



Asamblea General

Distr. general
15 de abril de 2005
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
38º período de sesiones
Viena, 4 a 15 de julio de 2005

Régimen de la insolvencia

Posible labor futura en materia de régimen de la insolvencia

Adición

Tratamiento de los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia

El siguiente extracto de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia se presenta, para facilitar la referencia, en apoyo de la propuesta que figura en el documento A/CN.9/582/Add.1.

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia Segunda parte, capítulo V

C. Tratamiento de los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia

1. Introducción

82. Es frecuente que varias sociedades mercantiles constituyan grupos de empresas y que operen conjuntamente sin perder su personalidad jurídica propia. En caso de insolvencia de una de las empresas integrantes de un grupo, el tratamiento que debe dársele como persona jurídica independiente puede plantear problemas generalmente complejos y difíciles de resolver. En ciertas situaciones, como, por ejemplo, cuando una empresa conexas ha dirigido o controlado la actividad mercantil de una empresa, las empresas del grupo pueden verse perjudicadas al ser tratadas como personas jurídicas independientes. Puede suceder, por ejemplo, que no sea posible utilizar los fondos de una empresa para saldar las deudas u obligaciones de



una empresa deudora perteneciente al grupo (salvo cuando ésta sea accionista o acreedora de la otra empresa), pese a la estrecha vinculación que existe entre las empresas y al hecho de que tal vez la otra empresa haya participado en la gestión de la empresa deudora o la haya dirigido y haya contribuido así a que contrajera deudas y obligaciones. Además, cuando la empresa deudora pertenezca a un grupo de esa índole, puede ser difícil desentrañar las circunstancias particulares de un caso para determinar con qué empresa del grupo trataban ciertos acreedores o las operaciones financieras que llevaban a cabo las empresas del grupo.

83. Tres cuestiones que requieren especial atención en un procedimiento de insolvencia que afecte a una empresa perteneciente a un consorcio mercantil son:

a) La responsabilidad de alguna de las otras empresas del grupo respecto de las deudas externas de la empresa insolvente (teniendo presente que todas las deudas son de la empresa insolvente, salvo las que haya contraído con las empresas integrantes del grupo, es decir, las “deudas internas”);

b) El tratamiento de las deudas internas (los créditos que tengan las empresas del grupo contra la empresa deudora); y

c) La apertura de un procedimiento de insolvencia por una empresa del grupo contra otra empresa conexas de éste.

84. Este tema es sumamente complejo y el examen que se hace a continuación no es sino una breve introducción a algunas de estas cuestiones. Los regímenes de la insolvencia resuelven éstas y otras cuestiones de distinta manera que pueden diferenciarse por la forma en que el régimen permite que se levante el “velo” de la responsabilidad limitada (veil of incorporation). En algunos se aplica un criterio prescriptivo, por el que se circunscriben rigurosamente las circunstancias en que podrá otorgarse a las empresas del grupo un trato que no sea el de personas jurídicas separadas, y se levanta dicho velo, o, dicho de otro modo, las circunstancias en que una empresa conexas puede ser responsable de las deudas de una empresa deudora también integrante del grupo. En otros regímenes se sigue un criterio menos restrictivo y se da amplia discreción a los tribunales para que evalúen las circunstancias de un caso particular en función de directrices concretas. La gama de posibles resultados a que da lugar este tipo de regímenes es más amplia que en los regímenes que prevén un criterio prescriptivo. No obstante, en ambos tipos de regímenes, el modo en que se regulan las cuestiones de responsabilidad dentro del grupo suele fundarse en la relación que existe entre la empresa insolvente y las demás empresas pertenecientes al grupo, en función de quién controle el capital y la gestión de aquélla. Una posible ventaja de tratar esas cuestiones en un régimen de la insolvencia radica en que es un incentivo para que los grupos de sociedades mercantiles supervisen constantemente las actividades de las empresas que los integran y adopten medidas en cuanto una de ellas experimente dificultades financieras graves. Sin embargo, el hecho de no tratar a las empresas como entidades jurídicas separadas puede menoscabar la capacidad de las sociedades, los inversionistas y los acreedores para circunscribir los riesgos y adoptar decisiones al respecto (lo que puede revestir particular importancia cuando el grupo cuente en su seno con una sociedad mercantil que requiera que se preste atención a la gestión de riesgos, como en el caso de una entidad financiera). Ello puede crear un considerable grado de incertidumbre que incida en el costo del crédito, en particular cuando corresponda al tribunal decidir la cuestión de responsabilidad por las deudas

del grupo después de que haya sobrevenido la insolvencia, y entrañar complejas cuestiones contables acerca de la forma en que se tratan las obligaciones entre las sociedades del grupo.

85. Si bien cabe resolver estas cuestiones sumamente complejas conforme a diversos criterios, es importante que el régimen de la insolvencia defina con suficiente detalle el procedimiento que deba seguirse en todo asunto relativo a grupos de sociedades mercantiles, para que todo interesado que intervenga en operaciones comerciales con dichos grupos pueda obrar con la seguridad jurídica debida. En vez de reglamentar directamente ese procedimiento en un caso de insolvencia que afecte a un grupo de empresas, cabría también definir suficientemente lo relativo a estas empresas en otras partes del régimen, a fin de que éste fuera aplicable a los grupos de empresas, en particular las disposiciones que rigen cuestiones como la del empleo de la anulación o la subordinación con respecto a las personas allegadas.

2. Responsabilidad del grupo por las deudas externas

86. En los regímenes de la insolvencia se tienen en cuenta diversas circunstancias o distintos factores para determinar si una empresa conexas o una empresa integrante de un grupo de sociedades mercantiles debe hacerse cargo de las deudas externas contraídas por otra de las empresas del grupo que sea insolvente.

87. En muchos regímenes se dispone que la empresa conexas se haga cargo de las deudas cuando haya otorgado una garantía respecto de sus filiales. De forma análoga, en muchos regímenes se establece la responsabilidad de indemnizar toda pérdida o perjuicio dimanantes de operaciones fraudulentas que se hayan llevado a cabo entre las empresas del grupo. En otras ramas del derecho pueden preverse también soluciones al respecto. En algunas circunstancias, por ejemplo, la ley puede considerar que la empresa insolvente es un agente de la empresa conexas, lo que permitiría a los terceros hacer valer sus derechos directamente frente a la empresa conexas como principal responsable.

88. Cuando el régimen de la insolvencia otorga a los tribunales amplios poderes discrecionales para determinar, conforme a determinadas directrices, la responsabilidad que tienen una o más empresas del grupo por las deudas de otras empresas del grupo, en esas directrices podrá indicarse que deberán tenerse en cuenta los siguientes factores: el grado de vinculación entre la administración, los negocios y las finanzas de las empresas; la conducta de la empresa conexas frente a los acreedores de la empresa insolvente; la convicción de los acreedores de que tenían tratos con una sola entidad económica, y no con dos o más empresas del grupo; y el grado en que la situación de insolvencia pueda imputarse a los actos de la empresa del grupo. Teniendo presentes esas consideraciones, un tribunal podrá dictaminar hasta qué punto un grupo ha actuado como entidad económica única y, en algunos regímenes, podrá ordenar que se consoliden o mancomunen el activo y el pasivo de las empresas, en particular cuando esa orden pueda coadyuvar a la reorganización del grupo o cuando una de las empresas pueda contribuir financieramente a la masa de la insolvencia, siempre y cuando esas aportaciones no socaven la solvencia de la empresa contribuyente. Esas cantidades se abonan en general al representante de la insolvencia que administra el procedimiento en beneficio de la masa en conjunto.

89. Otro aspecto importante en los regímenes que permiten ese tipo de medidas es el efecto de éstas sobre los acreedores. A fin de que los acreedores en su conjunto reciban un trato equitativo, estos regímenes deben conciliar los intereses de dos (o más) grupos de acreedores que hayan tratado con dos (o más) entidades mercantiles independientes. Estos intereses colectivos entrarán en conflicto entre sí si la suma de los activos del conjunto de empresas no basta para saldar los créditos. En tal caso, es posible que los bienes que corresponderían a los acreedores de una empresa del grupo que posea una base considerable de activos sufran una merma a causa de los créditos que reclamen los acreedores de otra empresa del grupo cuya base de activos sea limitada. Una forma de resolver esta cuestión es determinar si las economías que se lograrían en beneficio colectivo de los acreedores compensarían o no el eventual perjuicio que podría sufrir cada acreedor. Cuando ambas empresas son insolventes, en algunos regímenes se sopesa si, al no dictarse una orden de consolidación, dando lugar por ende a procedimientos de insolvencia independientes, aumentarían los gastos y la duración del procedimiento y se reducirían los fondos que, de lo contrario, estarían a disposición de los acreedores, y si ello redundaría en beneficio de los titulares de capital social de algunos de los miembros del grupo de sociedades mercantiles que recibirían beneficios a costa de los acreedores de otras empresas del grupo.

90. El principio común a todos los regímenes con disposiciones de este tipo es que, para dictar una orden de consolidación, el tribunal debe estar convencido de que, si no la dicta, los acreedores sufrirían un perjuicio mayor que el que sufrirían las empresas insolventes y los acreedores disconformes. En algunos ordenamientos se dispone por razones de equidad una consolidación parcial, eximiendo los créditos de ciertos acreedores, que se saldan con determinados activos (a los que no se aplica la orden de consolidación) de una de las empresas insolventes. Las dificultades que entraña un proceso de compensación de esta índole han hecho que raramente se dicten esas órdenes en los países cuyos regímenes las autorizan.

91. Cabe señalar que, en los regímenes de la insolvencia que prevén la consolidación, los derechos de los acreedores garantizados no se ven afectados, salvo tal vez los de los titulares de garantías reales internas (cuando el acreedor garantizado es una empresa del grupo).

3. Deudas internas

92. Las deudas internas entre las empresas de un grupo pueden regularse de diversos modos. En algunos regímenes de la insolvencia, las operaciones efectuadas entre empresas de un grupo pueden estar sujetas a acciones de anulación. En algunos regímenes que prevén la consolidación, las obligaciones internas cesan cuando se dicta una orden de consolidación. Otro criterio consiste en clasificar las operaciones realizadas entre empresas de un grupo en una categoría distinta a la de las operaciones que se lleven a cabo entre partes no vinculadas entre sí (por ejemplo, puede considerarse que una deuda es una aportación de capital, y no un préstamo dentro del grupo), lo que supondrá que las obligaciones entre empresas de un grupo tendrán un grado de prelación inferior al asignado a las mismas obligaciones entre partes no vinculadas.