



Asamblea General

Distr. limitada
6 de marzo de 2009
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
36º período de sesiones
Nueva York, 18 a 22 de mayo de 2009

Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia

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

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Glosario	2
III. Recomendaciones	3
A. Solicitud conjunta	3
B. Coordinación procesal	4
C. Financiación posterior a la apertura de un procedimiento	6
D. Disposiciones de impugnación de ciertos actos	10
E. Consolidación patrimonial	11
F. Representante de la insolvencia	15
G. Plan de reorganización	17



I. Introducción

1. En la presente nota se revisan los proyectos de recomendación contenidos en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.82 y Add.1 a 3 partiendo del informe del Grupo de Trabajo V sobre la labor realizada en su 35º período de sesiones (A/CN.9/666). La nota no incluye el comentario, que se está revisando y ampliando, y que se someterá a la consideración del Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones.
2. Se han incluido varias notas explicativas dirigidas al Grupo de Trabajo que sólo tienen por finalidad explicar los cambios que se han introducido en el proyecto de recomendaciones, facilitar el debate y plantear cuestiones para que el Grupo de Trabajo las examine; no se pretende que formen parte del comentario.
3. Actualmente la numeración de las recomendaciones sigue el orden de las de la Guía Legislativa. Los números de la versión anterior de las recomendaciones (A/CN.9/WG.V/WP.82 y Add.1 a 3) figuran entre corchetes para facilitar la referencia y la comparación. También se han mantenido las referencias cruzadas que remiten a las recomendaciones de “La Guía Legislativa” en aras de la claridad y para facilitar la lectura pero, como ya se ha dicho (A/CN.9/WG.V/WP.82, párrafo 2), esas palabras podrían suprimirse en el texto definitivo.

II. Glosario

- 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 insolvencia;¹
- 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 pasivo;²
- 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

¹ En consonancia con el criterio adoptado [en la *Guía Legislativa*] 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 que no se rijan por el régimen de la insolvencia de un país conforme a lo previsto en las recomendaciones 8 y 9 *supra*.

² El concepto de coordinación procesal se explica de forma pormenorizada en el comentario, véanse los párrs. ... *supra*.

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].

Nota para el Grupo de Trabajo

4. En el párrafo f) se ha incluido una formulación alternativa para su examen por el Grupo de Trabajo. En esa formulación se utiliza la palabra “combinación”, y no “tratamiento”, para describir con más claridad la forma en que se combinan los activos y pasivos a raíz de un mandamiento de consolidación patrimonial.

III. Recomendaciones

A. Solicitud conjunta

1. Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas a la solicitud conjunta⁴ 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 dos o más empresas de un grupo;
- b) Facultar al tribunal para obtener información relativa al grupo de empresas que facilite la decisión de decretar la apertura de procedimientos con respecto a las empresas del grupo;
- c) Aumentar la eficiencia y reducir los gastos relacionados con la apertura de esos procedimientos; y
- d) Proporcionar un mecanismo para que el tribunal pueda coordinar esos procedimientos.

2. Contenido de las disposiciones legislativas

Solicitud conjunta de apertura de procedimientos de insolvencia

199. [1] El régimen de la insolvencia puede especificar que se pueda presentar una solicitud conjunta de apertura de procedimientos de insolvencia con respecto a dos o más empresas de un grupo que cumplan el requisito de apertura aplicable⁵.

Personas que podrán presentar una solicitud conjunta

200. [1] Podrán presentar una solicitud conjunta:

³ En lo que respecta a los efectos de la consolidación patrimonial y el tratamiento de las garantías reales, véanse las recomendaciones 222 y 223 y el comentario contenido en los párrs. ...

⁴ Una aplicación 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.

⁵ Véase la recomendación 15 *supra*, que se refiere a las solicitudes de los deudores, y la recomendación 16, que trata de las solicitudes de los acreedores.

- a) Las empresas de un grupo que cumplan el requisito de apertura aplicable de acuerdo con la recomendación 15 [de la *Guía Legislativa*]; 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. [2] A los efectos de la recomendación 13 [de la *Guía Legislativa*], 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 del grupo⁶.

3. Nota para el Grupo de Trabajo

5. Las palabras “El régimen de la insolvencia debería indicar que” se han suprimido de la recomendación 201 porque se pretende que el texto ayude a interpretar la recomendación 13 y no que sea una recomendación para incluir una disposición concreta en el régimen de la insolvencia.

B. Coordinación procesal

1. 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) Mejorar la rentabilidad de los acreedores y ahorrar gastos.

2. Contenido de las disposiciones legislativas

Coordinación procesal de dos o más procedimientos de insolvencia

202. [3 a)] 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. [4] 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, el tribunal podrá decretar la coordinación procesal.

204. [3 b)] La coordinación procesal podrá abarcar, por ejemplo, el envío conjunto de notificaciones; la coordinación de los procedimientos para la presentación de créditos de conformidad con el régimen de la insolvencia; la coordinación de procedimientos de impugnación de ciertos actos; la cooperación entre tribunales, incluida la coordinación de las audiencias; y la

⁶ Los criterios que podrían ser pertinentes para determinar el tribunal competente se analizan en el comentario, véanse los párrs. ... *supra*.

cooperación entre representantes de la insolvencia, incluido el intercambio de información y la coordinación de las negociaciones. [3 a)] El alcance y la magnitud de la coordinación procesal deberán ser especificados por el tribunal.

Solicitudes de coordinación procesal

- Momento de presentar la solicitud

205. [3 c)] La solicitud de coordinación procesal podrá presentarse al mismo tiempo que la solicitud de apertura de procedimientos de insolvencia o posteriormente.

- Personas que podrán presentar una solicitud de coordinación procesal

206. [4] 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 acreedor⁷ 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. [5] El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal o los tribunales⁸ podrán tomar medidas apropiadas para coordinar 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: audiencias coordinadas y conjuntas; y el intercambio y la revelación de información.

Modificación o revocación del mandamiento de coordinación procesal

208. [7] 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 tomadas en cumplimiento del mandamiento se vea afectada por la modificación o revocación. [Los tribunales que hayan decretado la coordinación procesal podrán tomar medidas apropiadas para coordinar la modificación o revocación de dicha coordinación.]

⁷ 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.

⁸ 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.

Tribunales competentes

209. [8] A los efectos de la recomendación 13 [de la Guía Legislativa], 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 grupo.

Notificación de la coordinación procesal

210. [9] 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.

3. Nota para el Grupo de Trabajo

6. Se han revisado las recomendaciones 202 a 204 para tener en cuenta el debate celebrado en el Grupo de Trabajo acerca de la necesidad de que el tribunal examine la coordinación procesal partiendo de una solicitud. El proyecto de recomendación 202 está formulado a modo de disposición general de habilitación. El proyecto de recomendación 203 estipula que el tribunal podrá decretar la coordinación procesal basándose en una solicitud presentada con arreglo a lo dispuesto en el proyecto de recomendación 206, y en el proyecto de recomendación 204 se explica lo que puede abarcar la coordinación procesal.

7. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la última oración, que se ha agregado a la recomendación 208 para asegurar la coordinación entre los tribunales durante todo el proceso.

C. Financiación posterior a la apertura de un procedimiento

1. Finalidad de las disposiciones legislativas

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

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

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

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

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

2. Contenido de las disposiciones legislativas

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

211. [10] El régimen de la insolvencia debería permitir que la empresa de un grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia:

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

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

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

Prelación de los préstamos otorgados con posterioridad a la apertura de un procedimiento

212. [11] El régimen de la insolvencia debería especificar el grado de prelación que debería darse a los préstamos otorgados después de la apertura por una empresa del grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia a otra empresa del mismo grupo también sujeta a dicho procedimiento.

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

213. [12] El régimen de la insolvencia debería especificar que una empresa de un grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia podrá otorgar a otra empresa del mismo grupo, también sujeta a un procedimiento de esta índole, una garantía real del tipo mencionado en la recomendación 65 [de la *Guía Legislativa*] para que reembolse el crédito que se le haya concedido después de la apertura del procedimiento, siempre y cuando los acreedores den su consentimiento o se determine, de conformidad con el régimen de la insolvencia, que todo perjuicio que sufran eventualmente los acreedores quedará compensado por los beneficios obtenidos gracias al otorgamiento de la garantía real⁹.

⁹ En las recomendaciones 66 y 77 [de la *Guía Legislativa*] se enuncian las salvaguardias aplicables al otorgamiento de una garantía real para respaldar la financiación concedida después de la apertura. Esas salvaguardias resultarían aplicables también al otorgamiento de una garantía real en el contexto de un grupo de empresas.

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

214. [13] El régimen de la insolvencia debería especificar que una empresa de un grupo que esté sujeta a un procedimiento de insolvencia podrá dar una garantía real o de otra índole para el reembolso de los fondos obtenidos, tras la apertura del procedimiento, por otra empresa del grupo también sujeta a un procedimiento de este tipo, siempre y cuando los acreedores den su consentimiento o se determine, de conformidad con el régimen de la insolvencia, que los perjuicios que eventualmente sufran los acreedores quedarán compensados por los beneficios resultantes del otorgamiento de la garantía real o de otra índole que respalde el reembolso.

3. Nota para el Grupo de Trabajo

8. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la relación que puede haber entre los proyectos de recomendación 211, 213 y 214 y las normas y condiciones aplicables a cada proyecto de recomendación, que se analizan en los párrafos siguientes.

9. En los proyectos de recomendación 213 y 214, tal y como están redactados actualmente, se repite parte del proyecto de recomendación 211, es decir, los párrafos b) y c). El propósito del recomendación 211 era enunciar el principio general de que una empresa del grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia podía adelantar fondos o facilitar la concesión de fondos, tras la apertura del procedimiento de insolvencia, a otra empresa del mismo grupo también sujeta a tales procedimientos. Al abordar la cuestión de la concesión de fondos tras la apertura del procedimiento, en este proyecto de recomendación se ha querido complementar la recomendación 63, que se refiere a la obtención de fondos tras la apertura del procedimiento.

10. Si se va a conservar el proyecto de recomendación 211 como declaración general de principio, podrían eliminarse los párrafos b) y c) y se podría modificar el párrafo a) de la siguiente manera, de modo que la frase “facilitando la concesión de fondos tras la apertura de un procedimiento” se refiera al otorgamiento de una garantía real o de otra índole conforme a lo dispuesto en los proyectos de recomendación 213 y 214:

211. El régimen de la insolvencia debería permitir que la empresa de un grupo que esté sujeta a un procedimiento de insolvencia adelante fondos o facilite la concesión de fondos, tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, a otras empresas del mismo grupo también sujetas a un procedimiento de insolvencia, siempre y cuando el representante de la empresa del grupo que adelante fondos o facilite la concesión de fondos tras la apertura de un procedimiento lo estime necesario para mantener en marcha los negocios de dicha empresa del grupo o garantizar su supervivencia, o para preservar o incrementar el valor de la masa de la insolvencia de tal empresa. El régimen de la insolvencia puede requerir que el tribunal dé su autorización o que consientan en ello los acreedores de la empresa del grupo que adelante fondos o facilite la concesión de fondos tras la apertura del procedimiento.

11. Hay una segunda cuestión, que se refiere a la condición impuesta en el proyecto de recomendación 211 y a los requisitos contenidos en los proyectos de

recomendación 213 y 214. La condición impuesta en el proyecto de recomendación 211 repite la condición contenida en la recomendación 63, que requiere que el representante de la insolvencia estime necesario obtener fondos tras la apertura del procedimiento. La segunda oración apunta a la posibilidad de que el régimen de la insolvencia también requiera que el tribunal o los acreedores de la empresa que adelante fondos o facilite la concesión de fondos tras la apertura del procedimiento den se autorización o su consentimiento.

12. Los proyectos de recomendación 213 y 214 contienen requisitos relativos al consentimiento de los acreedores (sin especificar si los acreedores que han de dar su consentimiento son los de la empresa del grupo que adelante o facilite la concesión de fondos, los de la empresa del grupo que los reciba, o ambos) y una determinación de los perjuicios (como no se especifica quién ha de hacer tal determinación, no queda claro de qué forma guarda relación con la determinación de que es necesario que así se haga, lo cual, conforme a lo dispuesto en el proyecto de recomendación 211, corresponderá al representante de la insolvencia). El Grupo de Trabajo podría tomar nota de que la recomendación 65, que es la base del proyecto de recomendación 213, no contiene requisitos relativos al consentimiento de los acreedores ni a una determinación de los perjuicios para el otorgamiento de una garantía real.

13. El requisito del consentimiento en los proyectos de recomendación 213 y 214 responde a la posibilidad planteada en la última oración del proyecto de recomendación 211.

14. Por ello, conforme a los actuales proyectos de recomendación, para proporcionar fondos tras la apertura de un procedimiento se requieren: a) una determinación por el representante de la insolvencia de que es necesario obtener fondos tras la apertura del procedimiento (proyecto de recomendación 211) y b) el consentimiento de los acreedores o una determinación de los perjuicios y los beneficios (proyectos de recomendación 213 y 214).

15. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si los requisitos contenidos en el proyecto de recomendación 211 podrían tener que ajustarse a los de los proyectos de recomendación 213 y 214. Por ejemplo, el proyecto de recomendación 211 podría contener el requisito relativo al consentimiento de los acreedores o una determinación de los perjuicios y beneficios de la siguiente manera:

211. El régimen de la insolvencia debería permitir que la empresa de un grupo que esté sujeta a un procedimiento de insolvencia adelantara fondos o facilitara la concesión de fondos, tras la apertura de un procedimiento, a otras empresas del mismo grupo sujetas a un procedimiento de insolvencia, siempre y cuando:

a) El representante de la insolvencia de la empresa del grupo que adelantara fondos o facilitara la concesión de fondos tras la apertura de un procedimiento lo estime necesario para mantener en marcha los negocios de dicha empresa del grupo o garantizar su supervivencia, o para preservar o incrementar el valor de la masa de la insolvencia de tal empresa; y

b) Los acreedores de la empresa del grupo que adelantara fondos o facilitara la concesión de fondos tras la apertura del procedimiento consientan en ello; o

c) De conformidad con el régimen de la insolvencia se determine que todo perjuicio que eventualmente sufran los acreedores quedará compensado por los beneficios obtenidos gracias al adelanto de los fondos o la facilitación de la concesión de los fondos tras la apertura del procedimiento.

16. Con esta redacción se mantiene la norma del párrafo a) como primer requisito, con la adición de la norma del párrafo b) o del párrafo c). Cabría interpretar el párrafo c) en el sentido de que en la segunda oración incluye la referencia a la aprobación por el tribunal, contenida en el anterior proyecto de recomendación 211 (que refleja la segunda oración de la recomendación 63). Otra posibilidad consistiría en combinar la determinación prevista en el párrafo a) con la prevista en el párrafo c).

D. Disposiciones de impugnación de ciertos actos

1. Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones en materia de impugnación entre empresas de un grupo tienen por objeto:

a) Velar por la integridad de las masas de la insolvencia de dos o más empresas del grupo sujetas a procedimientos de insolvencia;

b) Velar por el tratamiento equitativo de los acreedores de las empresas del grupo, tanto si pertenecen al grupo como sino;

c) Establecer reglas claras para las circunstancias en que una operación entre empresas del mismo grupo antes de la apertura de procedimientos de insolvencia con respecto a bienes pertenecientes a empresas del grupo pueda ser considerada perjudicial y sea por tanto impugnabile y anulable; y

d) Facilitar la recuperación de dinero o de bienes en poder de personas, incluso empresas del grupo, que hayan participado en alguna operación anulada.

2. Contenido de las disposiciones legislativas

Operaciones anulables

215. [14] El régimen de la insolvencia debería especificar que, al considerar si debe o no ser anulada una operación del tipo mencionado en los párrafos a), b) o c) de la recomendación 87 [de la *Gua Legislativa*] que se haya concertado entre empresas del grupo o entre una empresa del grupo 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 dentro del grupo de empresas]; el grado de integración entre las empresas del grupo que hayan intervenido en la operación; la finalidad de la operación; [si la operación contribuyó a los negocios del grupo en conjunto sin perjudicar a los acreedores de la empresa o las empresas del grupo que hayan participado en ella]; 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

216. [15] El régimen de la insolvencia podrá especificar la manera en que cabrá aplicar los elementos mencionados en la recomendación 97 [de la *Guía Legislativa*] al impugnar operaciones en el contexto de un grupo de empresas¹⁰.

3. Nota para el Grupo de Trabajo

17. De conformidad con la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de incluir una referencia a las personas y a las empresas del grupo, se ha revisado el párrafo d) de la cláusula de finalidad. También se ha revisado el proyecto de recomendación 215 para incluir el concepto de que las operaciones que puedan impugnarse en el contexto de un grupo de empresas pueden efectuarse entre empresas del grupo, pero también entre empresas del grupo y otros allegados. Este último tipo de operación, especialmente en los casos en que los allegados sean personas físicas, como propietarios o directores u otros cargos, también pueden plantear cuestiones propias de los grupos de empresas. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si conviene mantener esas revisiones. A los factores que puede tomar en consideración el tribunal se ha agregado otro, que se centra en las operaciones que benefician al grupo sin perjudicar a los acreedores.

E. Consolidación patrimonial**1. 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.]

2. Contenido de las disposiciones legislativas*Excepciones al principio de la identidad jurídica propia*

217. [16] 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 218.

Circunstancias en que podrá procederse a una consolidación patrimonial

218. [17] Si así lo solicita una persona habilitada para presentar una solicitud con arreglo a la recomendación 221, el régimen de la insolvencia podrá

¹⁰ 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.

autorizar al tribunal para ordenar una consolidación patrimonial contra dos o más empresas del grupo, si se dan las circunstancias 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

219. [21] El régimen de la insolvencia podrá especificar que, [en circunstancias poco habituales], el tribunal podrá excluir de una orden de consolidación patrimonial determinados bienes y créditos.

Solicitud de consolidación patrimonial

- Momento de presentar la solicitud

220. [18 b)] 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 dos o más empresas del grupo o en cualquier momento ulterior¹¹.

- Personas que podrán presentar una solicitud de consolidación patrimonial

221. [18 a)] 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

222. [19] El régimen de la insolvencia debería especificar que una orden de consolidación patrimonial dará lugar a¹²:

a) La creación de una [única] masa [consolidada] de la insolvencia con respecto a las empresas del grupo que sean objeto de la orden emitida;

b) La cancelación de los créditos y las deudas entre empresas del mismo grupo que sean objeto de la orden emitida; y

c) La transformación de los créditos contra las empresas del grupo afectadas por dicha orden en créditos contra la [única] masa patrimonial [consolidada].

¹¹ La inviabilidad de ordenar una consolidación patrimonial en una etapa avanzada de los procedimientos de insolvencia se analiza en el comentario, véanse los párrs. ... *supra*.

¹² El efecto en las garantías reales se aborda en la recomendación 223.

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

223. [20] El régimen de la insolvencia debería respetar toda garantía y su prelación sobre algún bien gravado de una empresa del grupo que sea objeto de una orden de consolidación patrimonial, salvo que:

- a) La deuda garantizada sea puramente interna entre empresas del grupo y se haya cancelado a resultados de la consolidación;
- b) El tribunal determine que la garantía se obtuvo fraudulentamente con la connivencia del acreedor; o
- c) La operación constitutiva de la garantía sea impugnada de conformidad con las recomendaciones 88 [de la *Guía Legislativa*] y 215.

Reconocimiento de la prelación en el marco de una consolidación patrimonial

224. [19 d)] El régimen de la insolvencia debería especificar que en una consolidación patrimonial deberá reconocerse el orden de prelación 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

225. [19 d)] 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

226 1) [22] 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 [de la *Guía Legislativa*], 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 [de la *Guía Legislativa*].

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 [de la *Guía Legislativa*]; 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

227. [23] 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 adoptados a raíz de la orden de consolidación que se vaya a modificar¹³.

Tribunal competente

228. [24] A los efectos de la recomendación 13 [de la Guía Legislativa], 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 la solicitud y a la emisión de una orden de consolidación patrimonial¹⁴.

Notificación

229. [25] 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.

3. Nota para el Grupo de Trabajo

Cláusula de finalidad

18. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar las siguientes revisiones a la cláusula de finalidad. Se ha agregado al párrafo b) el párrafo a) de la versión anterior porque, si bien el respecto de la identidad jurídica propia de cada empresa del grupo es un principio fundamental de estas recomendaciones sobre las empresas de un grupo, en sí mismo no es una finalidad de las disposiciones relativas a la consolidación patrimonial. El anterior párrafo d), que se refería al establecimiento de normas y procedimientos objetivos en que fundar una consolidación patrimonial, se ha suprimido porque ya se enuncian normas objetivas en el párrafo b). Se ha agregado el párrafo c) porque es importante especificar claramente el efecto de una orden de consolidación patrimonial.

Proyecto de recomendación 217

19. Atendiendo a una decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 35º período de sesiones (A/CN.9/666, párrs. 83 y 84) y para que se ajuste al enfoque adoptado en el proyecto de recomendación 203 (coordinación procesal) se ha revisado el encabezamiento, dejando bien claro que puede obtenerse una consolidación patrimonial si así se solicita al tribunal, caso en que la cuestión de las personas que pueden presentar la solicitud se aborda en el proyecto de recomendación 221.

¹³ No se pretende que la utilización de la palabra “modificación” incluya la revocación de una orden de consolidación patrimonial.

¹⁴ Los criterios que podrían ser pertinentes para determinar el tribunal competente se analizan en el comentario, véanse los párrs. ... *supra*.

Proyecto de recomendación 218

20. Actualmente el proyecto de recomendación se refiere a las empresas del grupo que practican alguna de las actividades o negocios especificados. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si se precisan más explicaciones en el comentario para que quede claro que esa actividad debe seguir practicándose al presentar una solicitud de consolidación patrimonial, o si también se incluirían las actividades que se hubieran realizado en fecha muy cercana a la apertura de los procedimientos de insolvencia.

Proyecto de recomendación 219

21. Este proyecto de recomendación se refería anteriormente a las órdenes de consolidación patrimonial parcial, concepto que daba lugar a una cierta confusión y se prestaba a malentendidos. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si sería más claro permitir que algunos bienes y créditos quedaran excluidos de una orden de consolidación patrimonial, en vez de crear lo que parecería ser un segundo tipo de consolidación patrimonial. Aunque es posible que la necesidad de tales exclusiones se plantee raramente, de incluirse tal posibilidad es posible que mejorara la flexibilidad de las recomendaciones. Se podría incluir en el comentario un análisis de las circunstancias y ejemplos pertinentes.

Proyecto de recomendación 222

22. En aras de la claridad, se ha agregado al proyecto de recomendación el párrafo a), en el que se especifica la creación de una única masa de la insolvencia, pues éste es uno de los efectos clave de una orden de consolidación patrimonial. Esta adición refleja la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 35° período de sesiones (A/CN.9/666, párr. 88). El párrafo c) del anterior proyecto de recomendación, que se refería al reconocimiento del orden de prelación, se ha incluido en una recomendación separada por considerarse que ese reconocimiento no es efecto de la consolidación patrimonial, sino un principio básico que debe respetarse.

Proyecto de recomendación 223

23. Este proyecto de recomendación establece el principio general de que en una consolidación patrimonial debe respetarse el orden de prelación. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar en qué medida cabría calificar el requisito del reconocimiento agregando palabras tales como “en la medida de lo posible” (véase A/CN.9/666, párr. 88).

F. Representante de la insolvencia**1. 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.

2. Contenido de las disposiciones legislativas

Nombramiento de un único o un mismo representante de la insolvencia

230. [26] El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el tribunal determine que redundará en provecho de la sustanciación de los procedimientos de insolvencia de dos o más empresas de un grupo, podrá nombrarse un único o un mismo representante de la insolvencia para sustanciar esos procedimientos.

Conflicto de intereses

231. [27] 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

232. [28] El régimen de la insolvencia podrá disponer que en el supuesto de haberse abierto procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un grupo [y de que se nombren distintos representantes de la insolvencia en el marco de esos procedimientos], dichos representantes deberán cooperar entre sí en la medida de lo posible¹⁵.

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

233. [29] 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.

¹⁵ 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.

Formas de cooperación

234. [30] Siempre que ello sea conforme a derecho, procederá cooperar en lo posible por cualquier medio apropiado, procurando 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 con miras a proponer y negociar planes de reorganización, [comunicación con los acreedores y reuniones de acreedores];
y
- d) 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.

G. Plan de reorganización**1. Finalidad de las disposiciones legislativas**

Las disposiciones relativas a un plan de reorganización concertado 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.

2. Contenido de las disposiciones legislativas*Plan de reorganización*

235. [31] 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.

236. [32] El régimen de la insolvencia podrá disponer 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.