedimientos sobre la base de esa solicitud conjunta, presentaría la ventaja de establecer una fecha común de apertura del procedimiento para los miembros pertinentes del grupo.

51. Siempre y cuando la ley lo permita y sea factible en las circunstancias del caso, la solicitud conjunta podría consistir en un solo escrito que englobara a todas las empresas del grupo habilitadas para solicitar la apertura, o en escritos separados presentados simultáneamente en relación con cada una de ellas. Este último criterio podría resultar apropiado cuando las empresas no pertenecieran a la misma jurisdicción interna y hubiera varios tribunales competentes (como se examina más adelante), o cuando, debido a otras circunstancias, por ejemplo, si hubiera que coordinar un número considerable de procedimientos, no fuera práctico presentar una sola solicitud. En ambos casos, el régimen de la insolvencia debería facilitar al tribunal la tarea de coordinar el examen de las solicitudes, teniendo presente, cuando proceda, el hecho de que se trata de un grupo de empresas, para determinar si cada uno de sus integrantes cumple los requisitos correspondientes.

c) Distinción entre solicitud conjunta y coordinación procesal

52. Cabe distinguir la presentación conjunta de la solicitud de apertura del procedimiento de lo que más adelante se denomina coordinación procesal. El hecho de permitir la presentación conjunta de la solicitud tiene por objeto facilitar la coordinación del examen necesario para decretar la apertura y procurar reducir los gastos. La apertura de varios procedimientos a partir de una solicitud conjunta también facilitaría la coordinación de esos procedimientos; la fecha de apertura, así como toda otra fecha calculada a partir de ella, por ejemplo, las relativas al período de sospecha, serían las mismas para cada uno de los integrantes del grupo. Permitir la solicitud conjunta no tiene por objeto predeterminar la forma en que, de autorizarse la apertura, se administrarán los procedimientos, ni, en particular, si éstos estarán sujetos a coordinación procesal. No obstante, en una solicitud conjunta de apertura podría pedirse la coordinación procesal de los procedimientos, como se explica más adelante, lo que podría facilitar la decisión del tribunal al respecto.

d) Participación de una empresa solvente del grupo en una solicitud conjunta

53. Una cuestión que se suele examinar con respecto a los grupos de empresas es la de incluir o no a una empresa solvente del grupo en una solicitud de apertura de procedimientos de insolvencia con respecto a otros integrantes del grupo y, en caso afirmativo, en qué circunstancias. Como se señaló anteriormente, si una empresa integrante del grupo parece ser solvente pero, tras una investigación, se demuestra que está en situación de insolvencia inminente, podría incluirse en la solicitud en virtud de la recomendación 15 de la *Guía Legislativa*.

54. Si no existe una situación de insolvencia inminente y el miembro del grupo es claramente solvente, pueden adoptarse diferentes criterios. Cuando un grupo esté estrechamente integrado, el régimen de la insolvencia puede permitir que la solicitud de apertura abarque a miembros del grupo que no cumplan los requisitos correspondientes por ser conveniente para los intereses del grupo en su conjunto. Un factor importante para determinar si existe el grado necesario de integración puede ser el hecho de que entre las empresas se haya establecido una relación que, aunque pueda describirse de diversos modos, se caracterice, por ejemplo, por un grado considerable de interdependencia o control, por la mezcla de bienes, por la unidad de identidad y el apoyo administrativo y financiero, u otros factores similares que no necesariamente se desprendan de la relación jurídica (por ejemplo, la de la sociedad matriz y las filiales) que exista entre las empresas. Otra situación en que la inclusión de un miembro solvente del grupo en una solicitud conjunta podría ser apropiada se da cuando la existencia del “grupo” es ficticia.

55. Ese criterio puede facilitar la formulación de una solución de la insolvencia para la totalidad del grupo, lo que evitaría distintas aperturas escalonadas, si posteriormente otras empresas del grupo se vieran afectadas por los procedimientos de insolvencia entablados contra las empresas inicialmente insolventes. También podría facilitar la preparación de un plan amplio de reorganización en el que se tengan en cuenta los bienes de los integrantes solventes e insolventes del grupo.

56. Ahora bien, uno de los problemas de incluir a un miembro solvente del grupo es que el régimen de la insolvencia por lo general únicamente regirá a las entidades consideradas debidamente habilitadas para iniciar un procedimiento de insolvencia. No obstante, una empresa solvente integrante del grupo puede participar a título voluntario en un plan de reorganización si así lo decide en aras de sus intereses comerciales (véase *infra*, párr. 184).

57. También cabría permitir una solicitud conjunta de apertura cuando todas las empresas interesadas del grupo den su consentimiento para que se incluya a una o varias de ellas, insolventes o no, o cuando lo consientan todos los interesados, entre ellos los acreedores. Además, cabría plantearse la posibilidad de que el régimen de la insolvencia previera que una empresa del grupo que no hubiera intervenido en el momento de la apertura de procedimientos de insolvencia contra otras empresas del grupo quedara incluida en esos procedimientos si posteriormente se viera afectada por ellos o si se determinara que incluirla redundaría en beneficio del grupo en su conjunto.

e) Personas habilitadas para presentar una solicitud conjunta

58. En consonancia con el criterio aplicado en la recomendación 14 de la *Guía Legislativa*, el régimen de la insolvencia puede permitir que presenten una solicitud conjunta dos o más empresas integrantes de un grupo que reúnan los requisitos necesarios en él previstos para la apertura. También podría presentarla un acreedor con respecto a los miembros del grupo del que fuera acreedor. El hecho de permitir que un acreedor presente una solicitud con respecto a miembros del grupo de los que no es acreedor sería incompatible con el requisito previsto para la apertura en la recomendación 14.

f) Tribunales competentes

59. La presentación de una solicitud conjunta de apertura con respecto a dos o más miembros de un grupo de empresas puede plantear problemas jurisdiccionales, incluso en el ámbito interno, si los establecimientos de las empresas están situados en diferentes lugares y si hay varios tribunales potencialmente competentes para atender a la solicitud. Esto puede ocurrir, por ejemplo, con respecto a un grupo que funcione en el ámbito nacional en Estados en que la jurisdicción en cuestiones de insolvencia competa a tribunales situados en diferentes lugares o si las solicitudes de apertura pueden presentarse ante diferentes tribunales. Algunas leyes tal vez permitan que una solicitud conjunta de apertura se tramite en un tribunal único. Si bien esa práctica es conveniente, en última instancia corresponderá al derecho interno admitir o no que las solicitudes conjuntas en las que participen diferentes deudores (aunque sean miembros del mismo grupo) en diferentes jurisdicciones o tribunales se tramiten de esa manera. Pueden aplicarse diversos criterios para determinar el tribunal apropiado para tramitar una solicitud de esa índole. Podría tratarse, por ejemplo, del tribunal con competencia para administrar procedimientos de insolvencia con respecto a la empresa matriz o a la empresa controladora de un grupo, cuando esa empresa esté incluida en la solicitud. Otros criterios, como la magnitud del endeudamiento de los diversos miembros del grupo o el centro de control del grupo también pueden elegirse para determinar la competencia preponderante de un tribunal en el plano interno. Los acreedores de diferentes miembros del grupo también podrían estar situados en diferentes lugares, con lo que se plantearían cuestiones relativas a la representación y al lugar en el que se reunirían o constituirían los comités de acreedores.

60. Cabría abordar la cuestión de los gastos generados por una solicitud conjunta de apertura del procedimiento de insolvencia y los demás problemas procesales que ella plantee.

61. Si bien la cuestión de determinar el tribunal competente para atender a una solicitud conjunta de apertura cuando los establecimientos de las empresas estén situados en diferentes jurisdicciones nacionales podría regirse por otras normas ajenas al régimen de la insolvencia, es conveniente aplicar el criterio de la recomendación 13 de la *Guía Legislativa*. Para eso sería necesario que en el régimen de la insolvencia se indicara claramente la ley pertinente que establezca dicha competencia o se hiciera referencia a ésta. De esa forma, todos los interesados sabrían a ciencia cierta dónde y cómo presentar la solicitud.

g) Notificación de la solicitud

62. Las recomendaciones de la *Guía Legislativa* con respecto a la notificación de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia se aplicarían también a la solicitud conjunta. Cuando se trate de una solicitud conjunta presentada por un acreedor, esta se notificará a los miembros del grupo que sean objeto de la solicitud de conformidad con el apartado a) de la recomendación 19. Cuando sea presentada por empresas del grupo, no se exigirá notificación hasta que se inicien procedimientos sobre la base de esa solicitud, de conformidad con la recomendación 22.

Recomendaciones 199 a 201**Finalidad de las disposiciones legislativas**

Las disposiciones relativas a la solicitud conjunta²⁰ de apertura de procedimientos de insolvencia con respecto a dos o más empresas de un grupo tienen por objeto:

- a) Facilitar el examen coordinado de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia con respecto a esos miembros del grupo de empresas;
- b) Facultar al tribunal para obtener información relativa al grupo de empresas que facilite la decisión de decretar la apertura de procedimientos de insolvencia con respecto a esos miembros del grupo;
- c) Aumentar la eficiencia y reducir los gastos relacionados con la apertura de esos procedimientos, y
- d) Proporcionar un mecanismo²¹ para que el tribunal pueda determinar la conveniencia de coordinar esos procedimientos.

Contenido de las disposiciones legislativas***Solicitud conjunta de apertura de procedimientos de insolvencia***

199. El régimen de la insolvencia puede especificar que se pueda presentar una solicitud conjunta de apertura de procedimientos de insolvencia respecto de dos o más miembros de un grupo de empresas, cada uno de los cuales deberá cumplir el requisito de apertura aplicable²².

Personas que podrán presentar una solicitud conjunta

200. El régimen de la insolvencia debería especificar que podrán presentar una solicitud conjunta:

²⁰ Una solicitud conjunta de apertura no afecta a la identidad propia de cada empresa del grupo incluida en la solicitud; cada empresa sigue siendo una entidad separada y distinta.

²¹ Una solicitud conjunta no es un requisito previo para la coordinación procesal, pero puede facilitar la decisión del tribunal en cuanto a decretar o no la coordinación de los procedimientos.

²² Véase *supra* la recomendación 15, que aborda las solicitudes presentadas por los deudores, y la recomendación 16, que aborda las solicitudes de apertura del procedimiento de insolvencia presentadas por los acreedores.

a) Dos o más miembros de un grupo de empresas, cada uno de los cuales deberá cumplir el requisito de apertura aplicable de acuerdo con la recomendación 15; o

b) Un acreedor, a condición de que sea acreedor de cada una de las empresas del grupo que se va a incluir en la solicitud conjunta.

Tribunales competentes

201. A los efectos de la recomendación 13, las palabras “para abrir y sustanciar procedimientos de insolvencia, así como para conocer de las cuestiones que se planteen en el curso de las actuaciones”, se refieren también a una solicitud conjunta de apertura de procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un grupo²³.

2. Coordinación procesal

a) Propósito de la coordinación procesal

63. La coordinación procesal tiene por objeto aumentar la eficiencia de las actuaciones y ahorrar gastos y puede facilitar la obtención de información completa sobre las operaciones comerciales de los miembros del grupo sujetos a los procedimientos de insolvencia, la valoración de los bienes y la identificación de los acreedores y de otras partes con intereses jurídicamente reconocidos, así como evitar la duplicación de esfuerzos. El concepto de coordinación procesal guarda relación con lo que puede constituir, en la práctica, los diversos grados de coordinación con respecto a la administración de varios procedimientos de insolvencia entablados con respecto a dos o más miembros de un grupo de empresas en los que participen, posiblemente, dos o más tribunales. Aunque el activo y el pasivo de cada empresa del grupo sujeta a coordinación procesal se administren en forma coordinada, siguen siendo independientes y diferenciados, con lo cual se conserva la integridad de cada una de las empresas sin menoscabar los derechos sustantivos de los acreedores. De eso se deduce que la coordinación procesal se circunscribe a los aspectos propiamente administrativos del procedimiento de insolvencia y no concierne a las cuestiones de fondo. Por lo general, será el tribunal el que determine el alcance de un mandamiento de coordinación procesal en cada caso.

64. El mandamiento de coordinación procesal puede contribuir a racionalizar los procedimientos de diversas maneras: facilitando el intercambio de información para obtener un panorama más completo de la situación de los diversos deudores; combinando audiencias y reuniones, incluso las juntas de acreedores; preparando una sola lista de acreedores y demás interesados que deban ser notificados, a efectos de coordinar el envío de notificaciones; estableciendo plazos comunes; conviniendo en un procedimiento conjunto de presentación de créditos y la venta coordinada de bienes, coordinando procedimientos de impugnación de ciertos actos, y

²³ En la recomendación 13 se establece lo siguiente: El régimen de la insolvencia debería indicar claramente (o remitir a la regla de derecho pertinente que establezca) el tribunal competente para abrir y sustanciar procedimientos de insolvencia, así como para conocer de las cuestiones que se planteen en el transcurso de ellos. Los criterios que podrían ser pertinentes para determinar el tribunal competente se examinan en el comentario, véase *supra*, párr. 59.

estableciendo una junta única de acreedores o coordinación entre los comités de acreedores. La racionalización puede verse facilitada también por el nombramiento de un único o el mismo representante de la insolvencia para administrar los procedimientos o garantizando la coordinación entre los representantes de la insolvencia cuando se nombre más de uno (véanse los párrafos 173 a 177 *infra*). También puede entrañar cooperación entre dos o más tribunales o, cuando lo permita el derecho interno, la administración de los múltiples procedimientos concernientes a los miembros de un grupo en un solo tribunal.

65. Cuando intervengan dos o más tribunales, la cooperación entre ellos podría incluir, por ejemplo, la coordinación de la celebración de audiencias, comprendidas audiencias conjuntas, y el intercambio y la divulgación de información. Como se observa más adelante con respecto a la cooperación transfronteriza (véanse los párrafos del capítulo III de la tercera parte), las audiencias conjuntas o coordinadas pueden promover considerablemente la eficiencia de procedimientos de insolvencia paralelos que atañan a miembros de un grupo de empresas, reuniendo simultáneamente a los interesados pertinentes para debatir y resolver cuestiones pendientes o posibles conflictos, y evitando así negociaciones prolongadas y las demoras resultantes. Estas audiencias implicarían por lo general que dos o más tribunales celebraran audiencias al mismo tiempo, adoptando medidas para asegurar la comunicación simultánea de modo que las partes puedan por lo menos oír y de preferencia ver los procedimientos en cada tribunal. Puede resultar relativamente más conveniente organizar tales audiencias a nivel interno, dado que normalmente no se presentarán los problemas planteados por diferentes idiomas, husos horarios, leyes, procedimientos y tradiciones judiciales que pueden ocurrir en el contexto transfronterizo. No obstante, al igual que en el contexto internacional, la realización de tales audiencias podría requerir la utilización de procedimientos comunes y el acuerdo, por ejemplo, en lo referente a la manera de abordar la presentación de documentos y de información entre diferentes tribunales.

66. Hay diversos factores que cabría considerar en cada caso para determinar si corresponde decretar la coordinación procesal, por ejemplo, todo lo relacionado con la información incluida en la solicitud a efectos de sustanciar la existencia del grupo y determinar los vínculos entre sus miembros, incluida la posición de cada uno de ellos en el grupo, en particular cuando uno de los miembros sea el controlador del grupo o la sociedad matriz. Si bien, en los casos en que los acreedores estén habilitados para solicitar la coordinación procesal, podría resultar oneroso proporcionar tantos detalles, la parte medular de la solicitud es que los deudores son miembros de un grupo y el tribunal por lo general debe estar convencido de que existe esa relación al determinar si procede decretar la apertura de un procedimiento y la coordinación procesal.

b) Participación de los acreedores

67. Con respecto a la participación de los acreedores, es posible que los intereses de los acreedores de los diferentes miembros del grupo sean divergentes y no puedan estar representados en un solo comité. No obstante, en los casos en que la coordinación procesal afecte a muchas empresas de un grupo, establecer un comité de acreedores para cada miembro por separado podría resultar sumamente costoso e ineficiente para la administración de los procedimientos. Por esa razón, en algunos Estados los tribunales pueden decidir no establecer un comité para cada entidad por

separado en determinadas circunstancias. En consecuencia, como principio general, puede ser conveniente que el régimen de la insolvencia permita que se establezca un solo comité de acreedores cuando proceda.

c) Momento de presentar la solicitud

68. Dado que las ventajas que entraña la coordinación procesal pueden ponerse de manifiesto en el momento de presentar una solicitud de apertura o surgir después de que se haya abierto el procedimiento, es conveniente que un régimen de la insolvencia adopte un enfoque flexible en lo que respecta al momento de presentar la solicitud de coordinación procesal. Por consiguiente, la solicitud podrá presentarse al mismo tiempo que la solicitud de apertura del procedimiento o posteriormente. No obstante, dado que el objetivo de la coordinación procesal es coordinar la administración de múltiples procedimientos, la viabilidad de dictar un mandamiento en una etapa más avanzada de los procedimientos se vería limitada, en la práctica, por la utilidad de proceder de esa forma. En otras palabras, no se lograrían demasiadas ventajas al procurar coordinar procedimientos que están a punto de concluir. Cabría aplicar el mismo enfoque al agregar algún otro miembro del grupo a un mandamiento existente de coordinación procesal cuando esos miembros adicionales pasaran a ser insolventes ulteriormente.

69. Un régimen de la insolvencia podría adoptar el criterio de establecer una fecha límite para solicitar la coordinación procesal a fin de proporcionar cierto grado de certidumbre. No obstante, como suele ocurrir con toda consideración relativa a la necesidad de una fecha límite, las ventajas de establecer ese límite deben contraponerse a las posibles desventajas de la inflexibilidad y a la necesidad de garantizar que la fecha límite se observe adecuadamente.

d) Personas que podrán presentar una solicitud de coordinación procesal

70. Es conveniente que la coordinación procesal esté tan ampliamente disponible como sea posible y que quede a discreción del tribunal el considerar si la coordinación de los diversos procedimientos favorecería su administración. El tribunal podrá considerar si procede ordenar la coordinación procesal de oficio, particularmente en situaciones en que se haya determinado que el hecho de coordinar procesalmente los procedimientos sería beneficioso para el grupo de empresas y facilitaría la administración, pero no se ha recibido ninguna solicitud de coordinación procesal de una parte facultada para presentarla. El tribunal también podrá ordenar la coordinación procesal a instancia de las partes habilitadas para solicitarla, a saber, toda empresa del grupo que esté sujeta a un procedimiento de insolvencia, el representante de la insolvencia de uno de los miembros del grupo, que por lo general poseería la información más importante para hacerlo, o un acreedor.

71. En el caso de los acreedores, no cabría aplicar necesariamente la limitación de elegibilidad que se aplica con respecto a una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia. En los casos en los que se solicite la coordinación procesal al presentarse la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, la cuestión de la apertura podría tratarse independientemente de la cuestión de la coordinación procesal. Del mismo modo, una vez que se haya iniciado el procedimiento, no hay ninguna razón para limitar la facultad de solicitar la coordinación procesal a los acreedores que sean acreedores de los miembros que

vayan a coordinarse -la decisión de dictar un mandamiento de coordinación procesal no debería estar supeditada a la situación del acreedor que la solicita.

e) Tribunales competentes

72. La coordinación procesal también puede plantear los problemas jurisdiccionales señalados anteriormente con respecto a las solicitudes conjuntas de apertura (véanse los párrafos 59 a 61 *supra*) cuando diversos tribunales a nivel interno tengan competencia para conocer de los asuntos de las distintas empresas del grupo sujetas a procedimientos de insolvencia. Cuando surjan problemas de esa índole deberán resolverse por remisión al derecho procesal interno. En algunos Estados, los diferentes procedimientos pueden unificarse o remitirse a un solo tribunal, por ejemplo, el que tenga competencia para administrar un procedimiento de insolvencia con respecto a la sociedad matriz de un grupo. También podría optarse por una serie de criterios diferentes, entre ellos el grado de prelación entre las distintas solicitudes presentadas, la magnitud del endeudamiento o el centro de control, a fin de determinar la competencia preponderante de un tribunal a nivel interno. Un elemento clave para unificar los procedimientos o remitirlos a un solo tribunal sería establecer comunicación entre los tribunales competentes antes de esa remisión. Los acreedores de los diversos miembros del grupo también podrían estar situados en diferentes lugares, lo que plantearía cuestiones relativas a la representación y el lugar en que se reunirían o se constituirían los comités de acreedores.

73. Si bien estas cuestiones podrían abordarse mediante normas jurídicas ajenas al régimen de la insolvencia, es conveniente, como se observó anteriormente con respecto a las solicitudes conjuntas (véase el párr. 61), aplicar el criterio de la recomendación 13. Para eso, el régimen de la insolvencia debería indicar con claridad la ley pertinente que establezca el tribunal competente para atender a una solicitud de coordinación procesal o remitirse a esa norma.

f) Notificación con respecto a la coordinación procesal

74. Para presentar una solicitud de coordinación procesal pueden establecerse los mismos requisitos de notificación previstos en la *Guía Legislativa* en relación con la solicitud de apertura del procedimiento (véanse las recomendaciones 19 y 22 a 24). Cuando los dos tipos de solicitudes se presenten al mismo tiempo, sólo la solicitud de coordinación procesal presentada por acreedores deberá notificarse a los deudores correspondientes en consonancia con lo dispuesto en la recomendación 19.

75. En consonancia con las recomendaciones 23 y 24, no será necesario notificar a los acreedores ninguna solicitud formulada en ese momento por empresas integrantes del grupo, pero podría incluirse en la notificación de apertura del procedimiento información pertinente, como el contenido o las consecuencias del mandamiento.

76. Cuando la solicitud de coordinación procesal se presente después de la apertura del procedimiento, tal vez convenga notificarlo a los acreedores, sin perjuicio de que la coordinación procesal no afecta a los derechos sustantivos de los acreedores. La notificación puede resultar particularmente importante cuando la ley prevea, como se señaló anteriormente, la remisión a un solo tribunal o la sustanciación en un solo tribunal de las causas iniciadas en diferentes jurisdicciones

y esa remisión pueda afectar a aspectos procesales del procedimiento que sean de interés para los acreedores, entre ellos, el lugar de celebración de las reuniones de un comité de acreedores o el lugar de presentación de los créditos.

77. La obligación de notificar a todos los acreedores puede cumplirse mediante una notificación colectiva, entre otras cosas, un aviso en una publicación jurídica determinada, cuando la legislación interna lo permita y cuando proceda, por ejemplo, si hubiese un gran número de acreedores con créditos de escasa cuantía. Además de la información prevista en las recomendaciones *supra* en relación con la notificación de la apertura del procedimiento (recomendación, 25 *supra*), en la del mandamiento de coordinación procesal podrían figurar los términos del mandamiento e información conexas, por ejemplo, sobre la coordinación de las audiencias y las reuniones y las disposiciones que habría que tomar respecto de los acuerdos de préstamo.

g) Modificación o revocación del mandamiento de coordinación procesal

78. Habida cuenta de que el propósito de la coordinación procesal es aumentar la eficiencia de las actuaciones y ahorrar gastos, el régimen de la insolvencia podría prever la modificación o la revocación del mandamiento cuando las circunstancias cambiaran. Ese criterio podría ser conveniente, por ejemplo, si la reorganización coordinada no diera buenos resultados y las distintas empresas del grupo tuvieran que liquidarse por separado. Aunque rara vez sería necesario, debería ser posible revocarlo, ya que el mandamiento inicial no ha de afectar a derechos sustantivos. Como salvaguardia, el régimen de la insolvencia podría prever la posibilidad de revocar o modificar el mandamiento, siempre y cuando eso se haga sin perjuicio de las acciones ya iniciadas conforme al mandamiento inicial ni de los derechos afectados por este.

Recomendaciones 202 a 210

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas a la coordinación procesal de los procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un grupo tienen por objeto:

- a) Facilitar la sustanciación coordinada de esos procedimientos de insolvencia y respetar, al mismo tiempo, la identidad jurídica propia de cada empresa del grupo; y
- b) Ahorrar gastos y mejorar la rentabilidad de los acreedores.

Contenido de las disposiciones legislativas

Coordinación procesal de dos o más procedimientos de insolvencia

202. El régimen de la insolvencia debería especificar que la sustanciación de los procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un grupo podrá ser coordinada para fines procesales.

203. El régimen de la insolvencia debería especificar que, si así lo solicita una persona facultada para presentar una solicitud conforme a lo estipulado en la

recomendación 206 o por su propia iniciativa, el tribunal²⁴ podrá decretar la coordinación procesal.

204. La coordinación procesal podrá abarcar, por ejemplo, el envío conjunto de notificaciones; la coordinación de los procedimientos para la presentación y verificación de créditos; el nombramiento de un mismo o un único representante de la insolvencia; la coordinación de procedimientos de impugnación de ciertos actos; la cooperación entre tribunales, incluida la coordinación de las audiencias; y la cooperación entre representantes de la insolvencia, incluido el intercambio de información y la coordinación de las negociaciones. El alcance y la magnitud de la coordinación procesal deberán ser especificados [en cada caso] por el tribunal.

Solicitudes de coordinación procesal

– *Momento de presentar la solicitud*

205. El régimen de la insolvencia debería especificar que la solicitud de coordinación procesal podrá presentarse al mismo tiempo que la solicitud de apertura de procedimientos de insolvencia o posteriormente²⁵.

Personas que podrán presentar una solicitud de coordinación procesal

206. El régimen de la insolvencia debería especificar que la solicitud de coordinación procesal podrá ser presentada por:

- a) Una empresa del grupo que sea objeto de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia o esté sujeta a un procedimiento de esa índole;
- b) El representante de la insolvencia de una empresa del grupo; o
- c) Un acreedor²⁶ de una empresa del grupo que sea objeto de una solicitud de apertura de procedimientos de insolvencia o esté sujeta a un procedimiento de esa índole.

Coordinación del examen de una solicitud de coordinación procesal

207. El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal²⁷ podrá tomar medidas apropiadas para coordinar con cualquier otro tribunal competente el examen de una solicitud de coordinación procesal de los procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un grupo. Esas medidas pueden abarcar, por ejemplo, procedimientos coordinados; audiencias conjuntas; y el intercambio y la revelación de información.

²⁴ La coordinación puede abarcar diferentes tribunales competentes con respecto a distintas empresas de un mismo grupo o a un único tribunal que sea competente respecto de diversos procedimientos de insolvencia relacionados con empresas del mismo grupo. Por consiguiente, un mandamiento de coordinación procesal puede requerir la adopción de medidas por parte de más de un tribunal.

²⁵ La inviabilidad de ordenar una coordinación procesal en una etapa avanzada de los procedimientos de insolvencia se analiza en el comentario; véanse los párrs. 68 y 69 *supra*.

²⁶ Para poder presentar una solicitud de coordinación procesal no es preciso que un acreedor sea acreedor de todas las empresas del grupo respecto de las cuales trata de obtener la coordinación procesal.

²⁷ Véase la nota 23 *supra*.

Modificación o revocación del mandamiento de coordinación procesal

208. El régimen de la insolvencia debería especificar que podrá modificarse o revocarse un mandamiento de coordinación procesal, con tal de que ninguna de las medidas o decisiones ya tomadas en cumplimiento del mandamiento se vea afectada por la modificación o revocación. Cuando la coordinación procesal sea decretada por más de un tribunal, esos tribunales podrán tomar medidas apropiadas para coordinar la modificación o revocación de dicha coordinación.

Tribunales competentes

209. A los efectos de la recomendación 13, las palabras “para abrir y sustanciar procedimientos de insolvencia, así como para conocer de las cuestiones que se planteen en el curso de las actuaciones” se refieren también a las solicitudes y los mandamientos de coordinación procesal de los procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un grupo²⁸.

Notificación de la coordinación procesal

210. El régimen de la insolvencia debería establecer requisitos para la notificación de las solicitudes y los mandamientos de coordinación procesal y de la modificación o revocación de éstos, entre otras cosas, el alcance y la magnitud del mandamiento, a quién ha de notificarse y qué parte ha de hacerlo y el contenido de la notificación.

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

79. Los modos en que la apertura de procedimientos de insolvencia afectan al deudor y a sus bienes se analizan en detalle *supra* (véase la segunda parte, cap. II). 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 la masa de la insolvencia; la financiación posterior a la apertura; la anulación; la subordinación; y las soluciones o remedios, como las órdenes de consolidación patrimonial.

1. Protección y conservación de la masa de la insolvencia

a) Aplicación de la paralización a un miembro solvente del grupo

80. Como se observó *supra* (véase la segunda parte, cap. II, párr. 26) muchos regímenes de la insolvencia han previsto un mecanismo para proteger el valor de la masa de la insolvencia que no solo 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 recomendaciones referentes a la aplicación de ese mecanismo, denominado “paralización”, serían

²⁸ Los criterios que podrían ser pertinentes para determinar el tribunal competente se analizan en el comentario, véase el párr. 59 y la nota 23 *supra*.

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).

81. 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 respecto de los cuales se hayan presentado solicitudes de apertura de un procedimiento de insolvencia o respecto de los cuales el procedimiento se halle en curso, o pueden incluso minar su capacidad para mantener el giro ordinario de los negocios.

82. Esta extensión del alcance de la paralización para incluir a un miembro solvente 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 otra 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 un miembro 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. La extensión del alcance de la paralización en estos casos 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 un miembro del grupo establecido para tener en su posesión determinados bienes o para cumplir determinadas obligaciones.

83. En algunos Estados, tal vez no resulte posible dictar medidas compensatorias o cautelares relacionadas con la insolvencia respecto de 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 respecto de 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.

84. Esas medidas podrían quedar abarcadas por la recomendación 48, que dispone que el tribunal podrá conceder otras limitaciones, además de las que sean aplicables

automáticamente al abrirse el procedimiento de insolvencia (como 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.

85. También cabría dictar medidas cautelares provisionalmente. En la recomendación 39 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”.

86. En las recomendaciones pertinentes que figuran *supra* se regula también la protección de los intereses de los acreedores, tanto garantizados como ordinarios, de la empresa solvente del grupo. En la recomendación 51, por ejemplo, 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.

87. Cuando un acreedor garantizado sea al mismo tiempo un miembro del mismo grupo de empresas, del que son miembros el deudor o los deudores, podría requerirse un enfoque diferente de la protección, especialmente cuando el régimen de la insolvencia permita la consolidación patrimonial o la subordinación de los créditos de personas allegadas (véase *infra* párrs. 121 a 126).

b) Financiación posterior a la solicitud

88. En el examen de la financiación posterior a la apertura que figura en el capítulo II de la segunda parte 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.

89. La misma necesidad de financiación se presenta también en el período comprendido entre la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura de dicho procedimiento (se trata de la denominada financiación posterior a la solicitud). Cuando un miembro de un grupo de empresas cae en la insolvencia y presenta una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, esa solicitud a menudo desencadena el incumplimiento de lo pactado en los acuerdos de préstamo existentes, habilitando al prestamista a dejar de adelantar los fondos previstos en dichos acuerdos. Cuando un régimen de la insolvencia no prevé la apertura automática de un procedimiento al ser este solicitado, a menudo

puede transcurrir un período de varios meses entre la presentación de la solicitud y la apertura del procedimiento, intervalo durante el cual los tribunales deben hacer una evaluación independiente acerca de si los deudores que figuran en la solicitud cumplen los requisitos legislativos para abrir un procedimiento. No obstante, para que el miembro del grupo pueda seguir funcionando mientras se toma esa decisión, es necesario que pueda seguir administrando el negocio, remunerando a sus empleados, pagando a sus proveedores y llevando adelante sus actividades cotidianas en general. La posibilidad o la imposibilidad de obtener esos fondos durante ese intervalo puede ser un factor decisivo o influir mucho en lo que respecta a determinar si la reorganización será una opción viable o si habrá que recurrir a la liquidación.

90. Como se observó anteriormente (segunda parte, cap II, párr. 96), en ausencia de un tratamiento habilitante o esclarecedor en el régimen de la insolvencia, el suministro de financiación en este período anterior a la apertura del procedimiento de insolvencia puede plantear preguntas difíciles relativas a la aplicación de facultades de impugnación y a la responsabilidad tanto del prestamista como del deudor. Algunos regímenes de la insolvencia 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 una operación preferente.

91. La existencia, en el régimen de la insolvencia, de una disposición que permita obtener financiación durante el período que media entre la presentación de una solicitud y la apertura del procedimiento proporcionaría la autorización necesaria y daría a todo prestamista existente o nuevo la seguridad y el incentivo necesarios para proporcionar fondos adicionales que cubran las necesidades de ese período.

92. La recomendación 39 permite que el tribunal dicte medidas cautelares para preservar los bienes del deudor antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia, cuando estime que esas medidas son necesarias para proteger esos bienes y los intereses de los acreedores. Dado que dichas medidas podrían incluir la autorización de la financiación posterior a la solicitud, debería considerarse que la concesión de esa financiación entra en el ámbito de lo dispuesto en la recomendación 39.

2. Utilización y enajenación de bienes

93. Se ha observado anteriormente (véase la segunda parte, cap. II, párr. 74) 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.

94. 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, que regula la utilización de bienes que sean propiedad de terceros y estén en posesión del deudor, puede resultar suficiente.

95. 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 que está en posesión de los bienes quede incluida en el procedimiento de insolvencia o que las disposiciones de un plan de reorganización de un grupo abarquen los bienes (véase *infra*, párr. 184, para un examen de la inclusión de una empresa solvente de un grupo en un plan de reorganización). 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.

3. Financiación posterior a la apertura

a) Necesidad de financiación posterior a la apertura

96. En el examen de la financiación posterior a la apertura que figura *supra* en el capítulo II de la segunda parte (véanse los párrs. 94 y 95) 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. También 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.

97. 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 de insolvencia 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. 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 posterior a la apertura, 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, párr. jj)); la concesión de fondos por parte de otras 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.

98. Las recomendaciones 63 a 68 tienen por objeto promover la obtención de crédito para mantener en marcha la empresa del deudor, o asegurar su supervivencia y garantizar la debida protección de los proveedores de fondos después de la apertura así como de otras partes cuyos derechos puedan verse afectados por la aportación de fondos tras la apertura del procedimiento. En el contexto del grupo de empresas, estas recomendaciones se aplicarían a la financiación posterior a la apertura proporcionada tanto por prestamistas externos al grupo como por empresas solventes del grupo.

b) Fuentes de financiación posterior a la apertura en el contexto de un grupo

99. Como se observó anteriormente en el capítulo II de la segunda parte (véase el párr. 99), la financiación posterior a la apertura puede provenir de un número limitado de fuentes. En el contexto del grupo de empresas, esto podría incluir tanto fuentes externas al grupo como fuentes internas, y las fuentes internas podrían incluir tanto a miembros solventes del grupo como a miembros del grupo que ya están sujetos a procedimientos de insolvencia. Si bien algunos de los incentivos para proporcionar financiación posterior a la apertura podrían ser los mismos para los prestamistas internos y para los externos, los prestamistas internos podrían tener además el aliciente de su propia supervivencia cuando vayan a participar en una reorganización.

i) Otorgamiento de financiación posterior a la apertura por parte de un miembro solvente del grupo

100. 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 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, en particular cuando está estrechamente

integrada a los miembros insolventes o dependa de ellos para llevar adelante su actividad mercantil. Diversos tipos de entidades solventes, como una empresa creada para fines especiales, con pocas obligaciones y valiosos bienes, podrían intervenir de diferentes maneras para paliar la insolvencia de otros miembros del grupo, por ejemplo, otorgando una garantía real o de otra índole a las empresas insolventes del grupo para ayudarlas a obtener nueva financiación.

101. Ahora bien, la utilización de los bienes de una empresa solvente de un grupo de esa forma, concretamente cuando sea probable que esa empresa solvente del grupo caiga en la insolvencia o cuando esto llegue a producirse, puede plantear varios problemas. Si bien la empresa solvente podría proporcionar 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 en última instancia por el régimen de la insolvencia. Por ejemplo, pueden plantearse preguntas respecto a si un miembro solvente de un grupo de empresas tendría derecho a la prelación prevista en la recomendación 64 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 podría estar prohibida por equipararse a una transmisión de los bienes de una entidad solvente a una entidad insolvente en perjuicio de los acreedores y accionistas de la primera.

102. 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 externos 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 una etapa temprana del procedimiento de insolvencia en un procedimiento de reorganización, 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.

103. La recomendación 63 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 su autorización (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, debería entenderse que la recomendación 63 es aplicable a una empresa del grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia que obtiene fondos, tras la apertura del procedimiento, ya sea de un prestamista externo o de una empresa solvente del mismo grupo. Lo que la recomendación 63 no regula, es el caso de un miembro del grupo sujeto a un procedimiento de insolvencia que proporciona financiación posterior a la apertura directamente a otro miembro del grupo o facilita esa financiación mediante una garantía real o de otra índole.

ii) Financiación concedida tras la apertura por una empresa insolvente del grupo

104. 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 ninguna otra parte de la *Guía*. Tal vez sea necesario que en algunos de los regímenes existentes se aborden algunas de las prohibiciones generales relacionadas con 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 (véase *supra*, párr. 96). El fundamento de política en el que se basan estas prohibiciones será probablemente aún más evidente cuando tanto el prestamista como el prestatario no solo sean insolventes y estén sujetos a procedimientos de insolvencia, si no que también sean miembros del mismo grupo de empresas. El contexto del grupo también puede plantear preocupaciones con respecto a los deberes y obligaciones del representante de la insolvencia, cuando el representante de la insolvencia de un miembro insolvente del grupo procure facilitar la aportación de financiación posterior a la apertura a otro miembro insolvente del grupo.

105. 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 ni de facilitar apoyo para la aportación de esos fondos, pueden darse circunstancias potencialmente limitadas, en que esa financiación sea posible y también conveniente, en particular cuando se consideren los intereses del grupo de empresas 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 del grupo, 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 pueden plantearse dificultades para conseguirlo, el objetivo podría ser una distribución equitativa de todos 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 empresas del grupo interesadas en la financiación posterior a la apertura.

Conflicto de intereses

106. La concesión de fondos en el contexto del grupo plantea problemas relativos a los posibles perjuicios y conflictos de interés que no son pertinentes en el caso de un único deudor. Por ejemplo, puede surgir un conflicto de interés cuando se sopesen los intereses del grupo en su conjunto frente a los intereses potencialmente diferentes del prestamista y el receptor de la financiación posterior a la apertura, en particular cuando se nombre un único representante de la insolvencia para un 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 de varias maneras en el régimen de la insolvencia, por ejemplo, exigiendo la aprobación del tribunal o del

acreedor en lo que respecta a la financiación posterior a la apertura o designando a uno o más representantes de la insolvencia adicionales para velar por la protección de los intereses de los acreedores de los diferentes miembros del grupo (véanse *infra*, párrs. 173 a 178). El nombramiento puede efectuarse para resolver ese conflicto concreto o tener objetivos más generales y abarcar todo el transcurso del procedimiento.

107. También se plantea la cuestión de si se podría solicitar a un miembro insolvente del grupo que, como parte de los acuerdos de financiación del grupo de empresas en su conjunto, garantice la financiación proporcionada a un miembro solvente del grupo. Dado que es probable que el otorgamiento de esa garantía constituya una enajenación de los bienes del miembro insolvente del grupo, posiblemente quedaría abarcado por las recomendaciones que abordan esa cuestión (véanse las recomendaciones 52 a 62).

iii) *Prelación de los préstamos otorgados con posterioridad a la apertura*

108. En la recomendación 64 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 en 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 previsto en la recomendación 64 es apropiado. Por una parte, cabría considerar que ese nivel de prelación proporciona incentivos adeudados para otorgar fondos y brinda una protección apropiada a los acreedores del proveedor de los fondos. Por otra parte, cabría opinar que, habida cuenta de que la operación se realiza entre personas allegadas 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), convendría 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.

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

109. En las recomendaciones 65 a 67 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. Una empresa del grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia puede otorgar una garantía real del tipo mencionado en la recomendación 65 para respaldar la financiación tras la apertura que ha

obtenido para uso propio. Esta situación se contempla en las recomendaciones 65 a 67. Una empresa del grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia puede también otorgar una garantía real del tipo mencionado en la recomendación 65 para respaldar el reembolso de la financiación tras la apertura concedida a otra empresa del grupo que esté en circunstancias similares. En esta última situación, la empresa del 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.

110. Para ajustarse a los requisitos de la recomendación 63 con respecto a la empresa del grupo que se beneficia de la financiación, podría ser conveniente requerir que el representante de la insolvencia de la empresa del grupo que aporta la financiación determine que es necesario obtener fondos tras la apertura para mantener en marcha la empresa del deudor o garantizar su supervivencia o para preservar o incrementar el valor de su masa. Un requisito adicional podría consistir en que los perjuicios que puedan sufrir los acreedores de la empresa del grupo que proporciona la financiación sean contrarrestados por los beneficios que resultarán del otorgamiento de la garantía real.

111. De conformidad con la recomendación 63, el régimen de la insolvencia también podría requerir la autorización previa del tribunal o de los acreedores de la empresa del grupo que proporciona la financiación para la concesión de crédito tras la apertura. 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. 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 se analizan *supra* (véase la segunda parte, cap. II, párrs. 105 y 106). 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.

112. 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.

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

113. 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 ninguna otra parte de la *Guía*. 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 con respecto a las determinaciones que habrá de adoptar el representante de la insolvencia y la posible autorización del tribunal o el consentimiento de los acreedores.

[Recomendaciones contenidas en el documento A/CN.9/671, párr. 95]

Recomendaciones 211 a 216

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones sobre la financiación otorgada tras la apertura de un procedimiento a un miembro de un grupo de empresas tienen por objeto:

- a) Facilitar la obtención de fondos por parte de los miembros de un grupo de empresas que sean objeto de un procedimiento de insolvencia para mantener en marcha o asegurar la supervivencia de sus negocios o para preservar o incrementar el valor de su propia masa de la insolvencia;
- b) Facilitar la aportación de fondos por otros miembros de un mismo grupo de empresas, así como por miembros de ese grupo que sean ellos mismos objeto de un procedimiento de insolvencia;
- c) Velar por la debida protección de los intereses de quienes aporten y reciban fondos tras la apertura de un procedimiento y de toda parte interesada cuyos derechos puedan verse afectados por esa aportación de fondos; y
- d) Propiciar el objetivo de lograr una distribución equitativa entre todos los miembros del grupo afectados de los beneficios y perjuicios que puedan derivarse de esa aportación de fondos tras la apertura de un procedimiento.

Contenido de las disposiciones legislativas²⁹

Financiación tras la apertura de un procedimiento otorgada, por un miembro del grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia, a otro miembro del grupo que también lo sea

[211. El régimen de la insolvencia debería permitir que un miembro de un grupo de empresas que sea objeto de un procedimiento de insolvencia:

a) Adelante fondos, tras la apertura de su procedimiento, a otra empresa del grupo que sea también objeto de un procedimiento;

b) Otorgue, tras la apertura de su procedimiento, una garantía real sobre sus propios bienes en respaldo de un crédito obtenido por otro miembro del grupo que sea también objeto de un procedimiento; y

c) Negocie, tras la apertura de su procedimiento, una garantía u otra forma de afianzamiento del reembolso de la financiación concedida a otro miembro del grupo que sea también objeto de un procedimiento.]

[212. El régimen de la insolvencia debería especificar que cabrá [aportar] [adelantar o facilitar] fondos tras la apertura de un procedimiento, conforme a lo previsto en la recomendación 211, cuando el representante de la insolvencia del miembro del grupo, que adelante los fondos u otorgue una garantía real o negocie alguna otra forma de garantía o afianzamiento:

a) Determine que esos fondos son necesarios para mantener el funcionamiento o asegurar la supervivencia del negocio de esa otra empresa del grupo;

b) Determine que son necesarios para preservar o incrementar el valor de la masa de la insolvencia de esa otra empresa; y

c) Determine [, con arreglo al régimen de la insolvencia,] que cualquier perjuicio que se ocasione a los acreedores será compensado por el beneficio reportado por el adelanto de esos fondos o por la garantía real u otra forma de afianzamiento otorgada.]

[213. El régimen de la insolvencia tal vez exija que el tribunal competente autorice o que los acreedores consientan en que se facilite financiación tras la apertura de un procedimiento, conforme a lo previsto en las recomendaciones 211 y 212.]

²⁹ Las recomendaciones 211 a 216 se revisaron durante el 36º período de sesiones del Grupo de Trabajo, pero no se examinaron por falta de tiempo. Por lo tanto, figuran entre corchetes en el presente documento.

Financiación tras la apertura de un procedimiento obtenida, por un miembro del grupo que sea objeto de un procedimiento, de otro miembro del grupo que también lo sea

[214. El régimen de la insolvencia debería especificar que con arreglo a la recomendación 63, una empresa del grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia podrá obtener financiación, tras la apertura de un procedimiento de otra empresa del grupo que también lo sea, cuando el representante de la insolvencia de la empresa del grupo que reciba la financiación determine que ese crédito es necesario para mantener o asegurar la supervivencia del negocio de esa empresa o para preservar o incrementar el valor de su masa de insolvencia. El régimen de la insolvencia tal vez exija que se obtenga una autorización judicial o que los acreedores consientan en que dicha empresa obtenga la financiación negociada tras la apertura del procedimiento.]

Prelación asignable a la financiación negociada tras la apertura de un procedimiento

[215. El régimen de la insolvencia debería especificar el rango de prelación aplicable a la financiación otorgada tras la apertura de un procedimiento por un miembro de un grupo de empresas que sea objeto de un procedimiento de insolvencia a otro miembro del grupo que también lo sea.]

Garantía real en respaldo de un crédito otorgado tras la apertura de un procedimiento

[216. El régimen de la insolvencia debería especificar que las recomendaciones 65, 66 y 67 son aplicables al otorgamiento de una garantía real conforme a lo previsto en la recomendación 211 b).]

4. Procedimiento de impugnación

a) Naturaleza de las operaciones del grupo de empresas

114. En general, las recomendaciones 87 a 99 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 en vista de la estructura del grupo y de las diferentes relaciones que los miembros del grupo pueden tener unos con otros. 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, 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, por ejemplo, los contratos cuyo objeto sea la fijación de los precios de transferencia interna³⁰, contengan cláusulas distintas de

³⁰ 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

las que regirían el mismo tipo de contratos con cláusulas comerciales corrientes, celebrados entre partes sin vínculo empresarial alguno. 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.

115. Las operaciones internas entre empresas del grupo pueden revestir las siguientes formas: tratos comerciales entre empresas del grupo; la transferencia de beneficios de un miembro del grupo a un miembro controlador del grupo; 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 algunos miembros del grupo a la empresa integrante del grupo que lo financia. Si bien esa práctica tal vez no sea siempre lo que más convenga a los distintos miembros del grupo, algunas legislaciones facultan a los directivos de miembros del grupo 100% propietarios, por ejemplo, a actuar de ese modo, siempre que ello redunde en beneficio del miembro controlador del grupo.

b) Criterios de anulación en el contexto de un grupo de empresas

116. 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, por el hecho de tratarse de operaciones comerciales realizadas en el curso normal de los negocios, o someter las operaciones internas a un examen minucioso y a una anulación más probable debido a la relación existente entre los autores de las operaciones en su calidad de miembros del grupo y las disposiciones del régimen de la insolvencia aplicables a las operaciones entre personas allegadas. Se entiende que 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 (glosario, párr. jj)). Si bien en algunos casos puede justificarse la aplicación de un régimen mas estricto 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, la mera existencia de un grupo de empresas puede no ser suficiente en todos los casos para justificar que todas las operaciones internas se

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.

traten como operaciones entre personas allegadas que deberían ser objeto de anulación, como se observa *supra* (segunda parte, cap. V, párr. 48).

117. 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. 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 solo entre las empresas del grupo sino también entre tales empresas y acreedores externos. Algunas operaciones pueden ser operaciones internas porque no pueden realizarse de otras formas o son el resultado de la manera en que está estructurado el grupo. En algunas situaciones, por ejemplo, es posible que sólo se disponga de financiación interna y no habría motivo para tratar una operación de esa índole de una manera más estricta que una operación en la que interviniera un prestamista externo. Del mismo modo, como se observó *supra*, un grupo puede implicar corrientes y transferencias de efectivo centralizadas que no se producirían en ausencia de la existencia de ese grupo.

118. 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. Por estas razones, es conveniente que el régimen de la insolvencia aborde estas cuestiones en el contexto de los grupos e incluya los factores vinculados a los grupos entre los elementos que 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.

119. 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. 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 algunos regímenes de la insolvencia, por ejemplo, se ha establecido una presunción rebatible, consistente en que las operaciones concertadas entre las empresas de un grupo y entre esas empresas y los accionistas del mismo grupo podrían perjudicar a los acreedores y, por consiguiente, quedar sujetas a anulación. Otro criterio consistiría en reconocer que, como se ha señalado, 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, esa operación debería estar sujeta 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, enfoque este

adoptado por algunos regímenes que 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 pueda diferirse o subordinarse a la de los derechos de los acreedores externos de las empresas insolventes.

120. 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 217 y 218

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones en materia de impugnación entre empresas de un grupo tienen por objeto [prever, además de las consideraciones enunciadas en las recomendaciones 87 a 99, que el régimen de la insolvencia puede permitir que el tribunal tenga en cuenta el hecho de que la operación se realizó en el contexto de un grupo de empresas y definir las circunstancias específicas que puede tomar en cuenta el tribunal].

Contenido de las disposiciones legislativas

Operaciones anulables

217. 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 que se haya concertado entre miembros de un grupo de empresas o entre un miembro de un grupo de empresas y otras personas allegadas, el tribunal podrá tomar en consideración las circunstancias en que se haya efectuado la operación. Entre esas circunstancias cabe mencionar: la relación entre las partes en la operación el grado de integración entre las empresas del grupo que hayan intervenido en la operación; la finalidad de la operación; si la operación ha contribuido a las actividades del grupo en su conjunto; y si, gracias a la operación, las empresas del grupo u otras personas allegadas han obtenido ventajas que normalmente no se otorgarían entre partes no allegadas.

Elementos para obtener la anulación y excepciones alegables

218. El régimen de la insolvencia debería especificar la manera en que cabrá aplicar los elementos mencionados en la recomendación 97 al impugnar operaciones en el contexto de un grupo de empresas³¹.

³¹ 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

121. Se indicó anteriormente (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 y accionistas de la empresa del deudor.

a) Créditos de personas allegadas

122. 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.

123. Como ya se ha explicado, el concepto de “persona allegada” 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, la pertenencia al mismo grupo de empresas, 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.

124. En la segunda parte, capítulo V, párr. 48 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 un miembro controlado del grupo, serían la participación de la empresa matriz en la gestión del miembro del grupo; 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.

125. 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.

126. 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 también puede desalentar la concesión de créditos entre las empresas de un grupo.

b) Trato dado al capital social

127. 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 (véase *supra*, segunda parte, cap. V, párr. 76). 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.

128. 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.

129. El tema de la subordinación en el contexto del trato dado a los créditos y a su grado de prelación se analiza *supra*, pero en la Guía 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)³².

D. Remedios disponibles

130. Por razón de su propia índole y de la forma en que actúan, cabe que exista una compleja red de operaciones financieras entre los miembros de un mismo grupo de empresas, y que los acreedores, en vez de negociar por separado con una de las empresas del grupo, lo hayan hecho con varias de ellas a la vez 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 tal vez requiera una compleja y costosa indagación judicial. Sin embargo, dado que la observancia del principio de la personalidad jurídica propia de cada empresa del grupo significa que cada una de ellas habrá de responder únicamente de sus propias deudas frente a sus acreedores, al abrirse un procedimiento de insolvencia contra una o más empresas de un mismo grupo, podrá ser necesario delimitar el activo y el pasivo de cada una de ellas.

131. Si se consigue delimitar o disociar el patrimonio de cada empresa del grupo y si se aplica el principio de la personalidad independiente de cada empresa, el acreedor podrá cobrar sus créditos únicamente con cargo al patrimonio de su empresa deudora. Si dicha disociación resulta imposible, o si existen otros motivos para tratar al grupo como entidad económica única, algunas legislaciones han previsto remedios para soslayar el principio de la personalidad independiente de cada empresa. Históricamente, se buscaron dichos remedios para subsanar lo que se percibía como un funcionamiento ineficiente e injusto del principio tradicional de la personalidad independiente de cada empresa en ciertos casos que atañen a empresas pertenecientes a un mismo grupo. Además de anular las operaciones entre las empresas de un mismo grupo o de subordinar los préstamos internos del grupo, se idearon soluciones como la de hacer extensiva a empresas solventes del grupo, así como a su personal directivo y a ciertos accionistas, la responsabilidad por las deudas externas de otros miembros de dicho grupo; o la de ordenar por vía judicial cierta aportación financiera, o incluso la consolidación de los patrimonios de dos o más empresas del grupo en una masa única. Algunos de estos remedios requieren que se dictamine que ha habido culpa, en tanto que otros sólo requieren que se comprueben ciertos hechos en el funcionamiento interno del grupo. En otros casos, en particular si se presentan denuncias de mala gestión, tal vez proceda adoptar otras medidas, como la de destituir al personal directivo inculcado o la de limitar su participación en la reorganización de la empresa.

132. Dada la injusticia que puede suponer que un miembro solvente de un grupo se vea obligado a compartir su activo y su pasivo con otro miembro menos solvente del mismo grupo, la solución consistente en soslayar el principio de la personalidad

³² Véase también la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas.

independiente de cada empresa no estará siempre disponible y sólo será aplicable en ciertos casos y en circunstancias especiales. Todo remedio que conlleve extender a otros la responsabilidad de una empresa insolvente puede suponer que se haya de “levantar el velo” de la personalidad jurídica de cada empresa del grupo, lo que puede llevar a que algún accionista sea tenido por responsable de ciertas actividades que normalmente no le competían. Algunos otros remedios que se examinan a continuación y que, en principio, no suponen levantar el velo de la personalidad propia de una empresa, pueden dar lugar en ciertos casos, a efectos similares.

1. Extensión de la responsabilidad

133. La extensión de la responsabilidad por las deudas externas y, en algunos casos, por los actos del miembro de un grupo declarado insolvente a otros miembros solventes del mismo grupo y a los titulares de ciertos cargos directivos de una empresa es un remedio que el derecho interno ofrece en algunos países al acreedor en función de las circunstancias del caso y de la relación existente entre dicho acreedor y su deudor.

134. En muchos países, la ley reconoce supuestos en los que cabe hacer excepción al principio de responsabilidad limitada de una sociedad mercantil, exigiéndose responsabilidad a otra empresa del grupo o a ciertos cargos de la misma por los actos o las deudas de otro miembro del mismo grupo. En algunos casos la ley definirá estrictamente las circunstancias en las que dicha excepción pueda ser invocada, mientras que en otros se deja a los tribunales un amplio margen para evaluar cada caso a la luz de ciertas directrices. No obstante, en ambos casos, el motivo para hacer extensiva la responsabilidad más allá del miembro insolvente del grupo será la relación existente, en términos de dominio y control, entre ese miembro del grupo y toda otra empresa allegada del mismo grupo. Otro factor importante pudiera ser la relación que haya mantenido la empresa solvente del grupo con los acreedores de la empresa que sea objeto del procedimiento de insolvencia.

135. Aunque las circunstancias en que cabe extender la responsabilidad varían según las legislaciones, cabe en general agruparlas conforme a las categorías siguientes. Sin embargo, debe señalarse que no todos los ordenamientos prevén dichas categorías y que es probable que algunas de ellas se solapen:

- a) Uso indebido o abuso por una empresa del grupo (quizá la sociedad matriz) del control que ejerce sobre otra empresa del grupo, explotándola, por ejemplo, constantemente en condiciones deficitarias en provecho del miembro controlador del grupo;
- b) Conducta fraudulenta del accionista dominante, que puede consistir en desviar partidas del activo de un miembro del grupo o en aumentar su pasivo, o en administrar al miembro del grupo con intención de defraudar a ciertos acreedores;
- c) Explotar a un miembro del grupo a título de mero agente, fiduciario o socio de la sociedad matriz o del miembro controlador del grupo;
- d) Llevar los negocios del grupo en su conjunto o un miembro del grupo de manera que pueda redundar en perjuicio de ciertas categorías de acreedores (por ejemplo, contrayendo obligaciones con los empleados de una empresa del grupo);

e) Fragmentar artificialmente una empresa en varias sociedades a fin de evadir ciertas responsabilidades; no respetar la personalidad propia de cada empresa del grupo, ignorando tal vez el principio de la responsabilidad limitada de cada una de ellas o confundiendo sus activos sociales; o crear una estructura social del grupo puramente ficticia, creando, por ejemplo, sociedades que sean un mero artificio para eludir obligaciones legales o contractuales;

f) Capitalización inadecuada de una sociedad que la prive del capital requerido para ejercer su actividad mercantil. Dicha insuficiencia del capital tal vez remonte al momento de constituirse la sociedad o se deba al agotamiento del capital por reembolsos indebidos a los accionistas o la distribución de beneficios excesivos;

g) Falseamiento de la naturaleza del grupo, haciendo creer a los acreedores que tratan con una empresa única, cuando lo están haciendo con un simple miembro del grupo;

h) Actuación indebida, que se da, por ejemplo, cuando una persona, o un miembro del grupo, haya de indemnizar a otro miembro del grupo por fraude, el incumplimiento de un deber o algún otro acto culpable que sea causante de daños personales o ecológicos importantes;

i) Ejercicio indebido del comercio, que se da, por ejemplo, cuando un directivo de un miembro del grupo incumple su deber de supervisar que ese miembro del grupo está en condiciones de proseguir su negocio a la luz de su situación financiera, y no solicita la apertura de un procedimiento de insolvencia, pese a estar obligado a hacerlo, en un plazo contado a partir de la fecha en que la entidad pase a ser insolvente, o si dicho directivo permite que una empresa del grupo contraiga deudas o la induce a hacerlo, cuando es ya insolvente o puede pasar a serlo; y

j) Inobservancia de un deber reglamentario, como sería el de llevar con regularidad la contabilidad de una filial o de un miembro controlado del grupo.

136. En general, no se considera que el mero hecho de que un miembro del grupo controle o domine a otro miembro del grupo o de que haya alguna otra forma de integración económica estrecha en el seno de un grupo de empresas sea motivo suficiente para ignorar la personalidad jurídica propia de cada empresa del grupo o para no respetar su condición de tal.

137. En varios de los ejemplos en que la responsabilidad tal vez pueda hacerse extensiva al miembro controlador del grupo, esa responsabilidad pudiera también extenderse a los miembros de la junta directiva del miembro controlador del grupo, (a quienes cabe describir como directivos de facto o virtuales). Si bien los directivos de una empresa han de asumir sus deberes para con ella, pueden sentirse obligados a compaginar esos deberes con los intereses comerciales y financieros generales del grupo. Hacer prosperar los intereses del grupo, puede entrañar, por ejemplo, que en determinadas circunstancias se hayan de sacrificar los intereses de algunos de sus miembros. Entre los factores que se han de considerar a la hora de determinar si los directivos de un miembro controlador del grupo son personalmente responsables de las deudas y actos de un miembro controlado sujeto a un procedimiento de insolvencia cabe citar los de si hubo participación directa en la gestión del miembro controlado, o negligencia grave o fraude en la gestión del miembro insolvente, o abuso de poder u omisión de la diligencia debida por parte de los directivos del

miembro controlador del grupo, o el de si la gestión del miembro controlado fue causa directa de su insolvencia. En algunos países, cabe también exigir responsabilidad penal a los directivos. A la hora de extender la responsabilidad suele resultar particularmente difícil probar, a la vez, la culpabilidad de la gestión y la intervención de facto o virtual del miembro controlador del grupo en dicha gestión.

138. Hay también leyes que prevén que un miembro controlador del grupo o una sociedad matriz se haga responsable de la deuda de miembros controlados del grupo o una filial, ya sea por estipulación contractual, en particular, cuando el acreedor sea un banco, u otorgando una contragarantía. Conforme a otras leyes, que prevén diversas formas de integración de los grupos de empresas, cabe que el miembro principal del grupo sea considerado solidariamente responsable frente a los acreedores de los miembros integrados del grupo por las obligaciones nacidas tanto antes como después de formalizarse la integración.

2. Orden judicial de contribución financiera

139. Cabe que un tribunal ordene a un miembro solvente del grupo que contribuya cierta suma para sufragar plena o parcialmente las deudas de otro miembro del grupo contra el que se haya abierto un procedimiento de insolvencia. Si bien el régimen de la insolvencia rara vez ha previsto esta medida, algunos países la han adoptado ya o están estudiando hacerlo, pero limitando su uso, en general, a casos en que se proceda a la liquidación de la empresa insolvente.

140. Algunas de las cuestiones que se mencionan a continuación tal vez no hayan de ser reguladas expresamente en el régimen de la insolvencia, dado que tal vez se hayan previsto ya remedios al respecto en otras leyes en materia de ejercicio indebido del comercio o de responsabilidad comercial.

141. En aquellos países que sí han previsto la emisión de una orden de contribución financiera, cabe que el problema suscitado por la necesidad de conciliar los intereses de dos o más grupos de acreedores ordinarios que hayan negociado por separado con dos o más empresas del grupo haga que el tribunal se abstenga de recurrir a esta medida. Los tribunales han adoptado en ocasiones el parecer de que ordenar una contribución financiera plena sería improcedente en todo supuesto en que dicha orden suponga una amenaza a la solvencia de la empresa que no esté aún en liquidación, aunque tal vez resulte posible ordenar una contribución financiera parcial limitada a algunos de los bienes de la empresa solvente, como pudiera ser una contribución limitada al saldo restante una vez satisfechas las obligaciones de buena fe de la empresa aún solvente del grupo.

142. En un país que sí ha previsto la orden de contribución financiera, el tribunal ha de tener en cuenta ciertos factores al considerar si debe o no emitir dicha orden. Cabe citar los siguientes: la medida en que la entidad allegada del grupo haya intervenido en la gestión de la empresa en liquidación; la conducta observada por la entidad allegada hacia los acreedores de la empresa en liquidación, aun cuando no baste para emitir dicha orden que los acreedores se hayan fiado de la relación existente entre los miembros del grupo; la medida en que los hechos que dieron lugar a la liquidación sean imputables a la entidad allegada; la conducta del miembro solvente del grupo, tras la apertura de un procedimiento de liquidación, respecto del miembro insolvente, particularmente si dicha conducta repercute directamente sobre los acreedores del miembro insolvente del grupo, como pudiera

ser el incumplimiento de un contrato entre los dos miembros del grupo; y todo otro asunto que el tribunal estime oportuno³³. Tal vez sea también posible obtener dicha orden en casos en los que, por ejemplo, una filial o un miembro controlado del grupo sea culpable de lesiones personales importantes o la empresa matriz o el miembro controlador del grupo haya permitido que la filial o el miembro controlado del grupo prosiga su negocio tras haber incurrido en insolvencia.

3. Consolidación patrimonial

a) Introducción

143. Conforme se dijo, al ordenarse la coordinación procesal, el activo y el pasivo de los deudores permanecen diferenciados e independientes, y los créditos de los reclamantes no se ven afectados. En cambio, si se ordena una consolidación, el tribunal que sustancie el procedimiento de insolvencia contra dos o más empresas del mismo grupo, podrá ignorar, si lo estima oportuno, la personalidad jurídica propia de cada una de ellas y ordenar que se consoliden sus activos y pasivos como si pertenecieran a una única entidad. Por lo tanto, los bienes se tratan como si formaran parte de una masa única de la insolvencia en provecho general de todos los acreedores de las empresas cuyo patrimonio se haya consolidado. Muy pocos países disponen de leyes que autoricen la emisión de una orden de consolidación y en aquéllos donde está autorizada esta medida, su empleo suele ser muy raro. Lo que más inquieta es el hecho de que la consolidación ignore el principio de la personalidad jurídica propia de cada miembro del grupo, que es lo que permite estructurar al grupo de empresas de modo que responda a diversos cometidos comerciales y adaptarlo ventajosamente a la normativa fiscal y al derecho de sociedades y los reglamentos aplicables a la gestión de empresas. Por ello mismo, si los tribunales ordenaran rutinariamente la consolidación patrimonial, se perderían muchas de las ventajas dimanantes de la flexibilidad estructural de un grupo de empresas.

144. Pese a la ausencia de una autorización legal directa o de una norma preceptiva acerca de las circunstancias en las que podrá emitirse una orden de consolidación patrimonial, los tribunales de algunos países han desarrollado en su práctica jurisdiccional estas órdenes, definiendo los supuestos en los que procederá dictarlas. Esta práctica supone un reconocimiento judicial de la creciente utilización de este tipo de estructuras empresariales para fines tanto comerciales como fiscales. Las circunstancias que justificarían una orden de consolidación siguen siendo, no obstante, escasas, limitándose a supuestos en los que la integración de los miembros de un grupo, a través de vínculos internos de control o de propiedad, dificultan o hacen prácticamente imposible, en términos del tiempo y los recursos requeridos, disociar o declinar el activo y el pasivo de cada miembro integrante del grupo.

145. La consolidación suele ser evocada en el contexto de la liquidación y sólo suele estar autorizada en dicho contexto. No obstante, existen proyectos de ley que permitirían la consolidación en el marco de diversos tipos de reorganización. En países donde no se ha legislado en la materia, cabe la posibilidad de que se dicten mandatos de consolidación tanto en casos de liquidación como de reorganización, si se estima que dicho mandato facilitaría la reorganización del grupo. Aunque lo habitual sea que la consolidación sea impuesta por mandato judicial, cabe también

³³ *New Zealand Companies Act 1993*, Artículos 271 1) a) y 272 1).

que sea consensuada entre todas las partes interesadas, y algunos comentaristas sugieren que no es raro que las empresas de un mismo grupo concierten entre sí y con sus acreedores una reorganización consensuada, incluso en supuestos en los que los tribunales suelen admitir las objeciones de los acreedores contra la consolidación. La consolidación es también posible como fruto de un plan de reorganización, dado que el régimen de la insolvencia de algunos países permite que se incluya en el plan una propuesta para consolidar a la empresa deudora con otros miembros del mismo grupo, solventes o insolventes, aun cuando dicha propuesta habrá de ser aprobada por los acreedores.

146. La consolidación estaría justificada en supuestos en los que permita acrecentar el valor a repartir entre los acreedores, ya sea por razón de la relación estructural existente entre los miembros del grupo y la forma en que administran financiera y comercialmente sus negocios, o por razón del valor de cierta propiedad intelectual utilizada en común por las empresas del grupo para la fabricación de sus productos o incorporada a ellos. También estaría justificada si no existe una separación auténtica entre las empresas de un grupo, o si la estructura del grupo se mantiene únicamente para eludir fraudulentamente medidas reglamentarias o de control.

147. Las principales inquietudes que suscita la consolidación, además de la de que ignora la personalidad jurídica propia de cada miembro, dimanarían de la injusticia que puede suponer para los acreedores de un miembro solvente del grupo un reparto por partes iguales de la masa consolidada con los acreedores de otros miembros menos solventes del grupo, así como del hecho de que no se sepa a ciencia cierta si las ventajas reportadas a los acreedores en general serán superiores a las desventajas que la consolidación puede reportar a algunos de los acreedores en particular. Tal vez algunos acreedores se hayan fiado correctamente del patrimonio de una de las empresas del grupo al negociar con ella, por lo que no se les debería privar de un reembolso pleno de sus créditos por razón de que dicha empresa mantuviera una relación con otro miembro insolvente del grupo, de la que dichos acreedores no tuvieran conocimiento. Cabe, no obstante que otros acreedores se hayan fiado del patrimonio del grupo en su conjunto, por lo que se sentirían defraudados si su derecho al reembolso de su crédito quedaba limitado a los bienes de un solo miembro del grupo.

148. 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 reembolsa a cada uno, incrementando los importes que perciben algunos de ellos a expensas de lo que cobran otros. Además, la consolidación de patrimonios se presta a que los acreedores más importantes y mejor defendidos obtengan reembolso con cargo a bienes a los que no deberían tener acceso, o puede dar lugar a la interposición de recursos por los acreedores disconformes con la consolidación, lo que prolongaría el procedimiento de insolvencia, y mermaría la seguridad y ejecutoriedad de ciertas garantías reales (si se anulan los créditos internos del grupo a resultas de la consolidación, todo acreedor con una garantía sobre dichos créditos la perdería).

149. La consolidación afectará por lo general a los miembros insolventes del grupo, pero algunos regímenes de la insolvencia permiten en ocasiones que se extienda a un miembro aparentemente solvente del grupo. Esto podría ocurrir cuando los negocios de dicho miembro estén de tal modo vinculados a los de otros miembros insolventes que la consolidación resulte procedente o cuando una investigación haga

ver que, a resultas de dicha vinculación, la empresa solvente ha dejado de serlo o que su personalidad jurídica es una mera fachada o implica un plan fraudulento. Cuando haya de incluirse al miembro solvente del grupo, cabe que los intereses garantizados de los acreedores del miembro solvente aconsejen limitar la consolidación al capital social neto del miembro solvente, una vez que se hayan satisfecho las garantías de sus acreedores, si bien esto sería difícil en casos de vinculación o fraude.

b) Circunstancias que justifican la consolidación

150. Varios factores se han considerado cruciales a la hora de determinar si se justifica o no ordenar una consolidación de patrimonios, tanto en la legislación que autoriza las órdenes de consolidación como en la práctica de los tribunales que han impulsado su utilización. Corresponde en cada caso ponderarlos entre sí, dado que ninguno de ellos es necesariamente decisivo ni es preciso que se den todos ellos en un determinado caso. Cabe citar los siguientes: la existencia de estados financieros consolidados del grupo; la utilización de una única cuenta bancaria para todas las empresas del grupo; la comunidad de intereses y la mancomunación de bienes entre las empresas del grupo; la dificultad que suponga deslindar el activo y el pasivo de cada empresa; los gastos generales, contables, de gestión o afines que compartan las distintas empresas del grupo; la existencia de préstamos internos y de garantías recíprocas 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; el grado de 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 sus juntas directivas; la utilización de una sede en común; tratos fraudulentos con acreedores; la práctica de inducir a los acreedores a negociar con el grupo como entidad única, creando así confusión entre los acreedores al no saber con cuál de las empresas estaban tratando, o de difuminar los límites jurídicos de las empresas del grupo; o las ventajas que la consolidación suponga para la reorganización del grupo o para los acreedores.

151. Si bien todos estos factores pueden ser importantes, ciertos tribunales centran su atención en algunos de ellos en particular, como sería el hecho de que los negocios del grupo estén de tal modo entrelazados que separar el activo y el pasivo de cada miembro supondría una enorme pérdida de tiempo y dinero o el de que se hayan cometido actos fraudulentos o llevado a cabo negocios carentes de toda finalidad legítima. En el primer caso, el grado de entrelazamiento requerido es difícil de cuantificar y se ha descrito de diversas maneras por distintos tribunales, a saber, que los activos están completamente entrelazados o que es prácticamente imposible separarlos; que llevaría demasiado tiempo o sería excesivamente oneroso separar las relaciones entre los miembros del grupo y determinar quién es propietario de determinado activo, o que los activos están tan entrelazados que comprometerían la realización de activos netos por los acreedores; o que la distribución del activo y el pasivo entre los miembros interesados es esencialmente arbitraria y sin relación alguna con la realidad económica. En los casos particulares en que se ha considerado que el grado de entrelazamiento justifica una consolidación patrimonial, los tribunales han tenido en cuenta diversos factores, en especial el funcionamiento de los miembros del grupo y de sus relaciones, incluso con respecto a la gestión y a los asuntos financieros; el mantenimiento de registros

contables adecuados de cada miembro del grupo; el respeto de los procedimientos internos del grupo; la manera en que los fondos y activos se transfieren entre los diversos miembros; y otros factores similares relativos a las operaciones del grupo.

152. El tipo de fraude aquí contemplado no es el que pueda haber ocurrido en alguna operación habitual de una empresa, sino la ausencia de una finalidad comercial legítima, que constituya la razón de ser de la empresa o que justifique la actividad comercial a la que se dedique (véase *supra*, párr. 135 e)). Cabe citar el caso de una empresa deudora que transfiera una parte importante de su activo a una empresa recién formada o a otras empresas que le pertenezcan, con miras a conservar dicho activo en provecho propio y así obstaculizar, retrasar y defraudar a sus acreedores, la simulación³⁴ o la pirámide de Ponzi³⁵ y otras prácticas fraudulentas similares.

c) Solicitud de consolidación patrimonial

i) Personas que pueden presentar una solicitud

153. El régimen de la insolvencia debería resolver la cuestión de la legitimidad y oportunidad de una solicitud de consolidación. Para saber quién estará legitimado para presentar una solicitud, tal vez proceda seguir el enfoque adoptado en la recomendación 14 respecto de la parte habilitada para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia. Tratándose de grupos de empresas, debería estar habilitado cualquier miembro interesado del grupo o acreedor de dicho miembro. Debería admitirse también la solicitud presentada por el representante de la insolvencia de cualquier miembro del grupo, dado que el representante será a menudo la persona que disponga de más información acerca de otras empresas del grupo, por lo que podrá juzgar acerca de la conveniencia de solicitar la consolidación patrimonial.

154. Aunque algunos Estados hayan previsto que el tribunal actúe de oficio si estima oportuno ordenar la consolidación patrimonial, la gravedad de la medida obliga, por razones de equidad, a que las partes afectadas sean escuchadas y puedan impugnar la medida, de conformidad con lo dispuesto en las recomendaciones 137 y 138. Por esa razón, y dado que la *Guía Legislativa* suele prever que los tribunales no pueden actuar de oficio en asuntos de insolvencia, conviene adoptar ese enfoque en los casos de consolidación patrimonial.

ii) Momento de la presentación de la solicitud

155. Dado que los factores que pueden justificar la consolidación patrimonial no son siempre evidentes o seguros al declararse abierto un procedimiento de insolvencia, sería aconsejable que el régimen de la insolvencia adopte un criterio flexible con respecto a la cuestión de la oportunidad de la solicitud de consolidación patrimonial, permitiendo que dicha solicitud se presente al presentarse la solicitud de apertura del procedimiento o en todo momento ulterior de un procedimiento ya

³⁴ La simulación puede consistir en celebrar contratos que no expresan la verdadera intención de las partes y que no tienen efecto entre las partes o producen efectos diferentes de los descritos en los contratos, es decir, contratos ficticios.

³⁵ Una operación de inversión fraudulenta que consiste en remunerar a distintos inversionistas con el dinero que invirtieron o con el dinero de inversionistas posteriores, y no con las ganancias efectivamente realizadas.

abierto. Cabe observar, no obstante, que en la práctica es poco probable que pueda solicitarse una consolidación después de la apertura de un procedimiento, habida cuenta del estado en que se halle la administración del procedimiento, en particular, por ejemplo, si se trata de la ejecución de un plan de reorganización. Tal vez se hayan resuelto ya ciertas cuestiones clave concernientes a la venta y enajenación de los activos, o a la presentación y la admisión de los créditos, o se haya dado curso a decisiones adoptadas respecto de algún miembro del grupo, lo que crea dificultades prácticas para consolidar procedimientos parcialmente administrados. En este caso, sería conveniente que la orden tenga en cuenta el estado en que se halle el procedimiento, consolidando las actuaciones en curso y preservando todo derecho ya adquirido. Cabría, por ello, declarar que todo crédito ya admitido frente a un miembro del grupo será tenido por admitido frente a la masa patrimonial consolidada.

156. Cabría seguir el mismo enfoque al agregar algún otro miembro a una consolidación patrimonial. En el curso de la administración de un procedimiento relativo a diversos miembros del grupo de empresas, tal vez se estime oportuno incluir en la masa consolidada el patrimonio de otros miembros del grupo, porque las razones que justificaron la orden inicial también son de recibo en el caso de esos otros miembros. Si la consolidación inicial se hizo con el consentimiento de los acreedores, o si se les dio a los acreedores la oportunidad de impugnarla, la adición del patrimonio de otro miembro en una etapa ulterior de las actuaciones podría modificar el grupo de activos con respecto al que se había convenido inicialmente o notificado inicialmente a los acreedores. En dicho caso, sería conveniente volver a dar a los acreedores la oportunidad de pronunciarse acerca de la ampliación sugerida. Si la consolidación se ordena tras haberse efectuado una distribución parcial a los acreedores de uno de los miembros, procedería traer a colación lo ya distribuido de tal modo que un acreedor que haya sido reembolsado parcialmente con cargo a uno de los miembros del grupo no pueda resarcirse por el mismo crédito frente a la masa consolidada hasta que los demás acreedores hayan obtenido una retribución parcial de sus créditos proporcional a la ya obtenida, antes de la consolidación, por algunos de los acreedores.

d) Intereses encontrados a raíz de una consolidación

157. En el contexto de la consolidación merecerán tenerse en cuenta los intereses encontrados no solo de los acreedores de las distintas empresas de un grupo sino también los de otros interesados y, en particular, los de los acreedores frente a los accionistas; los de los accionistas de las distintas empresas del grupo, en especial los de los que son accionistas de algunas empresas, pero que no lo son de otras; y los de los acreedores garantizados y privilegiados de cada empresa consolidada del grupo.

i) Propietarios y accionistas

158. Muchos regímenes de la insolvencia siguen la regla general de dar primacía a los acreedores sobre los propietarios y accionistas de la empresa, 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. Ello suele dar lugar a que los propietarios y los accionistas no perciban suma alguna (véase la segunda parte, cap. V, párr. 76 y la recomendación 189). Cabe, no

obstante, que los accionistas de algunas empresas de un mismo grupo, cuyo activo sea superior a su pasivo, reciban cierta suma, en tanto que los acreedores de otras empresas del grupo, cuya situación patrimonial sea inversa, no perciban nada. Si la regla general de dar prelación a los acreedores sobre los accionistas se aplica al grupo en su conjunto a raíz de su consolidación, todo acreedor de una empresa del grupo pasará por delante de los accionistas de cualquier empresa del grupo.

ii) *Acreedores garantizados*

159. En toda la *Guía Legislativa* se examina la posición del acreedor garantizado en un procedimiento de insolvencia (véase el Anexo I para las referencias pertinentes) y se adopta el criterio de que, por regla general, debe reconocerse en un procedimiento de insolvencia la oponibilidad y prelación de una garantía real válida, preservándose el valor del bien gravado. Ese criterio será igualmente aplicable al acreedor garantizado en el contexto de un grupo de empresas. Se reconoce también que el régimen de la insolvencia puede prever algún trato especial para los bienes gravados que, salvaguardando su valor, permita utilizarlos al servicio de su política comercial y económica en materia de insolvencia (véase segunda parte, cap. II, párr. 59).

160. En una consolidación se plantearán cuestiones como la de si una garantía constituida sobre la totalidad o parte del patrimonio de una empresa de un grupo podrá ser extendida, a raíz de la consolidación, al patrimonio de otra empresa del grupo o si quedará circunscrita al patrimonio de la empresa inicialmente gravada; o la de si un acreedor garantizado con cobertura insuficiente podrá presentar una reclamación, a título de acreedor ordinario, frente a la masa consolidada, la parte de su crédito no cubierta por su garantía; y la de si un acreedor garantizado interno (es decir una empresa del mismo grupo) debe ser tratado de modo distinto que los acreedores garantizados externos. Las garantías reales que gravan el conjunto de la masa de un deudor cristalizarían generalmente en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia y no debería plantearse la cuestión de si esas garantías se extienden a los activos objeto de la consolidación. El hecho de permitir la extensión de una garantía real de un acreedor garantizado a raíz de una orden de consolidación patrimonial mejoraría la posición de ese acreedor en detrimento de otros acreedores y constituiría una ventaja o beneficio injusto, lo que en general no es deseable. El mismo razonamiento podría aplicarse a los créditos de los empleados.

161. Tratándose de los acreedores garantizados externos, una solución podría consistir en excluirlos de la consolidación, efectuando lo que vendría ser una consolidación parcial o limitada. Cabría prever soluciones especiales para los acreedores garantizados que se hayan fiado, por ejemplo, de la personalidad independiente de cada miembro del grupo o de una garantía entre miembros del mismo grupo. Cuando un bien gravado sea requerido como factor clave para la reorganización de una empresa, cabría prever soluciones algo distintas, como la de permitir que el tribunal ordene la consolidación en términos que permitan que dichos bienes sigan cumpliendo su función o la de negociar el consentimiento del acreedor afectado. Cabría también prever que un acreedor garantizado renuncie, a raíz de la consolidación, a su gravamen, con tal de que la suma debida pase a ser pagadera por las entidades consolidadas.

162. Tal vez proceda también considerar el caso de los acreedores garantizados internos. Con arreglo a algunas leyes, cabe que las garantías reales internas del grupo sean anuladas, pasando el acreedor garantizado interno a ser un acreedor ordinario, o que sean subordinadas o modificadas de algún otro modo.

iii) *Acreedores privilegiados*

163. El trato que procede dar a los acreedores privilegiados suscita cuestiones similares. En la práctica, cabe que se vean beneficiados o perjudicados por la mancomunación de los bienes del grupo, al igual que sucede con los acreedores ordinarios. Cuando la prelación de sus créditos se haya asignado, como en el caso de las prestaciones sociales de los empleados o los créditos fiscales, en el marco de cada empresa en particular, podría tener que examinarse de nuevo el orden de prelación de dichos créditos privilegiados en el marco del grupo consolidado, especialmente cuando los intereses de los empleados de una y otra empresa se vean opuestamente afectados. Por ejemplo, está claro que los intereses de los empleados de una empresa con un activo superior a su pasivo se verán diversamente afectados por la consolidación que los de los empleados de otra empresa del mismo grupo cuya situación patrimonial sea la inversa. Si bien cabe prever que, por lo general, los acreedores privilegiados mejoren su posición a expensas de los acreedores ordinarios de las empresas consolidadas, cabe también prever que los acreedores privilegiados de cada empresa hayan de moderar sus expectativas iniciales al tener que computar entre todos ellos sus créditos privilegiados frente a la masa única del grupo consolidado. Cuando los activos están tan estrechamente entrelazados que no es posible discernir quién es el propietario de tal o cual activo, puede ser muy difícil determinar el valor total de los activos disponibles para saldar los créditos de los acreedores privilegiados. Por consiguiente, si bien es deseable que las prelaciones establecidas para cada deudor en virtud del régimen de la insolvencia se reconozcan cuando el deudor queda sujeto a la consolidación patrimonial, no siempre será posible darles pleno efecto.

e) **Notificación que ha de darse a los acreedores**

164. Cabe prever que una solicitud de consolidación sea objeto de los mismos requisitos, en materia de notificación, que una solicitud para la apertura de un procedimiento³⁶. De presentarse simultáneamente a la solicitud de apertura de un procedimiento, la solicitud de consolidación sólo deberá ser notificada, con arreglo a la recomendación 19, a las empresas deudoras afectadas cuando la solicitud sea presentada por los acreedores. Con arreglo a las recomendaciones 22 y 23, no debería ser necesario que una solicitud de consolidación presentada por las propias empresas del grupo, al presentar una solicitud de apertura de un procedimiento, sea notificada a los acreedores, al igual que con arreglo a dichas recomendaciones no se habrá de notificar la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia a los acreedores de la empresa que presente dicha solicitud.

165. Ahora bien, la incidencia eventual que puede tener una consolidación patrimonial sobre los derechos de los acreedores sugiere que tal vez sea conveniente que los acreedores afectados tengan derecho a ser notificados de toda orden de consolidación emitida con ocasión de la apertura de un procedimiento y que tengan

³⁶ Véase *supra*, segunda parte, cap. I, párrs. 64 a 71 y recomendaciones 19 a) y 22 a 25.

derecho a recurrir contra dicha orden, de conformidad con lo previsto en la recomendación 138. Lo primero que ha de considerarse es si bastará con que se haya presentado un único recurso contra la orden para impedir que se proceda a la consolidación. Cabría, por ejemplo, que se otorgue a todo acreedor que haya recurrido, por verse notablemente perjudicado por la consolidación, una tasa de reembolso superior a la que sería aplicable a los demás acreedores no garantizados, apartándose en esto del principio de la distribución por igual entre los acreedores de una misma categoría. Cabría también excluir de la consolidación a los intereses de ciertos acreedores que estén amparados por un contrato especial, por ejemplo, por el denominado acuerdo de financiación de proyectos de recurso limitado concertado con determinada empresa del grupo en términos estrictamente comerciales.

166. Cuando la consolidación sea solicitada por los acreedores estando ya abiertos los procedimientos, tal vez proceda que se dé aviso de la solicitud de consolidación a los representantes de la insolvencia de las empresas que vayan a ser consolidadas. Los avisos deberán darse con efectividad y oportunidad conforme a lo previsto por el derecho interno.

f) Efecto de una orden de consolidación patrimonial

167. El régimen de la insolvencia debería prever los efectos que tendrá una orden de consolidación patrimonial. Cabe citar al respecto: el tratamiento del activo y el pasivo de los miembros consolidados del grupo como si formasen parte de una única masa de la insolvencia; la anulación de los créditos internos del grupo; el tratamiento de los créditos frente a las empresas del grupo que hayan de consolidarse en créditos contra la masa consolidada; el reconocimiento del orden de prelación anterior frente a cada empresa del grupo en el nuevo orden de prelación común que se establezca frente a la masa consolidada (en la medida de lo posible, desde la dificultad mencionada *supra*); y la convocatoria de una única junta de acreedores a la que asistirían los acreedores de todos los miembros consolidados del grupo. En lo concerniente al valor en caso de liquidación, al que se refiere, la recomendación 152 b), dicho valor sería, a raíz de una consolidación patrimonial, el valor de liquidación de la masa consolidada y no el valor de liquidación de cada empresa del grupo, previo a la consolidación. Una orden de consolidación patrimonial también podría tener el efecto de combinar a los acreedores para votar un eventual plan de reorganización para los miembros consolidados del grupo. Los créditos internos del grupo desaparecerían generalmente en caso de consolidación, dado que el crédito y la obligación de pagar pertenecen o son debidos a la misma masa de la insolvencia, por lo cual se anulan mutuamente.

168. Cuando la consolidación se ordene estando ya abierto un procedimiento de insolvencia o cuando se extienda a otros miembros del grupo en fechas sucesivas, tal vez se haya de considerar la fecha más adecuada para la determinación del denominado período de sospecha con fines de anulación (véase la recomendación 89), a fin de que los prestamistas y otros terceros interesados gocen de seguridad al respecto. Esta cuestión será más ardua de resolver cuanto mayor sea el tiempo que transcurra entre la apertura de cada procedimiento de insolvencia individual y la emisión de la orden de consolidación. Optar por la fecha de emisión de la orden de consolidación como punto de partida para el cálculo retroactivo del período de sospecha, durante el cual sería impugnabile toda operación de la empresa consolidada, suscitaría tal vez problemas respecto de algunas de las operaciones

negociadas después de la fecha de solicitud o de apertura del procedimiento de insolvencia frente a cada miembro afectado del grupo y antes de la fecha de emisión de la orden de consolidación. Cabría fijar dicha fecha determinante del período de sospecha con arreglo a la recomendación 89. Pero cabría también fijar una fecha común determinante del período de sospecha, fijándola en la fecha de presentación de la primera solicitud de apertura o en la fecha de apertura efectiva del primer procedimiento de insolvencia respecto de cualquiera de las empresas consolidadas del grupo. En uno y otro caso, sería conveniente que la fecha sea indicada en el régimen de la insolvencia a fin de salvaguardar la transparencia y previsibilidad debidas.

g) Modificación de una orden

169. Pese a que la irreversibilidad eventual de ciertos efectos de una orden de consolidación patrimonial hace que no siempre sea posible o conveniente modificar una orden ya emitida, puede suceder que la evolución del caso o la disponibilidad de nuevos datos hagan aconsejable que se modifique la orden original. Toda modificación debería estar supeditada a la condición de que los actos o decisiones ya adoptados a raíz de la orden inicial no se vean afectados por la orden de modificación. Esas medidas o decisiones, tanto si las toma el tribunal como el representante de la insolvencia, pueden comprender la venta de activos o el otorgamiento de financiación a los miembros del grupo, siempre que se adopten de buena fe.

h) Exclusiones de una orden de consolidación patrimonial

170. Algunos regímenes han previsto lo que cabría llamar orden de consolidación patrimonial parcial o limitada, consistente en una orden de consolidación patrimonial que excluye de su ámbito a ciertos bienes o a ciertos créditos.

171. Estas exclusiones serán poco frecuentes, dado que la decisión a favor de una consolidación patrimonial se adopta en caso de que existan activos entremezclados. La consolidación podría limitarse, por ejemplo, a los acreedores no garantizados, con lo que se excluiría a los acreedores garantizados externos, que quedarían en libertad para hacer valer sus garantías reales (a menos que esas garantías reales dependan de la identidad separada de los miembros del grupo que se vaya a consolidar), o solo al activo y al pasivo que ya estén entremezclados, excluyendo de su ámbito a todo activo cuya titularidad no sea dudosa. Los créditos vinculados a activos excluidos desaparecerían con el activo. Otro enfoque consistiría en excluir ciertos activos de la consolidación patrimonial a fin de no causar daño indebido a algunos acreedores, aunque esto es poco probable en el caso de activos entremezclados o de fraude.

i) Tribunal competente

172. Las cuestiones anteriormente examinadas acerca de la solicitud conjunta y de la coordinación procesal serían igualmente aplicables al tribunal competente para ordenar la consolidación patrimonial (véase *supra*, párrs. 59 a 61 y recomendación 209).

Recomendaciones 219 a 232

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas a la consolidación patrimonial tienen por objeto:

- a) Autorizar por ley la consolidación patrimonial y respetar, al mismo tiempo, el principio básico de la identidad jurídica propia de cada empresa del grupo;
- b) Especificar las circunstancias sumamente limitadas en que cabrá recurrir a la consolidación patrimonial en aras de la transparencia y la previsibilidad; y
- c) Especificar el efecto de un mandamiento de consolidación patrimonial, incluido el tratamiento de las garantías reales.

Contenido de las disposiciones legislativas

Excepciones al principio de la identidad jurídica propia

219. El régimen de la insolvencia debería respetar la identidad jurídica propia de cada empresa de un grupo. Toda excepción a esta regla deberá estar fundada en alguno de los motivos enunciados en la recomendación 220.

Circunstancias en que podrá procederse a una consolidación patrimonial

220. Si así lo solicita una persona habilitada para presentar una solicitud con arreglo a la recomendación 223, el régimen de la insolvencia podrá autorizar al tribunal para ordenar una consolidación patrimonial contra dos o más empresas del grupo [, si se dan las circunstancias limitadas siguientes]:

- a) El tribunal llega al convencimiento de que el activo y el pasivo de las empresas afectadas del grupo están de tal forma entremezclados que no cabría deslindar la titularidad de los bienes y de las obligaciones sin incurrir en un gasto o una demora injustificado; o
- b) Las empresas del grupo practican actividades fraudulentas o intervienen en negocios sin legitimidad comercial alguna y el tribunal está convencido de que la consolidación patrimonial puede resultar esencial para enderezar dichas actividades o negocios.

Exclusiones a la consolidación patrimonial

221. El régimen de la insolvencia podrá permitir que el tribunal excluya una orden de consolidación patrimonial determinados bienes y créditos.

Solicitud de consolidación patrimonial

- Momento de presentar la solicitud

222. El régimen de la insolvencia debería especificar que podrá presentarse una solicitud de consolidación patrimonial al solicitar la apertura de un procedimiento

de insolvencia con respecto a empresas del grupo o en cualquier momento ulterior³⁷, siempre que se cumplan las condiciones de la recomendación 220.

- *Personas que podrán presentar una solicitud de consolidación patrimonial*

223. El régimen de la insolvencia debería indicar cuáles son las personas que podrán presentar una solicitud de consolidación patrimonial, entre las que podrán figurar toda empresa del grupo, el representante de la insolvencia de toda empresa del grupo o todo acreedor de alguna empresa del grupo.

Efecto de una orden de consolidación patrimonial

224. El régimen de la insolvencia debería especificar que una orden de consolidación patrimonial dará lugar a³⁸:

- a) El activo y el pasivo de los miembros consolidados del grupo se tratan como si formaran parte de una única masa de la insolvencia;
- b) Los créditos y las deudas entre empresas del mismo grupo que sean objeto de la orden emitida se cancelan; y
- c) Los créditos contra las empresas del grupo afectadas por dicha orden se tratan como créditos contra la [única] masa patrimonial [consolidada].

225. [El régimen de la insolvencia debería especificar que todo acreedor amparado por una garantía real sobre un activo de un miembro de un grupo de empresas o un crédito salarial contra ese miembro no puede [mejorar] [aumentar] el valor, el rango o la prelación de su garantía real o de su crédito a raíz de una orden de consolidación patrimonial que afecte a ese miembro.]

Tratamiento de las garantías reales en el marco de una consolidación patrimonial

226. El régimen de la insolvencia debería especificar que los derechos y prelación de un acreedor amparado por una garantía real sobre algún activo de una empresa del grupo que sea objeto de una orden de consolidación patrimonial deberían, en la medida de lo posible, respetarse en la consolidación patrimonial, salvo que:

- a) La deuda garantizada sea puramente interna entre empresas del grupo y se haya cancelado a resultas de la consolidación;
- b) Se determine que la garantía real se obtuvo fraudulentamente con la connivencia del acreedor; o
- c) La operación constitutiva de la garantía real sea impugnada de conformidad con las recomendaciones 87, 88 y 217.

Reconocimiento de la prelación en el marco de una consolidación patrimonial

227. El régimen de la insolvencia debería especificar que en una consolidación patrimonial deberá reconocerse, en la medida de lo posible, el orden de prelación

³⁷ La inviabilidad de ordenar una consolidación patrimonial en una etapa avanzada de los procedimientos de insolvencia se analiza en el comentario, véanse los párrs. 155 y 156 *supra*.

³⁸ El efecto en las garantías reales se aborda en la recomendación 226.

establecido con arreglo al régimen de la insolvencia y aplicable a las distintas empresas del grupo antes de emitirse una orden de consolidación patrimonial.

Reuniones de acreedores

228. El régimen de la insolvencia debería especificar que, en tanto en cuanto la ley requiera que se celebre una reunión de acreedores una vez se haya emitido una orden de consolidación patrimonial, tendrán derecho a asistir a ella todas las empresas del grupo afectadas.

Cálculo del período de sospecha en el marco de una consolidación patrimonial

229. 1) El régimen de la insolvencia debería indicar la fecha a partir de la cual se ha de calcular el período de sospecha para la determinación de las operaciones impugnables del tipo mencionado en la recomendación 87, al ordenarse una consolidación patrimonial.

2) De ordenarse la consolidación patrimonial simultáneamente a la apertura del procedimiento de insolvencia, la fecha a partir de la cual se ha de calcular retroactivamente el período de sospecha deberá ser fijada con arreglo a lo previsto en la recomendación 89.

3) De ordenarse la consolidación subsiguientemente a la apertura del procedimiento de insolvencia, la fecha a partir de la cual se ha de calcular retroactivamente el período de sospecha podrá ser:

a) Una fecha distinta para cada empresa del grupo incluida en la orden de consolidación, pudiendo ser tanto la fecha de la solicitud de apertura como la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia respecto de cada empresa del grupo, conforme a lo previsto en la recomendación 89; o

b) Una misma fecha para todas las empresas del grupo a las que sea aplicable la consolidación patrimonial, que corresponderá a la fecha de presentación de la primera solicitud de apertura de un procedimiento o a la fecha de apertura de tal procedimiento contra cualquiera de ellas.

Modificación de una orden de consolidación patrimonial

230. El régimen de la insolvencia debería especificar que una orden de consolidación patrimonial podrá ser modificada, con tal de que no se vean afectados los actos o decisiones ya adoptados a raíz de la orden de consolidación que se vaya a modificar³⁹.

Tribunal competente

231. A los efectos de la recomendación 13, las palabras “para abrir y sustanciar procedimientos de insolvencia, así como para conocer de las cuestiones que se

³⁹ No se pretende que la utilización de la palabra “modificación” incluya la revocación de una orden de consolidación patrimonial.

planteen en el curso de las actuaciones” se refieren también a la solicitud y a la emisión de una orden de consolidación patrimonial⁴⁰.

Notificación

232. El régimen de la insolvencia debería establecer los requisitos para dar aviso de toda solicitud de consolidación patrimonial presentada y de toda orden emitida, así como de toda solicitud de modificación de una consolidación patrimonial presentada y de toda orden emitida, indicándose además las partes a las que se deberá dar aviso, así como el autor de dicho aviso y su contenido.

E. Participantes

1. Nombramiento de un representante de la insolvencia

a) Coordinación procesal

173. Al declararse abierto más de un procedimiento contra varios miembros de un grupo, cabe que se dicte o no se dicte una orden de coordinación procesal al respecto, pero en uno y otro caso, la coordinación de dichos procedimientos se vería facilitada si el régimen de la insolvencia ha previsto la coordinación procesal e indica la manera de lograrla, conforme a lo previsto en el artículo 27 de la Ley Modelo. Cabría adoptar dicho enfoque respecto de la coordinación entre los diversos tribunales que estén sustanciando actuaciones frente a diversos miembros de un mismo grupo de empresas y respecto de la coordinación entre los diversos representantes de la insolvencia designados en el marco de cada procedimiento. El nombramiento y el cometido del representante de la insolvencia se examinan *supra* (véase la segunda parte, cap. III, párrs. 36 a 74). Las cuestiones examinadas, junto con lo dispuesto en las recomendaciones 115 a 125, resultarían en general aplicables en el contexto de un grupo. En el contexto de un grupo, cabría añadir a las obligaciones de los representantes de la insolvencia con arreglo a la *Guía Legislativa* (recomendaciones 111, 116, 117 y 120) varios aspectos de coordinación, en particular: comunicar y compartir entre ellos la información disponible; aprobar o dar curso a todo acuerdo concertado para la delimitación de poderes y obligaciones entre los representantes de cada masa de la insolvencia; cooperar en la utilización y disposición de los activos de sus respectivas masas; proponer y negociar planes de reorganización coordinados (salvo que sea posible, conforme se examina más adelante, preparar un único plan para el grupo); coordinar la presentación y admisión de los créditos; y la repartición de sumas entre los acreedores. El régimen de la insolvencia podría regular asimismo la resolución agilizada de las controversias entre representantes de la insolvencia.

174. De haberse designado varios representantes de la insolvencia en los diferentes procedimientos concernientes a los miembros del grupo, cabe que el régimen de la insolvencia permita que uno de ellos asuma una función coordinadora de las actuaciones. Ese representante podría ser, por ejemplo, el representante de la sociedad matriz o del miembro controlador del grupo si está sujeto a un procedimiento de esa índole. Aun cuando la función rectora asumida puede ser un

⁴⁰ Los criterios que podrían ser pertinentes para determinar el tribunal competente se analizan en el comentario, véanse *supra* los párrs. 59 a 61 y la nota 23.

reflejo de la relación existente entre las empresas del grupo o la estructura de este, debe preservarse la igualdad jurídica entre los representantes de la insolvencia. Cabe también que el ejercicio de la función coordinadora por uno de los representantes de la insolvencia sea libremente negociado entre ellos, en la medida en que lo permita el derecho interno aplicable.

175. En algunos países cabe que la función coordinadora haya de ser asumida por el foro competente y no por uno de los representantes de la insolvencia. De ser ese el caso, y de intervenir diversos tribunales en las actuaciones frente a diversos miembros del grupo, sería conveniente que lo dispuesto acerca de la coordinación de los procedimientos sea también aplicable a los tribunales, otorgándoseles facultades previstas en el artículo 27 de la Ley Modelo.

b) Nombramiento de un único representante de la insolvencia

176. La coordinación de diversos procedimientos se vería también facilitada sin duda, por el nombramiento de un único o el mismo representante de la insolvencia para administrar a los diferentes miembros del grupo sujetos a un procedimiento de insolvencia. En la práctica, tal vez sea posible nombrar un único representante para las diversas actuaciones, o tal vez sea preciso efectuar dicho nombramiento respecto de cada uno de los procedimientos abiertos que se hayan de coordinar, dependiendo de los requisitos procesales y del número de tribunales que intervengan. Si bien la administración de cada uno de los miembros del grupo se mantendría separada (como en el caso de la coordinación procesal), la designación de un único representante podría facilitar la coordinación de la administración de las diversas masas de la insolvencia, reduciendo los gastos y las demoras y facilitando la obtención de información acerca del grupo en su conjunto. Con respecto a este último punto, convendría ejercer prudencia en cuanto a la manera de tratar la información, velando en particular por la observancia de los requisitos de confidencialidad en el caso de cada miembro del grupo. Aun cuando muchos regímenes de la insolvencia no regulen la cuestión del nombramiento de un único representante de la insolvencia, en algunos países este tipo de nombramiento para empresas de un mismo grupo ha pasado a ser una práctica establecida. Aunque en menor medida, esta práctica se sigue también en casos de insolvencia transfronteriza, donde se ha nombrado a representantes de la insolvencia de la misma empresa internacional en diferentes países.

177. De nombrarse un único o el mismo representante de la insolvencia para administrar a varios miembros de un grupo de empresas deudoras entre los que existan vínculos financieros y comerciales complejos, pero cada una de ellas con su propio grupo de acreedores, se corre el riesgo de perder la neutralidad y la independencia. Pueden surgir conflictos de interés en materia, por ejemplo, de garantías recíprocas, deudas y créditos internos del grupo, financiación posterior a la apertura de un procedimiento, la declaración y la verificación de créditos, o la actuación ilícita de una de las empresas respecto de otra empresa del grupo. La obligación de revelar conflictos de interés posibles o existentes en las recomendaciones 116 y 177 sería aplicable en el contexto de un grupo. Como salvaguardia frente al riesgo inherente a dichos conflictos, cabrá exigir que el representante de la insolvencia asuma cierto compromiso de neutralidad u obligarle por ley o norma de ética profesional a recabar la orientación del tribunal en todo conflicto que surja. Cabría asimismo que el régimen de la insolvencia prevea para

dichos casos la designación de uno o más representantes de la insolvencia para administrar la masa patrimonial de cada empresa en situación conflictiva, con un mandato global para toda la duración de las actuaciones o limitado a la resolución del punto conflictivo.

c) Deudor en posesión del negocio

178. Si el régimen de la insolvencia permite que el deudor siga en posesión del negocio, y que no se nombre un representante de la insolvencia, tal vez se haya de determinar cómo procederá coordinar los procedimientos que se hayan abierto y la medida en que las obligaciones que se asignan a este respecto al representante de la insolvencia, particularmente las adicionales descritas en párrafos anteriores, habrán de ser asumidas por todo deudor que siga en posesión de su negocio (véase *supra*, segunda parte, capítulo III, párrs. 16 a 18). En la medida en que un deudor en posesión del negocio ha de asumir las funciones de un representante de la insolvencia, se habrá de considerar también hasta qué punto le será aplicable lo dispuesto en el régimen de la insolvencia acerca del nombramiento eventual de un único o el mismo representante de la insolvencia o acerca de que uno de los representantes nombrados asuma una función rectora en la coordinación de los procedimientos abiertos.

Recomendaciones 233 a 237

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas al nombramiento del representante de la insolvencia en el contexto de un grupo de empresas tienen por objeto:

- a) Permitir el nombramiento de un único o de un mismo representante de la insolvencia para facilitar la coordinación de los procedimientos que se hayan abierto respecto de dos o más empresas de un grupo; y
- b) Alentar, en supuestos en que se nombren dos o más representantes de la insolvencia, la cooperación entre dichos representantes con miras a evitar que se duplique la labor, facilitar el intercambio de información sobre la situación financiera y comercial del grupo de empresas en su conjunto, y reducir gastos.

Contenido de las disposiciones legislativas

Nombramiento de un único o un mismo representante de la insolvencia

233. El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando se determine que redundará en provecho de la sustanciación de los procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un grupo, podrá nombrarse un único o un mismo representante de la insolvencia para sustanciar esos procedimientos⁴¹.

⁴¹ Si bien la recomendación 118 trata del nombramiento del representante de la insolvencia, no recomienda su nombramiento por ninguna autoridad en particular, sino que se remite al régimen de la insolvencia. Sea cual sea el mecanismo de nombramiento interno que se utilice, se aplicaría a la recomendación 223.

Conflicto de intereses

234. El régimen de la insolvencia debería prever medidas para dirimir todo conflicto de intereses que pudiera surgir en el supuesto de que se nombre a un único o a un mismo representante de la insolvencia en el marco de procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un grupo. Entre esas medidas cabría prever la de que se nombrara uno o más representantes de la insolvencia adicionales.

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

235. El régimen de la insolvencia podrá disponer que en el supuesto de que se nombren distintos representantes de la insolvencia para administrar procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un grupo en el marco de esos procedimientos, dichos representantes deberán cooperar entre sí en la medida de lo posible⁴².

Cooperación entre dos o más representantes de la insolvencia en el marco de la coordinación procesal

236. El régimen de la insolvencia debería disponer que, siempre que se nombre más de un representante de la insolvencia para sustanciar procedimientos de insolvencia que estén sujetos a coordinación procesal, los representantes así nombrados deberán cooperar entre sí en la medida de lo posible.

Formas de cooperación [Cooperación en la medida de lo posible]

237. El régimen de la insolvencia debería especificar que la cooperación en la medida de lo posible entre representantes de la insolvencia a la que, se hace referencia en las recomendaciones 235 y 236 debería llevarse a cabo por cualquier medio apropiado, en particular:

- a) Intercambiar y revelar toda información pertinente;
- b) Aprobar y poner en práctica acuerdos para el ejercicio de la potestad otorgada a los representantes de la insolvencia y la distribución entre ellos de sus responsabilidades, o en los que se prevea que un representante asuma una función rectora en aras de la coordinación;
- c) Coordinarse entre sí en la administración y supervisión del negocio de toda empresa del grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia, en particular respecto de las operaciones en curso cuando un negocio haya de seguir en marcha, así como respecto de la financiación tras la apertura de un procedimiento, la preservación de los bienes de la masa, la utilización o enajenación de dichos bienes, el ejercicio de toda acción de impugnación que proceda, la presentación y admisión de los créditos, y la distribución de las sumas disponibles entre los acreedores; y

⁴² Además de las disposiciones del régimen de la insolvencia relativas a la cooperación y la coordinación, en general el tribunal puede indicar las medidas que habrán de adoptarse a tal fin en el curso de la sustanciación de los procedimientos.

d) Coordinarse entre sí con miras a proponer y negociar planes de reorganización, comunicación con los acreedores y reuniones de acreedores.

F. Reorganización de dos o más empresas de un grupo

179. Las recomendaciones 139 a 159 tratan de la preparación, propuesta, contenido, aprobación y ejecución de un plan de reorganización. Por lo general, dichas recomendaciones serán aplicables en el contexto de un grupo de empresas.

1. Planes de reorganización coordinados

180. De abrirse procedimientos de reorganización respecto de dos o más empresas del mismo grupo, se haya o no previsto su coordinación eventual, una cuestión que no se aborda en ninguna otra parte de la *Guía Legislativa* consiste en saber si existe la posibilidad de reorganizar las empresas deudoras con arreglo a un único plan que abarque a varios miembros, o a planes coordinados, esencialmente similares para cada miembro. Estos planes permitirían efectuar economías en el marco de cada procedimiento, coordinar la solución de las dificultades financieras del grupo y maximizar el valor reembolsable a los acreedores. Si bien varios regímenes de la insolvencia permiten que se negocie un único plan de reorganización, con arreglo a algunos de ellos sólo sería posible hacerlo si el tribunal ordena una coordinación procesal o una consolidación patrimonial, mientras que con arreglo a otros sólo sería posible si la ley autoriza que se proceda a una coordinación consensual de los procedimientos.

181. La adopción de un único plan o de planes coordinados requeriría, en la práctica, que se preparara y aprobara, en el marco de cada procedimiento abierto contra una empresa del grupo que vaya a ser incluida en el plan, un plan idéntico o similar al de las demás. La aprobación de cada plan habría de efectuarse, respecto de cada empresa incluida en el plan, por sus propios acreedores que ejercitarían su voto conforme a lo previsto para la aprobación de un plan respecto de una única empresa; no sería conveniente que se procediera a la aprobación de un plan en el marco global del grupo en su conjunto, dado que ello permitiría que una mayoría global de acreedores de distintas empresas del grupo imponga el plan así aprobado a empresas cuyos acreedores no lo deseen. La preparación de un plan para todas los miembros del grupo y su aprobación deben respetar la necesidad de que el plan definitivo sea aprobado por todos los miembros del grupo, por lo que se debería indicar cuáles serían las ventajas del plan para cada una de ellas, dándose la información que proceda al respecto. Esas cuestiones están ya previstas en las recomendaciones 143 y 144 relativas al contenido del plan y a la nota informativa adjunta. Entre los datos adicionales que cabría facilitar en el contexto de un grupo figurarían los datos relativos a las operaciones internas del grupo, las vinculaciones entre los miembros del grupo, la posición en el grupo de cada miembro abarcado por un plan y el funcionamiento del grupo en cuanto tal.

182. La preparación de un plan único o de planes de reorganización obligaría a tener en cuenta la diversidad de intereses de los acreedores de distintas empresas del grupo, por lo que tal vez proceda prever una tasa de reembolso distinta para los acreedores de aquellas empresas del grupo cuyas circunstancias especiales lo justifiquen. Debe procurarse también conciliar debidamente los derechos de los

acreedores de las distintas empresas del grupo al calcular la mayoría exigible para la aprobación del plan entre los acreedores de cada empresa del grupo y entre los acreedores de diferentes empresas del grupo. La clasificación de los créditos por categorías de acreedores también debe tenerse en cuenta, así como el ejercicio del voto por los acreedores y la aprobación del plan, particularmente en el supuesto de que las empresas de un grupo sean acreedoras unas de otras y por ello “personas allegadas”. El cálculo de la mayoría exigible en el contexto de un grupo tal vez obligue a determinar cómo se habrá de computar el voto de acreedores con créditos de la misma categoría frente a distintas empresas del grupo en supuestos en los que dichos créditos no gocen de idéntica prelación. Tal vez se haya de considerar también si el rechazo del plan por los acreedores de una sola empresa del grupo podrá impedir la aprobación del plan a nivel del grupo, o que otras consecuencias cabe atribuir a dicho rechazo. Cabría tratar de resolver estas cuestiones inspirándose en el régimen previsto para la aprobación de un plan de reorganización para una única empresa. Pero cabría también calcular la mayoría exigible en cada caso con miras a facilitar la aprobación del plan a nivel del grupo en su conjunto. Cabría prever además salvaguardias como las enunciadas en la recomendación 152, a las que se añadiría el requisito de que los planes resulten equitativos para los acreedores de las distintas empresas del grupo.

183. En el contexto de un grupo, cabe calificar de persona allegada a toda persona que esté o que haya estado en un puesto de control de la empresa deudora o de la sociedad matriz, una filial o una empresa asociada de la empresa deudora (véase el glosario jj)). El ejercicio del voto por personas allegadas para la aprobación de un plan se examina *supra* (véase la segunda parte, cap. IV, párr. 46) y se señala que pese a que algunos regímenes de la insolvencia restringen de diverso modo el ejercicio del voto por las personas allegadas, la mayoría de los regímenes de la insolvencia no se ocupan de esta cuestión. Cabe observar que cuando el régimen de la insolvencia aplicable ha previsto dichas restricciones, cabe que ello cause dificultades en algunos grupos cuando determinada empresa del grupo tenga únicamente acreedores catalogables como personas allegadas o tenga muy pocos acreedores que no lo sean.

184. Cabe que el régimen de la insolvencia haya previsto las consecuencias de que no se apruebe un plan de reorganización, conforme se indica en la recomendación 158. El régimen aplicable en cierto país prevé, por ejemplo, que la no aprobación de un plan dará lugar a que se proceda a la liquidación de todas las empresas insolventes del grupo. Cuando participan en el plan empresas solventes del grupo que han dado su consentimiento para ello, tal vez proceda prever alguna regla que impida que alguien saque algún provecho indebido de dicha liquidación.

2. Inclusión de una empresa solvente del grupo en un plan de reorganización

185. En los párrafos 53 a 57 *supra* se examina la posibilidad de incluir a un miembro solvente de un grupo en una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia. Se observa que un miembro aparentemente solvente puede, luego de una investigación, satisfacer el criterio de apertura por insolvencia inminente y quedar por lo tanto abarcado por lo dispuesto en la recomendación 15. Esta situación no es inhabitual en un grupo de empresas en que la insolvencia de algunos miembros conduce casi inevitablemente a la insolvencia de otros. Si la insolvencia no es inminente, sin embargo, un miembro solvente de un grupo generalmente no

podrá participar en un plan de reorganización para otros miembros del mismo grupo incluidos en un procedimiento de insolvencia en el marco del régimen de la insolvencia. No obstante, pueden existir circunstancias en las que diferentes niveles de participación de un miembro solvente en un plan de reorganización podrán ser apropiados y viables, a título voluntario. Esta participación de miembros solventes de un grupo no es, en realidad, una práctica inusual. El miembro solvente del grupo podría facilitar la reorganización de otros miembros del grupo de empresas y estaría vinculado contractualmente por el plan si este se aprueba y, cuando se requiera, se confirma. La decisión por la que un miembro solvente del grupo acepta participar en un plan de reorganización sería adoptada en el curso normal del negocio de dicho miembro, por lo que no será necesario recabar el consentimiento de sus acreedores, salvo que el derecho interno de sociedades lo exija. Respecto de toda nota informativa que se adjunte a un plan en el que se haya incluido a un miembro solvente del grupo, deberá obrarse con cautela al dar al público información concerniente a dicho miembro solvente del grupo.

Recomendaciones 238 y 239

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas a planes de reorganización concertados en el contexto de un grupo de empresas tienen por objeto:

a) Facilitar el restablecimiento coordinado de los negocios de las empresas de un mismo grupo declaradas en situación de insolvencia, a fin de preservar el empleo y, siempre que proceda, amparar el valor de las inversiones; y

b) Facilitar la negociación y aprobación de planes de reorganización coordinados en el marco de los procedimientos de insolvencia abiertos respecto de dos o más empresas de un mismo grupo.

Contenido de las disposiciones legislativas

Plan de reorganización

238. El régimen de la insolvencia debería permitir que en el marco de los procedimientos de insolvencia abiertos respecto de dos o más empresas de un mismo grupo se aprueben planes de reorganización coordinados.

239. El régimen de la insolvencia debería especificar que una empresa del grupo no sujeta a procedimientos de insolvencia podrá participar voluntariamente en el plan de reorganización aprobado para dos o más empresas del mismo grupo sujetas a procedimientos de insolvencia.