



Asamblea General

Distr. general
8 de enero de 2007
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
40º período de sesiones
Viena, 25 de junio a 12 de julio de 2007

Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 31º período de sesiones (Viena, 11 a 15 de diciembre de 2006)

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción	1-7	2
I. Deliberaciones y decisiones	8	3
II. Examen del tratamiento de los grupos de sociedades en situaciones de insolvencia . .	9-71	3
A. Introducción	10-14	3
B. Cuestiones de derecho interno	15-49	4
1. Solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia	15-24	4
2. Efectos de la apertura	25-34	6
3. Reorganización de dos o más empresas de un grupo	35	9
4. Vías de recurso	36-47	9
5. Definición de “grupo nacional de sociedades”	48-49	12
C. Cuestiones internacionales	50-67	12
1. Centro de los principales intereses	50-54	12
2. Definición de “grupo internacional de sociedades”	55-58	14
3. Vías de recurso	59-62	14
4. Financiación posterior a la apertura	63-67	15
D. Alcance de la labor futura	68-71	16



Introducción

1. En su 39º período de sesiones, celebrado en 2006, la Comisión convino en que el tema del tratamiento dado a los grupos de sociedades en la insolvencia estaba ya lo suficientemente desarrollado para remitirlo al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) a fin de que éste lo examinara en 2006, y acordó que se diera a dicho Grupo de Trabajo la flexibilidad necesaria para formular las recomendaciones apropiadas a la Comisión sobre el alcance de su futura labor y la forma que debería revestir, en función del contenido de las soluciones que propusiera el Grupo de Trabajo frente a los problemas que determinara en relación con el tema.

2. El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 31º período de sesiones en Viena del 11 al 15 de diciembre de 2006. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Belarús, Canadá, China, Colombia, Croacia, Ecuador, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Irán (República Islámica del), Italia, Lituania, México, Pakistán, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Singapur, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía y Uganda.

3. Asistieron también al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Congo, Dinamarca, Eslovaquia, Filipinas, Irlanda, Jamahiriya Árabe Libia, Letonia, Malasia, Países Bajos y República Dominicana.

4. Asistieron asimismo al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) Organizaciones del sistema de las Naciones Unidas: Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional (FMI);

b) Organizaciones intergubernamentales: Banco Asiático de Desarrollo, Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD), Comisión Europea y Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE);

c) Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por el Grupo de Trabajo: American Bar Association (ABA), American Bar Foundation (ABF), Asociación Internacional de Abogados, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL International), Groupe de réflexion sur l'insolvabilité et sa prévention (GRIP 21), Grupo de Trabajo Internacional sobre el Régimen Europeo de la Insolvencia, e International Insolvency Institute (III).

5. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes componentes de la Mesa:

Presidente: Sr. Wisit Wisitsora-At (Tailandia)

Relator: Sra. Jasna Garašić (Croacia)

6. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos:

a) Programa provisional anotado (A/CN.9/WG.V/WP.73);

b) Una nota de la Secretaría sobre el tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.74 y Add.1 y 2).

7. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:
 1. Apertura del período de sesiones;
 2. Elección de la Mesa;
 3. Aprobación del programa;
 4. Examen de la regulación de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia;
 5. Otros asuntos;
 6. Aprobación del informe del Grupo de Trabajo.

I. Deliberaciones y decisiones

8. El Grupo de Trabajo comenzó a debatir la cuestión del tratamiento de los grupos de sociedades en la insolvencia basándose en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.74 y Add.1 y 2, así como en otros documentos a los que se hace referencia en ellos. Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo sobre este tema se recogen más abajo en la sección II.

II. Examen del tratamiento de los grupos de sociedades en situaciones de insolvencia

9. Como nota introductoria a las deliberaciones del Grupo de Trabajo, se señaló que en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.74 y adiciones 1 y 2 se examinaba el tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia basándose en las recomendaciones pertinentes enunciadas en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (en adelante, la Guía Legislativa) y en partes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Se sugirió que esos textos constituyeran la base para iniciar los debates en el Grupo de Trabajo. También se sugirió que en el futuro se revisara el Glosario que figuraba en el documento A/CN.9/WG.V/WP.74 ajustándolo a la evolución de los trabajos, a fin de proporcionar al Grupo de Trabajo una terminología de referencia uniforme.

A. Introducción

10. Se invitó a las delegaciones a que facilitaran información adicional sobre el tratamiento de los grupos de sociedades en casos de insolvencia que complementara la información proporcionada al Grupo de Trabajo.

11. Se indicó que la estructura de los grupos de sociedades podía variar enormemente y ser especialmente compleja, en particular, en el caso de los grupos de sociedades transnacionales. Con la evolución reciente habían aparecido nuevos elementos de complejidad, por ejemplo, en el caso de las formas especiales del control interno del grupo, como en las entidades con fines especiales y las empresas conjuntas, así como en el caso de los acuerdos por los que una sociedad adquiría temporalmente el control de otra. Se agregó que algunas actividades económicas que tradicionalmente eran objeto de una disciplina independiente, como la banca y

los seguros, se llevaban a cabo también cada vez más frecuentemente en el contexto de los grupos de sociedades, con lo cual se añadía un nivel más de complejidad a su disciplina.

12. Se confirmó que, si bien en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se evitaba ofrecer una definición general de los grupos de sociedades, esa definición existía a menudo para fines especiales, como las normas fiscales y contables. En materia de insolvencia prevalecía el “enfoque de las entidades independientes”, pero existían ciertos instrumentos que, cuando se daban determinadas condiciones, preveían la responsabilidad cruzada de las sociedades pertenecientes a un mismo grupo.

13. En algunos ordenamientos que recientemente habían reformado o intentado reformar sus regímenes de la insolvencia a fin de reconocer el concepto de grupos de sociedades, se observó que se tropezaba con dificultades a la hora de definir ese concepto debido a la necesidad de tener en cuenta la previsibilidad y la transparencia necesarias y de reflejar al mismo tiempo la realidad económica. Se opinó que la referencia al concepto de propiedad, que suele evaluarse mediante el porcentaje de acciones que posee la empresa matriz, ofrecería una base más segura para definir los grupos de sociedades. Por otra parte, con una referencia al concepto de control, aunque esté basado en parámetros menos objetivos, se lograría una mayor flexibilidad al abordar las diversas realidades económicas expresadas por las operaciones de los grupos de sociedades.

14. Se expresó la opinión de que las sociedades cumplían muchos e importantes objetivos sociales, comerciales y jurídicos. En particular, la disposición sobre la responsabilidad limitada facilitaba la obtención de capital con fines comerciales, permitía a los acreedores confiar en el activo y el pasivo de la entidad mercantil con la que tenían tratos, y ofrecía certeza en las relaciones comerciales. Se señaló que esos objetivos eran en muchos países principios mercantiles y jurídicos básicos y que minar la confianza y las expectativas que suscitaban esos principios requeriría una razón de peso. Se comentó también que raras veces se daban las circunstancias para no tener en cuenta esos principios.

B. Cuestiones de derecho interno

1. Solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia

15. El Grupo de Trabajo estudió de qué manera las disposiciones de la Guía Legislativa referentes a la apertura de procedimientos de insolvencia podrían ser aplicables en el contexto de los grupos de sociedades, así como los eventuales cambios que hubiera que introducir en lo relativo a la norma aplicable para la apertura del procedimiento, a los deudores contra los que pudiera iniciarse un procedimiento y a las partes que pudieran presentar una solicitud de apertura.

16. El Grupo de Trabajo empezó examinando la posición de una empresa matriz insolvente y de una filial insolvente, así como la cuestión de si podía presentarse o no una solicitud respecto de ambas empresas deudoras, calificada de solicitud conjunta. Si bien existían ejemplos de leyes que permitirían hacer este tipo de solicitud, en la práctica general solían hacerse solicitudes paralelas, en algunos casos simultáneas, y existían diversas posibilidades de tratar conjuntamente las solicitudes con fines administrativos.

17. Como segundo ejemplo se mencionó la cuestión de si cabía presentar una solicitud conjunta con respecto a una empresa matriz insolvente y a una filial solvente. Algunas legislaciones permitían formular solicitudes conjuntas respecto de más de una sociedad integrante de un grupo y para ello bastaba que una de ellas fuera insolvente, siempre y cuando esa insolvencia pudiera repercutir en la situación de otras sociedades integrantes del grupo; se citaron otros ejemplos en que la insolvencia de la empresa matriz podía afectar a la solvencia de una filial al estar ambas muy integradas económicamente y cuando había una mezcla de los bienes de una y de otra o un grado especificado de control o de propiedad de capital. Por otra parte, se puso de relieve la necesidad de proteger a las empresas solventes de un grupo y de asegurar su viabilidad, a pesar de la insolvencia de su empresa matriz, así como la necesidad de proteger los intereses de los acreedores (incluidos los acreedores dentro de un grupo de sociedades), y en particular los de las sociedades solventes del grupo, y de asegurar la previsibilidad para todos los acreedores de sociedades integrantes de un grupo con respecto a la apertura de procedimientos de insolvencia.

18. Se hizo referencia a las recomendaciones 15 y 16 de la Guía Legislativa, en las que se fijaban los criterios de apertura para las solicitudes presentadas, respectivamente, por un deudor y por un acreedor y que constituían la base sobre la cual podía presentarse una solicitud respecto de cada miembro del grupo de sociedades que cumpliera la norma, incluida la insolvencia inminente en el caso de una solicitud presentada por un deudor. Cabía interpretar que la referencia al deudor en la recomendación 15 abarcaba a más de un miembro del grupo de sociedades en una misma solicitud. En cierta medida, la recomendación 15 podría cubrir también el ejemplo de la sociedad matriz insolvente y de la filial solvente, cuando la insolvencia de la sociedad matriz afectara a la estabilidad financiera de la filial hasta el punto de poder caer en la insolvencia por influencia de la sociedad matriz (es decir, insolvencia inminente). Se estimó también que si en una solicitud presentada por un deudor en virtud de la recomendación 15 no se mencionaran ciertas entidades, siempre era posible que esas entidades fueran objeto, posteriormente, de una solicitud presentada por acreedores en virtud de la recomendación 16.

19. Sin embargo, cuando la recomendación 15 no fuera aplicable a la empresa matriz y a la filial a la vez, se estimó que la cuestión que había que examinar era la de si era preciso prever una excepción mediante la cual la filial solvente pudiera incluirse en la insolvencia de la empresa matriz y, de ser así, cuál sería la base para tal excepción. Según una opinión, la recomendación 15 a) era suficiente y únicamente podrían ser objeto de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia las empresas de un grupo que pudieran reunir los criterios de la insolvencia. Por otra parte, según otra opinión tal vez sería útil formular un concepto general de la insolvencia de grupos de sociedades que permitiera tener en cuenta la situación financiera de todo el grupo y que resolviera las dificultades que pudieran experimentar los acreedores que trataran de entablar procedimientos de insolvencia contra distintas empresas de un grupo. Por último, según otra opinión, la recomendación 15 no era suficiente y habría que formular un criterio más flexible que permitiera abrir en el momento oportuno un procedimiento de insolvencia que pudiera abarcar, en ciertas circunstancias, a una filial solvente en la insolvencia de su empresa matriz.

20. Se opinó que entre esas circunstancias podrían figurar las enunciadas en el párrafo 12 del documento A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1, como la mezcla de bienes, la unidad del grupo en su conjunto o el consentimiento de las partes. Se sostuvo también que, respecto de las solicitudes presentadas por deudores, el deudor podría estar en condiciones de determinar las sociedades del grupo que se verían afectadas por la solicitud de apertura; esto no sería así en caso de una solicitud presentada por un acreedor.

21. Se indicó que la forma en que se regulan en la Guía Legislativa las solicitudes de órganos normativos u otras entidades gubernamentales para la apertura de un procedimiento de insolvencia debería ser aplicable también en el caso de insolvencia de un grupo de empresas.

22. Se formuló una pregunta acerca de la posibilidad de que una empresa matriz solicite la apertura de un procedimiento de insolvencia contra una filial.

23. Según la opinión general, este supuesto sería posible en determinados casos, como por ejemplo cuando la empresa matriz y la filial tuvieran el mismo representante y cuando la empresa matriz fuera acreedora de la filial y pudiera, por tanto, presentar una solicitud como tal. No obstante, se estimó que para regular adecuadamente la situación de los grupos de sociedades en procedimientos de insolvencia, era preciso examinar el asunto más detenidamente. Se señaló que cuando un grupo empezaba a fallar, podía ocurrir que no se pudieran distinguir las empresas solventes de las insolventes, dado que en la mayoría de los casos todos los miembros del grupo de sociedades acabarían viéndose afectados por el procedimiento de insolvencia. Además, el grupo de sociedades puede tener un interés en proteger los bienes de las entidades solventes en el contexto de un amplio plan de reorganización. Al estudiar la respuesta a esta pregunta se consideró asimismo que debería mantenerse un delicado equilibrio entre las distintas partes interesadas, incluidos los acreedores de la entidad solvente y los accionistas que no fueran miembros del grupo de sociedades.

24. Se indicó que tal vez sería necesario formular distintas recomendaciones según si el procedimiento era de reorganización o de liquidación. En particular, podría ser conveniente reconocer el deseo de la empresa matriz de que se elaborara un plan de reorganización que abarcara a todas las entidades de grupo. Tras deliberar, no se llegó a ningún consenso sobre la necesidad de prever una excepción a las recomendaciones 15 y 16 de la Guía Legislativa para permitir que una empresa matriz solicitara un procedimiento con respecto a una filial.

2. Efectos de la apertura

a) Nombramiento de un único representante de la insolvencia

25. Se sostuvo que sería deseable nombrar un único representante de la insolvencia en procedimientos respecto de más de un miembro de un grupo de sociedades, dado que con ello se aseguraría la coordinación de la administración de las diversas entidades, se reducirían los costos conexos y se facilitaría la compilación de información sobre el grupo de sociedades en su conjunto. Sin embargo, se señaló que el nombramiento de un único administrador podría suscitar conflictos de intereses y que no debería tratarse de simplificar la estructura de la administración en detrimento de los intereses de una parte interesada.

26. Según la opinión general, en varios casos, especialmente en el contexto de la reorganización de un grupo de sociedades, sería conveniente nombrar un único administrador, pero habría que prever el nombramiento de distintos administradores o coadministradores para cada entidad cuando pudieran surgir conflictos de intereses.

b) Casos en que la administración sigue en funciones tras la apertura del procedimiento

27. Se observó que las disposiciones de la Guía Legislativa que permitían a la dirección de una empresa seguir en funciones tras la apertura de un procedimiento de insolvencia podrían ser también aplicables en el caso de la insolvencia de grupos de sociedades.

c) Aplicación de la suspensión a una empresa solvente del grupo de sociedades

28. Se expresó la opinión de que las recomendaciones 39 a 51 de la Guía Legislativa, relativas a los efectos de la apertura y, en particular, a la aplicación de una suspensión, podrían ser aplicables, en el caso de la insolvencia de uno o más miembros del grupo de sociedades, a las empresas contra las que se hubieran entablado procedimientos de insolvencia.

29. Se formuló una pregunta relativa a la posibilidad de hacer extensiva la aplicación de esas recomendaciones a las empresas solventes de ese grupo de sociedades en caso de que no todas las empresas estuvieran sujetas a procedimientos de insolvencia.

30. Se opinó que en algunos ordenamientos jurídicos la ampliación del ámbito de esas recomendaciones, en particular en lo relativo a los efectos de una paralización o suspensión, sería posible y que esa posibilidad se recogía en la recomendación 48 de la Guía Legislativa. Si bien cabía estudiar más a fondo la protección de los acreedores de las entidades solventes, se observó que en las disposiciones pertinentes de la Guía Legislativa se preveía una protección adecuada de esos acreedores. En particular, se consideró que la recomendación 51 podía tener algún tipo de aplicación, más allá de los acreedores garantizados, en tales circunstancias. Según una opinión diferente, en otros ordenamientos tal vez no fuera posible hacer extensivos los efectos de una paralización o suspensión a empresas solventes, ya que en algunos casos ello podría entrar en conflicto con los derechos de protección de la propiedad, tanto a nivel constitucional como internacional. Además, se señaló que en ciertos ordenamientos podía haber dificultades para otorgar alguna medida compensatoria en relación con la insolvencia, como una paralización o suspensión, contra una entidad solvente. No obstante, en algunos ordenamientos podrían conseguirse efectos similares a los de una suspensión solicitando una medida cautelar paralelamente a la apertura de un procedimiento de insolvencia contra otros miembros de ese grupo de sociedades.

31. Tras deliberar, un cierto número de delegaciones opinaron que los efectos de una paralización no deberían hacerse automáticamente extensivos a empresas solventes de un grupo de sociedades. Sin embargo, también se consideró que, en ciertos casos, por ejemplo para proteger una garantía interna de un grupo, un tribunal podría, a su discreción, ampliar el ámbito de aplicación de la paralización siempre que se cumplieran determinadas condiciones concretas.

d) *Administración conjunta*

32. El Grupo de Trabajo examinó la posibilidad de administrar conjuntamente los procedimientos entablados contra una o más empresas de un grupo de sociedades. Si bien la competencia se determina por lo general en función de la ubicación de cada empresa de un grupo, en varios ordenamientos la administración conjunta era una práctica posible cuyo fin era facilitar la administración y la eficiencia. Se examinaron algunos de los problemas que podría plantear la administración conjunta y se señaló, por ejemplo, que podrían surgir controversias, incluso de derecho interno, cuando la empresa matriz y la filial estuvieran situadas en distintos lugares y diferentes tribunales fueran competentes para examinar las respectivas solicitudes de procedimientos de insolvencia. Los acreedores de las distintas empresas del grupo también podrían encontrarse en distintos lugares, con lo cual se plantearían problemas de representación y ubicación de los comités de acreedores. En algunos Estados algunos procedimientos podían mancomunarse o trasladarse a un tribunal competente. Por ejemplo, ese tribunal podría ser el tribunal que estuviera facultado para administrar el procedimiento de insolvencia contra la empresa matriz de un grupo.

e) *Utilización y enajenación de bienes*

33. Se planteó la cuestión de si podían utilizarse los bienes de una empresa solvente de un grupo para financiar las operaciones en curso de una empresa insolvente en espera de que se resolviera el procedimiento de insolvencia. Se hizo referencia a la recomendación 54 de la Guía Legislativa, que abordaba la utilización de bienes propiedad de terceros pero en posesión del deudor. Se opinó que si bien esa recomendación podía abarcar algunas cuestiones relativas a la utilización de los bienes de una empresa de un grupo por otra del mismo grupo, en el contexto del grupo, esa cuestión tenía un alcance mucho mayor y abarcaría la utilización de bienes que no estuvieran en posesión del deudor. Según la opinión general, no podía apoyarse esa utilización de los bienes, a menos que la propietaria de dichos bienes, es decir, la entidad solvente, pudiera quedar abarcada por el procedimiento de insolvencia. Ese apoyo cruzado podría suscitar cuestiones de resolución o nulidad, particularmente cuando la entidad que prestara apoyo cayera posteriormente en la insolvencia, y también planteaba problemas para los acreedores de la entidad que prestaba apoyo.

f) *Financiación posterior a la apertura*

34. La cuestión de la financiación posterior a la apertura guardaba relación con la del uso y la enajenación de bienes; ¿podían utilizarse los bienes de una empresa solvente de un grupo para obtener, de una fuente externa, financiación para una empresa insolvente, o para financiar directamente a la empresa insolvente y, de ser así, cuáles eran las repercusiones para las recomendaciones de la Guía Legislativa relativas a la prelación y a las garantías? Por ejemplo, ¿una filial solvente tendría derecho a prelación en virtud de la recomendación 64 si proporcionara fondos a su empresa matriz insolvente, o se consideraría que esa operación estaría sujeta a subordinación como préstamo interno del grupo de empresas? Se observó que si bien la financiación posterior a la apertura era importante en el contexto de los procedimientos que afectaban a una sola empresa, como se señalaba en la Guía Legislativa, aun revestía una importancia más fundamental en el contexto del grupo

de empresas; si no había circulación de fondos serían muy escasas las perspectivas de reorganización de un grupo insolvente de empresas. A pesar de tal importancia, se expresó la opinión de que la utilización de bienes del grupo para obtener fondos no era problemática cuando todas las empresas del grupo eran insolventes; este aspecto quedaría abarcado por las recomendaciones de la Guía Legislativa. No obstante surgieron dificultades cuando se sugirió que se utilizaran los bienes de una empresa solvente para financiar una empresa insolvente del grupo o como base para obtener financiación externa. Según la opinión general, esto no debería estar permitido, si bien se reconoció que podía haber situaciones en que se podrían prestar esos fondos, si los acreedores de la entidad solvente consentían en ello.

3. Reorganización de dos o más empresas de un grupo

35. El Grupo de Trabajo estudió la cuestión de si sería posible reorganizar con un único plan un grupo insolvente de empresas. Si bien en varios regímenes de la insolvencia se permitía la negociación de un único plan, en otros sólo era posible en la práctica si se podían coordinar distintos procedimientos de insolvencia contra empresas del grupo. Según otro criterio, cabía negociar un único plan mediante la mancomunación procesal de todos los procedimientos contra empresas del grupo. Se señaló que si se actuaba sobre la base de un único plan, existía la posibilidad de hacer economías en todos los procedimientos de insolvencia del grupo. Con respecto a la votación y aprobación de un plan se sugirieron distintos enfoques. Uno de ellos consistía en reagrupar los diferentes intereses de las empresas del grupo y de sus acreedores en categorías, y los requisitos de voto, es decir, las mayorías dentro de cada categoría y entre las distintas categorías, serían los mismos que en los procedimientos para la aprobación de un plan para un único deudor. Según otro enfoque, habría que adoptar un plan unificado con distintos requisitos de mayorías encaminados a facilitar la aprobación. La consecuencia de que no se aprobara tal plan unificado sería la liquidación de todas las empresas insolventes del grupo abarcadas por el plan. Tras deliberar, se convino en que sería beneficioso permitir la negociación de un único plan de reorganización, aplicando los mismos requisitos para la aprobación y las mismas salvaguardias previstas en la Guía Legislativa.

4. Vías de recurso

a) Mancomunación

36. El Grupo de Trabajo señaló que los recursos examinados en los párrafos 24 a 45 de A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 (extensión de la responsabilidad, mandamientos de aportación y combinación o mancomunación del patrimonio conforme a normas de derecho sustantivo) podían dividirse esencialmente entre los que requerían la determinación de culpabilidad y los que invocaban la comprobación de ciertos hechos con respecto a las operaciones del grupo de empresas. Se opinó que, en caso de error en la administración de una empresa deudora, podían existir otros recursos más apropiados, como la destitución del personal directivo o la concesión a los acreedores, y no al deudor, de autorización para preparar un plan de reorganización.

37. Se observó que los recursos examinados en los párrafos 24 a 45 sólo existían en circunstancias limitadas y raras veces eran utilizados, pues podían socavar ciertos principios fundamentales de una entidad empresarial, como la responsabilidad limitada y la capacidad de los acreedores para confiar en la entidad empresarial (así

como los derechos, los deberes y las obligaciones que ello comporta). Se expresó la opinión de que el Grupo de Trabajo no debería tratar de establecer una norma sobre cuándo se interrumpirían esos principios fundamentales, ya que las razones eventuales para hacerlo estarían en función de muchos hechos y variarían según las tradiciones y los ordenamientos jurídicos. Se agregó que los incrementos de las sumas cobradas por algunos acreedores no constituían de por sí un motivo suficiente para interrumpir dichos principios fundamentales. Las situaciones en las que se opinó que esos recursos podían ser apropiados eran aquellas en las que los bienes estuvieran tan mezclados que resultara imposible discernir la propiedad de cada uno de ellos y la mancomunación beneficiaría a todos los acreedores, así como en las situaciones en que los acreedores hubieran negociado con los miembros de un grupo empresarial como si fuera una única entidad económica y no las consideraran entidades separadas al concederles crédito. Mientras que los regímenes de la insolvencia que preveían la mancomunación contaban con que el tribunal evaluaría la existencia de las condiciones apropiadas, conforme a otro enfoque, se permitía a un representante de la insolvencia mancomunar los bienes cuando se cumplieran ciertos requisitos y todos los acreedores consintieran en la mancomunación.

38. En apoyo de la mancomunación se observó que, como cada vez estaba más extendido el comercio entre las empresas integrantes de grupos, la mancomunación podía permitir a un representante de la insolvencia centrarse en las deudas externas del grupo, puesto que las deudas internas ya desaparecían con la mancomunación.

39. Se examinó el alcance de la mancomunación y se trató en concreto de si tal mandamiento podía afectar tanto a las empresas insolventes como a las empresas solventes de un grupo. Si bien este recurso solía utilizarse cuando había entidades contra las que se habían entablado procedimientos de insolvencia, se señaló que algunas legislaciones permitían incluir a las entidades solventes (A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1, párr. 35). Se mencionaron otras situaciones en que la mancomunación podría ser apropiada, concretamente cuando la mancomunación de las entidades podía incrementar el valor de la suma para los acreedores, ya sea debido a la relación estructural entre las entidades y a la forma en que llevaban a cabo sus negocios y sus relaciones financieras, o debido al valor de los bienes comunes de todo el grupo, como la propiedad intelectual en un proceso realizado entre numerosas empresas del grupo, y al producto de ese proceso. Ese enfoque promovería el objetivo de mancomunación como medio para incrementar la distribución general entre los acreedores. Se respondió que la mancomunación sustantiva raras veces incrementaba la suma cobrada por la totalidad de los acreedores; más bien solía equilibrar las sumas cobradas, reduciendo los importes percibidos por algunos acreedores e incrementando los importes cobrados por otros. La única situación en que la mancomunación sustantiva podía implicar un aumento de las sumas cobradas por todos los acreedores era aquella en que era imposible discernir a qué sociedad del grupo pertenecía cada uno de los bienes. Se podría dar otra situación en que no hubiera una verdadera separación entre las sociedades de un grupo y en que se mantuviera la estructura del grupo únicamente con fines poco honrados o fraudulentos.

40. También se mencionó la posibilidad de lograr la mancomunación mediante un acuerdo sobre un plan de reorganización. En algunos regímenes se permitía que el plan incluyera propuestas para mancomunar al deudor con otros miembros del grupo, tanto solventes como insolventes, que podría ejecutarse si los acreedores

aprobaran el plan. Cabía obtener el mismo resultado, en la práctica, en otros ordenamientos que no tuvieran requisitos estrictos sobre el plan, si bien se observó que podían surgir problemas cuando una empresa solvente del grupo fuera incluida en tal propuesta.

41. Se observó que otra cuestión que cabría examinar era la de cómo había que tratar, en la mancomunación, a los acreedores garantizados y a los acreedores con prelación, particularmente cuando hubiera interacción entre los acreedores con prelación de una empresa del grupo (como los empleados) y los acreedores garantizados de otra empresa del grupo. Una solución mencionada consistía en excluir a los acreedores garantizados externos del proceso de mancomunación y cancelar los intereses de los acreedores garantizados internos del grupo. Otra cuestión que habría que examinar era la del momento en que podría hacerse la mancomunación, la cual podía tener lugar en una fase inicial del procedimiento, o más adelante, cuando se determinara que procediendo a la mancomunación se incrementaría el valor distribuido entre los acreedores.

42. Cuando los mandamientos de mancomunación hubieran de ser dictados por un tribunal, se convino en que deberían existir criterios claros en función de los cuales los jueces pudieran evaluar las cuestiones pertinentes.

b) Anulación

43. Se recordó que en la Guía Legislativa figuraban una serie de recomendaciones relativas a la resolución, incluidas las recomendaciones 90 y 91, referentes a las operaciones con “personas allegadas”. El concepto de “persona allegada” se definía en el glosario de la Guía Legislativa y podía comprender a miembros de un grupo de sociedades. No obstante, se señaló que, dado que la recomendación 90 se refería únicamente a la duración del período de sospecha para las operaciones con personas allegadas, sería necesario formular disposiciones suplementarias que regularan ese tipo de operaciones en el contexto de los grupos de empresas.

44. Se observó que en ciertas legislaciones nacionales se establecía la presunción rebatible de que las operaciones entre entidades de grupos de empresas y entre esas entidades y los accionistas de ese grupo empresarial serían perjudiciales para los acreedores y que, por consiguiente, podrían ser objeto de anulación. No obstante, se sostuvo también que varias de esas operaciones podían concertarse con fines lícitos y no deberían recibir automáticamente ese tratamiento. Se agregó que con una amplia aplicación del criterio de la anulación se podría obstaculizar el acceso a fondos en el contexto de la reorganización.

45. Se opinó que debería prestarse una mayor atención a la relación entre la anulación de operaciones internas del grupo, la mancomunación del derecho sustantivo y la posibilidad de que un único administrador se ocupara de las operaciones internas del grupo, y también entre la anulación y la subordinación.

c) Subordinación

46. Se indicó que en determinadas circunstancias la existencia de una relación especial entre la entidad que fuera objeto del procedimiento de insolvencia y un acreedor podía dar lugar a la subordinación de la demanda de ese acreedor respecto de las demandas de otros acreedores. Se señaló que esa relación especial podía

existir también entre empresas del mismo grupo, lo cual podría dar lugar a la subordinación de los créditos internos del grupo.

47. Se respondió que una subordinación automática de los créditos internos del grupo de empresas podría verse como una medida punitiva dando lugar a resultados inequitativos, pues muchas operaciones internas de un grupo tenían fines lícitos. Tal subordinación podría también en última instancia desfavorecer a los acreedores de las entidades que tuvieran créditos subordinados. A este respecto se estimó que la subordinación podría resultar un recurso más o menos apropiado según se tratara de liquidación o de reorganización.

5. Definición de “grupo nacional de sociedades”

48. Una vez concluido su debate sobre las vías de recurso, el Grupo de Trabajo examinó una posible definición o descripción del concepto de “grupo de sociedades” basándose en el material incluido en el glosario del documento A/CN.9/WG.V/WP.74.

49. Se convino en que si bien podía resultar difícil llegar a una decisión que pudiera emplearse tanto para la insolvencia como para otros fines, resultaba sin embargo importante llegar a un entendimiento común de lo que cabría entender por “grupo de sociedades”. Se señaló que el problema de las soluciones para el tratamiento de los grupos de sociedades en la insolvencia no podía resolverse mediante una definición, y tal definición no debería entrañar consecuencias jurídicas. Se estimó que una definición de trabajo debería ser lo suficientemente amplia para abarcar los diferentes tipos de grupos de sociedades comunes en los distintos países y regiones, tales como los grupos de sociedades controlados por una familia, y las empresas incorporadas por formar comúnmente parte de un grupo. Según una propuesta, se podría entender por grupo de sociedades un número de entidades asociadas por sociedades comunes o vinculadas entre sí o aliadas por el control o la capacidad de control, en que las entidades no tuvieran que estar necesariamente constituidas y la capacidad de control pudiera abarcar a los grupos de sociedades basados en acuerdos contractuales. Esta sugerencia recibió un apoyo general.

C. Cuestiones internacionales

1. Centro de los principales intereses

50. El Grupo de Trabajo examinó el concepto de “centro de los principales intereses” y el modo en que cabría formular criterios que complementarían las presunciones enunciadas en el artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Se señaló que en los ordenamientos en que se empleaba ese concepto, ya sea en virtud del Reglamento de la CE sobre el procedimiento de insolvencia o en virtud de la Ley Modelo, se trataba de un concepto que estaba evolucionando y se habían determinado varios factores que eran suficientes para rebatir la presunción de la oficina registrada. Entre ellos figuraban los centros de producción, mando y control, la ubicación de las cuentas bancarias y de los servicios de contabilidad y el lugar en que tuvieran lugar las actividades de diseño, comercialización y otras actividades económicas que habría que tener en cuenta al determinar el centro de los principales intereses.

51. Se observó que ni el Reglamento de la CE ni la Ley Modelo abordaban el concepto del centro de los principales intereses en el caso de los grupos de sociedades. En la práctica, ese centro podía estar situado en un Estado distinto para cada empresa del grupo, con lo cual había que entablar procedimientos en cada Estado sobre la base de los diversos factores arriba mencionados. Se señaló que en los casos en que el centro de los principales intereses de varias empresas de un grupo se encontrara en un mismo Estado, existía el riesgo de que los acreedores, e incluso los empleados, que se encontraran en Estados diferentes del Estado en que estuviera el centro de los principales intereses estuvieran en situación de desventaja, por ejemplo con respecto a la presentación de demandas y la participación en audiencias. Se indicó también que no siempre era posible averiguar cuál era el centro de los principales intereses de los miembros de un grupo de empresas antes de que se abriera el procedimiento de insolvencia.

52. Si bien el debate se basó en la experiencia registrada con la Ley Modelo de la CNUDMI y con el Reglamento de la CE, se sugirió que se adoptara un criterio más amplio para el centro de los intereses principales cuando se tratara de grupos de empresas, dado que aquellos textos no eran universalmente aplicables. Algunas delegaciones apoyaron la elaboración de un concepto de “centro de los principales intereses de un grupo de empresas”, el cual permitiría solicitar procedimientos contra todas las empresas insolventes de un grupo en un único Estado. Se sugirió que en el concepto de “centro de los principales intereses de un grupo” se combinaran los conceptos de centro de los principales intereses, el establecimiento y la presencia de bienes, y que se tuvieran en cuenta también las conexiones de los acreedores y las cuestiones de control.

53. Se puso en duda que fuera posible definir tal concepto y que pudiera reconocerse y ejecutarse a nivel universal. Se señaló que la mayoría de los ordenamientos establecían criterios o factores de conexión que daban al deudor la capacidad para entablar procedimientos de insolvencia en un determinado ordenamiento. Se recordó que esos factores se habían examinado en el contexto de la Guía Legislativa (segunda parte, capítulo I, párrs. 12 a 19). Incluso en el caso de que un tribunal considerara que el centro de los principales intereses de un grupo de empresas estaba bajo su jurisdicción y que podía, por lo tanto, conocer de solicitudes respecto de otras empresas del grupo, otros tribunales no estarían necesariamente de acuerdo con esa decisión al no existir una decisión vinculante al respecto. Además cabría adoptar distintas opiniones respecto de la inclusión de una entidad en un grupo de sociedades, particularmente en un grupo internacional de empresas; por ejemplo, algunos tribunales podrían considerar que una entidad era una filial mientras que otros podrían verla como una empresa nacional, a pesar de su conexión con miembros de un grupo situado en otro Estado.

54. Las dificultades con que se tropezaba para convenir una definición implicaban que era necesario centrarse en la forma de facilitar la coordinación y cooperación entre los diversos tribunales ante los que pudieran entablar procedimientos de insolvencia contra distintas empresas de un grupo, al tiempo que se reconociera la conveniencia de evitar una multiplicidad de procedimientos en el contexto de los grupos de empresas.

2. Definición de “grupo internacional de sociedades”

55. El Grupo de Trabajo examinó el modo en que cabría definir el concepto de “grupo internacional de sociedades” y las características que lo diferenciarían de un grupo nacional de empresas (véanse los párrafos 48 y 49 *supra*). Se opinó que era conveniente formular una definición que se centrara en las características comunes y que obtuviera un amplio apoyo internacional.

56. Según una propuesta presentada, el grupo internacional de empresas podía entenderse como un conjunto de empresas sujetas a la legislación de diferentes países, vinculadas por capital o por un control común y organizadas de manera coordinada. A fin de no excluir las entidades no constituidas ni posiblemente a las personas que formaran parte de tal grupo, se sugirió que, al igual que en el debate sobre el contexto interno, se sustituyera la palabra “entidades” por “empresas”. Según otra propuesta, cabría agregar referencias suplementarias a los tipos de conexiones que pudieran existir entre miembros de un grupo de empresas, como los bienes compartidos, la administración conjunta y el control o la capacidad para controlar los intereses de uno o varios miembros del grupo mediante la adopción de decisiones vinculantes con respecto a sus actividades financieras y económicas.

57. Se consideró que debería describirse con mayor claridad el carácter internacional de un grupo. Lo que se requería no era simplemente la existencia de oficinas de empresas integrantes del grupo en distintos Estados sino más bien la actividad económica o la presencia de bienes que fueran suficientes para determinar la competencia a efectos de entablar procedimientos de insolvencia en esos distintos Estados.

58. Tras deliberar, se pidió a la Secretaría que formulara una definición de lo que podría constituir un “grupo internacional de empresas”, teniendo en cuenta las diversas observaciones hechas durante el debate.

3. Vías de recurso

a) Administración conjunta

59. Según una opinión, la administración conjunta era tan esencial en el contexto internacional como en el contexto nacional para asegurar que los miembros de un grupo de empresas pudieran administrarse conjuntamente, garantizando una reorganización puntual, una mayor distribución de valor entre los acreedores y una reducción de los costos al mínimo. No obstante, se señaló que si bien en el contexto interno podían existir procedimientos que permitieran mancomunar los procesos entablados en diferentes Estados, en general esos procedimientos no existían a nivel internacional. A ese nivel, los procedimientos en distintos ordenamientos entrañarían una diversidad de bienes, acreedores, leyes, derechos de prelación, etc. Otras preguntas se refirieron a la elección del ordenamiento desde el que debería llevarse a cabo la administración conjunta, el tratamiento que pudiera aplicarse a entidades solventes en distintos Estados y la capacidad del representante de la insolvencia para actuar en diferentes Estados, particularmente en aquellos en que los representantes de la insolvencia no estuvieran cualificados conforme al derecho aplicable.

60. Se reconoció que en algunas situaciones podría convenir entablar procedimientos paralelos para abordar algunas de esas dificultades, si bien en

general debería evitarse una multiplicidad de procedimientos a fin de facilitar la coordinación y la cooperación. Con la adopción de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza se obtendrían las reglas locales necesarias para lograr esa cooperación. Si bien varias delegaciones acordaron que debería recomendarse la administración conjunta, en la fase actual de las deliberaciones tal vez no resultara posible formular propuestas sobre el modo de conseguirlo.

b) Mancomunación

61. Se observó que, si bien podrían obtenerse beneficios de la mancomunación de procedimientos de insolvencia en el contexto de la insolvencia transfronteriza, la dimensión internacional agregaba aun más complejidad, por ejemplo, con la necesidad de adoptar criterios para el cambio de monedas, lo cual entrañaba la necesidad de establecer un umbral aun más alto para los procedimientos nacionales. Otras cuestiones que podrían crear dificultades eran los distintos procedimientos que debían seguirse para la distribución y el reconocimiento de las reclamaciones, así como las diferencias que pudieran surgir de los enfoques territoriales, y no universales, de la insolvencia.

62. Se señaló que la mancomunación en el contexto transfronterizo pudiera requerir la armonización del tratamiento de las garantías reales en los diversos ordenamientos, que variaba considerablemente, hasta el punto de que ciertas garantías reales podían no tener ningún equivalente en otros ordenamientos jurídicos.

4. Financiación posterior a la apertura

63. Según la opinión general, el acceso a financiación posterior a la apertura era un factor clave para el éxito de un procedimiento de reorganización y ese acceso sólo era posible en los casos en que el prestamista obtuviera suficientes garantías de recuperación de su capital. Se agregó que esas garantías podían no existir en algunos ordenamientos que pusieran de relieve la protección de las garantías reales antes de la apertura, así como en otros ordenamientos que carecieran del marco comercial necesario para apoyar la financiación posterior a la apertura, con lo que se obstaculizaría la reorganización de entidades integrantes de grupos de empresas ubicadas en esos países.

64. Se expresaron reservas sobre si sería viable introducir, en ciertos ordenamientos jurídicos, el concepto de rango superior de las garantías reales en beneficio del prestamista de fondos tras la apertura del procedimiento, lo cual a veces se denominaba “prelación absoluta”. A este respecto se agregó que podría tropezarse con dificultades cuando se solicitara la ejecución de un plan de reorganización que previera esta prelación absoluta en tribunales que no fueran los del Estado en que se hubiera aprobado el plan, y especialmente cuando la modificación de los grados de prelación de las garantías reales afectara a los bienes que estuvieran en posesión de entidades solventes del grupo de sociedades. En este contexto, se observó que también serían objetivos deseables proteger adecuadamente los intereses del acreedor de la filial solvente y prevenir la explotación de la filial solvente en beneficio exclusivo de la empresa matriz insolvente.

65. Se opinó que algunos de esos problemas tal vez pudieran resolverse recurriendo a los protocolos, a reserva de la aprobación de todos los tribunales interesados. Se respondió que, si bien tal enfoque aseguraría una representación adecuada de todas las partes interesadas, podría también requerir demasiado tiempo, especialmente habida cuenta del plazo estricto impuesto por las necesidades financieras de un grupo insolvente de empresas.

66. Como otra posibilidad, se sugirió que se buscara una solución similar a ciertos procedimientos aplicables a la fusión transfronteriza de empresas. Ello conferiría el derecho a los tribunales competentes para ocuparse de los bienes pertinentes a dictar una sentencia sobre la compaginación de los diversos intereses en juego y a solicitar garantías adecuadas para asegurar que se obtuviera el equilibrio deseado.

67. El Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que sería conveniente seguir examinando la cuestión y de que ese examen debería realizarse sobre la base de las recomendaciones 63 a 68 de la Guía Legislativa y de su aplicación en el contexto internacional de los grupos de sociedades.

D. Alcance de la labor futura

68. La secretaría informó al Grupo de Trabajo sobre los progresos realizados en lo referente a la utilización de los protocolos en la insolvencia transfronteriza y a la preparación de un informe al respecto para que lo examine la Comisión en su 40º período de sesiones.

69. Se convino en que de las actuales deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el tratamiento de los grupos de sociedades en la insolvencia se desprendía que era necesario seguir ocupándose del tema. La Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza ofrecían una sólida base para la unificación de los regímenes de la insolvencia, y habría que mantener la integridad de esos textos en toda labor futura. Por consiguiente, la labor actual pretendía complementar esos textos, y no sustituirlos.

70. Se observó que un posible método de trabajo podría consistir en el examen de las disposiciones enunciadas en los textos existentes que pudieran ser de interés en el contexto de los grupos de sociedades y en la determinación de las cuestiones que requirieran un debate más a fondo, así como la preparación de recomendaciones suplementarias. Otras cuestiones, aunque fueran de interés para los grupos de sociedades, podrían tratarse del mismo modo que en la Guía Legislativa y en la Ley Modelo. El posible resultado de esta labor podría revestir la forma de recomendaciones legislativas respaldadas por un análisis de las consideraciones normativas del caso.

71. En referencia a la decisión adoptada por la Comisión en su último período de sesiones (A/61/17, párr. 209 b)), se convino en que, en el marco del mandato existente, el Grupo de Trabajo actuara flexiblemente en lo que respecta a la forma en que se llevara a cabo la labor de financiación posterior a la apertura a nivel nacional e internacional.