



Asamblea General

Distr. limitada
2 de enero de 2008*
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
34º período de sesiones
Nueva York, 3 a 7 de marzo de 2008

Tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia

Nota de la Secretaría

II. Comienzo de la insolvencia: cuestiones de ámbito interno (continuación)

D. Impugnación judicial

1. Contenido de las disposiciones legales

Operaciones impugnables

14) El régimen de la insolvencia debería especificar que, al examinar si debe o no ser anulada una operación del tipo mencionado en los apartados a), b) o c) de la recomendación 87 de la Guía Legislativa que se haya concertado entre personas allegadas en el contexto de un grupo de empresas, el tribunal podrá tomar en consideración las circunstancias del grupo en el que se haya efectuado la operación. Entre esas circunstancias cabe mencionar: el grado de integración entre las empresas del grupo que hayan intervenido en la operación; la finalidad de la operación; y si, gracias a la operación, las empresas del grupo han obtenido ventajas que normalmente no se otorgarían entre partes no allegadas.



Elementos para obtener la anulación y excepciones alegables

15) El régimen de la insolvencia podrá especificar la manera en que cabrá aplicar los elementos mencionados en la recomendación 97 de la Guía Legislativa al impugnar, en el curso de un procedimiento de insolvencia, operaciones en las que intervengan dos o más miembros de un grupo de empresas¹.

2. Notas explicativas de las recomendaciones

1. En su 33° período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de los proyectos de recomendación 14) y 15) para que sirviera de base de las deliberaciones ulteriores al respecto y sugirió que se hiciera ver más claramente en la recomendación 15) su conexión con el contenido de la recomendación 97 de la Guía Legislativa. Se han citado por ello, en una nota de pie de página, los elementos de la recomendación 97. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si considera suficiente dicha mención.

E. Consolidación patrimonial

1. Finalidad de las disposiciones legales

[Las disposiciones relativas a la consolidación patrimonial tienen por objeto:

- a) velar por que se respete, como principio básico, la personalidad jurídica independiente de cada miembro del grupo de empresas;
- b) habilitar legalmente la práctica procesal consistente en la consolidación de masas de la insolvencia; y
- c) especificar las circunstancias sumamente limitadas en las que cabrá recurrir a la consolidación patrimonial; y
- d) especificar los criterios objetivos y los trámites que se habrán de observar en aras de la transparencia, al consolidar los patrimonios insolventes en una masa única.]

2. Contenido de las disposiciones legales

Personalidad jurídica propia en el marco de un grupo de empresas

16) El régimen de la insolvencia debería respetar la personalidad jurídica propia de cada miembro de un grupo de empresas [con las salvedades previstas en la recomendación 17].

Consolidación patrimonial

17) El régimen de la insolvencia podrá especificar que el tribunal podrá decretar la sustanciación conjunta de los procedimientos de insolvencia como si constituyeran un único procedimiento abierto contra una sola entidad [, mancomunando los activos y pasivos de dichas empresas con miras a constituir una única masa de la insolvencia], pero únicamente en los siguientes supuestos:

¹ 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.

a) cuando un tribunal esté convencido de que los bienes de los miembros del grupo de empresas están de tal modo entremezclados que [resulte imposible deslindar la propiedad individual de dichos bienes] [no sea posible determinar la propiedad individual de los distintos bienes sin incurrir en gastos u ocasionar retrasos indebidos]; o

b) cuando dos o más miembros de un grupo de empresas haya intervenido en actividades fraudulentas, simuladas o justificación comercial, de tal modo que el tribunal esté convencido de que la consolidación patrimonial es un remedio necesario para rectificar dichas actividades fraudulentas o ficticias; o

[c) cuando un tribunal esté convencido de que el grupo de empresas actuó como si fuera una única empresa o como si deseara inducir a terceros [a negociar con dicho grupo como si se tratara de una única empresa] [a creer que estaban negociando con una única empresa] [y sus miembros ocultaron su personalidad jurídica propia].]

3. Notas explicativas de las recomendaciones

2. Para mejor explicar las recomendaciones relativas a la consolidación patrimonial, se ha adoptado el enfoque seguido en la Guía Legislativa, al introducirse una cláusula de finalidad. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar las finalidades que deban señalarse en dicha cláusula.

3. En su 33º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 16)², e hizo notar que el principio en ella reflejado debería ser aplicable a título de regla general. A la luz de ello, tal vez no sea necesaria la remisión que se hace a la recomendación 17), por lo que figura actualmente entre corchetes para su ulterior examen. De suprimirse dicha salvedad, cabría insertar la recomendación 16) en el texto de una introducción general del nuevo juego de recomendaciones que se preparaba.

4. Para mejor explicar la finalidad de las recomendaciones relativas a la consolidación patrimonial, tema que no fue tratado en la Guía Legislativa, se ha seguido el enfoque adoptado en la Guía y se ha introducido una cláusula de finalidad. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar los objetivos que deban señalarse en dicha cláusula.

Consolidación patrimonial

5. Se ha revisado el texto de la recomendación 17) de conformidad con lo decidido con el Grupo de Trabajo en su 33º período de sesiones³. A raíz de una sugerencia de que se confirmara en el encabezamiento de la recomendación que una consolidación patrimonial dará lugar a que se abra un único procedimiento de insolvencia contra una única masa de la insolvencia, se habla de dicho aspecto tanto en el texto que figura en el encabezamiento como en la explicación que se da en el glosario de la consolidación patrimonial. Cabría explicar más en detalle, en el comentario, dicho aspecto de la consolidación patrimonial.

² A/CN.9/643, párr. 62.

³ *Ibid.*, párrs. 63 a 75.

Bienes entremezclados

6. El apartado a) de la recomendación 17) menciona el hecho de que los bienes de los miembros de un mismo grupo estén entremezclados, pero no especifica que dichos miembros hayan de ser, cada uno de ellos, objeto de un procedimiento de insolvencia. Por consiguiente, los bienes entremezclados podrán pertenecer a miembros tanto insolventes como solventes o aparentemente solventes del grupo⁴, de conformidad con lo sugerido en el Grupo de Trabajo.

7. Se han propuesto diversas posibilidades para deslindar o determinar la propiedad individual de los bienes. En aquellos ordenamientos en los que el hecho de que los bienes estén entremezclados constituye un motivo para decretar la consolidación patrimonial, los tribunales aplican diversos criterios para determinar cuál es el grado de dificultad inherente al proceso de deslindar los patrimonios entremezclados que justifique la consolidación de dichos patrimonios. En algunos ordenamientos se exige que el proceso de deslindar la propiedad resulte imposible, o se aplica un criterio basado en lo costoso que resultaría. Se alega, por ejemplo, la consideración de que los gastos de deslindar los patrimonios constituirían una grave amenaza contra las expectativas que los acreedores puedan albergar de recuperar sus préstamos; que dicho proceso resultaría tan costoso que agotaría los recursos de la masa de la insolvencia; o que resultaría prohibitivamente caro.

8. El criterio de la “imposibilidad de deslindar la propiedad de los bienes” pudiera no ser practicable, dada la dificultad de probar dicha imposibilidad. Aun cuando deslindar los patrimonios puede resultar un proceso muy costoso (agotando, por ejemplo, el activo financiero disponible), además de prolongar las actuaciones y ser fuente de incertidumbre para todos los afectados, es probable que dicho deslindamiento no sea “imposible”. Ahora bien, dichas dificultades serían contrarias a los objetivos básicos de todo procedimiento de insolvencia, particularmente el de optimizar el valor de la masa de la insolvencia. En la práctica, es posible que los tribunales, que hayan de aplicar el criterio de la “imposibilidad”, lo interpreten en el sentido de que dicho deslindamiento “no pueda efectuarse sin excesivos gastos y demoras”, de tal modo que el tribunal sopesaría esos gastos y demoras para determinar lo que resultaría más conforme con el interés superior de la masa de la insolvencia y de sus acreedores. Cabría, por ello, señalar como criterio alternativo de la “imposibilidad de deslindar los patrimonios” el de que la determinación de la propiedad individual de cada empresa resultaría excesivamente costosa o lenta. Los parámetros utilizables y las cuestiones prácticas involucradas, tales como la asignación de la carga de la prueba, podrían ser examinados más en detalle en el comentario. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar cuál sería la solución preferible.

9. Otra cuestión que el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar respecto de los bienes entremezclados sería la de esclarecer su titularidad. Si bien tal vez sea posible determinar la titularidad efectiva de los bienes en el momento de abrirse un procedimiento de insolvencia, la cuestión clave pudiera ser la de averiguar si dichos bienes habían sido objeto de conversiones o de transferencias en operaciones internas del grupo en las que se hubiera ignorado la personalidad jurídica independiente de cada miembro, burlándose así las expectativas razonables de los acreedores que hubieran otorgado crédito a algún miembro del grupo.

⁴ *Ibid.*, párr. 65.

La determinación de la titularidad pudiera requerir, en tales casos, una ardua tarea de investigación y aclaración de las operaciones internas de un grupo de empresas. Por dicho motivo, el Grupo de Trabajo tal vez desee cualificar la titularidad de los bienes para los fines del apartado a) con el término de “legítima” o de “justificable”.

Operaciones y actividades ficticias, fraudulentas o carentes de una justificación comercial legítima

10. El apartado b) se refiere a la utilización de ciertos miembros de un grupo para operaciones o actividades ficticias, fraudulentas o carentes de una finalidad comercial legítima. Se refiere, por ello, a la realización efectiva de dichas actividades a través de las empresas de un grupo con independencia de si dichas empresas se creaban para dichos fines y actividades o si se creaban con una finalidad legítima pero fueron luego utilizadas al servicio de fines y actividades de dicha índole. En su 33º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que aun cuando fuera deseable definir con mayor precisión el tipo de fraude considerado, tal vez ello resultara difícil, por lo que debía retenerse el texto actual a fin de seguir estudiándolo⁵.

11. Además de haber realizado actividades de la índole descrita, el apartado b) exige que el tribunal esté convencido de que la consolidación patrimonial de las empresas involucradas es esencial para remediar los efectos de las actividades de la índole descrita. Por lo que cabe decir que caso de disponer el tribunal de algún otro remedio que permitiera alcanzar el mismo resultado, procedería también aplicarlo. Cuando alguna actividad descrita en el apartado b) haya dado lugar a que los bienes se hayan entremezclado conforme a lo previsto a), cabría decretar la consolidación patrimonial de las empresas implicadas con arreglo a lo previsto en el apartado a).

Casos en los que un grupo actúa como una única empresa

12. El apartado c) incorpora el supuesto previsto en el proyecto de recomendación [18] de A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1 y responde al comportamiento de un grupo de empresas que haya dado a los acreedores una falsa impresión de estar negociando con una única entidad, y no con los miembros individuales de un grupo de empresas. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si dicho comportamiento se refiere únicamente al supuesto de que haya sido fraudulento, o si prevé también supuestos en los que la falsa impresión de unidad haya sido dada por actos de mala gestión o incompetencia profesional.

13. Los factores que habrán de considerarse para ver si se cumple el requisito enunciado en el apartado c) pudieran ser: la manera por la que el grupo haya promovido publicitariamente su imagen o la comercialización de sus productos y la imagen que haya dado de sí mismo en su correspondencia; sus arreglos financieros, tales como el pago de facturas a uno de los miembros del grupo por los demás miembros o el pago de facturas a varios miembros del grupo por otra empresa del mismo grupo; la circunstancia de que el personal directivo o ejecutivo de varias empresas del grupo sea el mismo; la utilización por todos los miembros del grupo de una misma cuenta bancaria; el trato otorgado a los acreedores de alguno de los miembros del grupo como si fueran acreedores de otros miembros del mismo grupo o del propio grupo en general, de forma que los acreedores pierdan su sentido de

⁵ *Ibid.*, párr. 67.

conexión con alguna empresa deudora en particular; y la confusión que puede haber entre los empleados de las empresas del grupo respecto de la identidad de su empleador efectivo. Aun cuando muchos de estos factores sean habituales en el contexto de un grupo de empresas, podrán servir para motivar una consolidación patrimonial de los miembros del grupo en supuestos en los que los acreedores no hubieran podido determinar la identidad de la empresa con la que negociaban, aun cuando hubieran obrado con la diligencia debida en dichos casos.

14. En el 33° período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que tal vez fuera preciso hacer alguna distinción en cuanto al momento en que hubiera ocurrido el comportamiento descrito en el apartado c), ya que dicho comportamiento pudiera haber evolucionado con el tiempo y pudiera no ser el mismo respecto de todos los acreedores⁶. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procede examinar dicha cuestión más en detalle con miras a abordarla en el comentario.

15. Para aclarar las consecuencias de una consolidación patrimonial, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si hará falta una recomendación adicional al respecto. Cabría, por ejemplo, indicar en dicha recomendación que todo mandamiento de consolidación patrimonial dará lugar a una única entidad consolidada, extingue toda deuda pagadera entre los miembros del grupo; o extinguirá todo crédito que un miembro del grupo tenga frente a otro u otros miembros del mismo grupo, y otras consecuencias parecidamente previsibles.

4. Recomendaciones adicionales relativas a la consolidación patrimonial

a) Contenido de las disposiciones legales

Consolidación patrimonial parcial

[18) El régimen de la insolvencia podría especificar que el tribunal [podrá excluir determinados bienes o créditos del ámbito de aplicación de una consolidación patrimonial] [podrá dictar un mandamiento de consolidación parcial por el que se excluyan determinados bienes o créditos del patrimonio que se declare consolidado].]

Solicitud de consolidación patrimonial

[19) El régimen de la insolvencia debería indicar cuáles son las personas que podrán presentar una solicitud de consolidación patrimonial, entre las que deberían figurar el representante de la insolvencia de cualquier miembro de un grupo de empresas o todo acreedor de cualquier miembro de dicho grupo.]

Juntas de acreedores

[20) El régimen de la insolvencia debería especificar que si se ha de convocar una primera junta de acreedores dentro de un cierto plazo tras la apertura del procedimiento y se decreta una consolidación patrimonial dentro de dicho plazo, cabrá convocar una única junta de acreedores [para todos los acreedores de cada uno de los miembros del grupo que sean objeto de la consolidación patrimonial decretada].]

⁶ *Ibid.*, párr. 76.

Cálculo del período de sospecha aplicable a la consolidación patrimonial

[21) El régimen de la insolvencia debería indicar la fecha a partir de la cual deberá calcularse el período de sospecha para las operaciones impugnables con arreglo a la recomendación 87 de la Guía Legislativa, en todo supuesto en el que sea decretada una consolidación patrimonial:

a) caso de ser decretada una consolidación patrimonial al declararse abierto un procedimiento de insolvencia, dicha fecha a partir de la cual se calculará retroactivamente el período de sospecha, deberá ser fijada conforme a lo previsto en la recomendación 89 de la Guía Legislativa;

b) caso de que se decrete una consolidación patrimonial con posterioridad a la apertura de un procedimiento de insolvencia, la fecha a partir de la cual se calculará retroactivamente el período de sospecha respecto de los miembros del grupo a los que sea aplicable la consolidación patrimonial, podrá ser:

i) una misma fecha para todos los miembros del grupo de empresas a los que sea aplicable la consolidación patrimonial, que corresponderá a la fecha de presentación de la primera solicitud de apertura de un procedimiento contra cualquiera de ellos; o

ii) una fecha distinta para cada miembro del grupo de empresas al que sea aplicable la consolidación patrimonial, que podrá ser la fecha de la solicitud de apertura de un procedimiento contra dicho miembro o la fecha de apertura del procedimiento, de conformidad con lo previsto en la recomendación 89 de la Guía Legislativa.]

Modificación de un mandamiento de consolidación patrimonial

[22) El régimen de la insolvencia debería especificar cuál es el tribunal que podrá modificar un mandamiento de consolidación patrimonial o de consolidación patrimonial parcial [, con tal de que toda medida o decisión que se haya adoptado a raíz del mandamiento de consolidación no se vea afectada por el mandamiento de modificación].]

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

[23) El régimen de la insolvencia debería respetar los derechos y la prelación de todo acreedor que goce de una garantía constituida sobre algún bien de un miembro de un grupo de empresas que sea objeto de un mandamiento de consolidación, a no ser que:

a) el crédito garantizado sea debido por algún otro miembro del grupo y deba ser por ello eliminado en el curso de la consolidación patrimonial; o

b) el tribunal determine que la garantía fue obtenida fraudulentamente.]

b) Notas explicativas de las recomendaciones

16. En su 33º período de sesiones, el Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que se prepararan varias recomendaciones adicionales para su ulterior examen⁷.

⁷ *Ibid.*, párrs. 81, 93 y 108.

Consolidación patrimonial parcial

17. El proyecto de recomendación 18) se ocupa de la posibilidad de que se dicte un mandamiento de consolidación patrimonial parcial que no sería aplicable a ciertos tipos de bienes o de créditos. Al igual que la recomendación 17), la recomendación 18) no se pronuncia acerca de lo que el régimen de la insolvencia vaya a disponer al respecto ni acerca de cuándo procedería que un tribunal decreta una consolidación patrimonial parcial. Cabe que el mandamiento de consolidación patrimonial parcial excluya, por ejemplo, a los bienes constituidos en garantía de los créditos de acreedores en la medida en que dichos acreedores hayan confiado en que dichos bienes, cuya pertenencia no era controvertida, garantizaban el pago del importe de sus créditos. Respecto de los miembros solventes de un grupo, cabe que el mandamiento de consolidación patrimonial afecte únicamente a su capital social excedentario neto (de haber alguno), a fin de evitar que sus acreedores puedan verse perjudicados. Cabría explicar en el comentario cuáles serían las modalidades que podría revestir un mandamiento de consolidación patrimonial parcial.

Solicitud de consolidación patrimonial

18. El proyecto de recomendación 19) refleja el acuerdo al que se llegó en el Grupo de Trabajo en su 33º período de sesiones respecto de cuáles serían las personas habilitadas para solicitar una consolidación parcial⁸. Se examinó asimismo el momento en que cabría presentar una solicitud y se señalaron algunas de las cuestiones que habrían de considerarse al respecto⁹. Se observó, en particular, que si bien debería preverse la flexibilidad requerida para ir extendiendo la consolidación a otros miembros del grupo, dicha extensión resultaría difícil una vez que se hubiera llegado a una determinada etapa del procedimiento, como pudiera ser la aprobación de un plan de reorganización o la distribución parcial de la masa de la insolvencia. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si se necesita alguna nueva recomendación al respecto o si dichas cuestiones deben ser tratadas en el comentario.

Juntas de acreedores

19. El proyecto de recomendación 20) guarda relación con la recomendación 128 de la Guía Legislativa relativa a la convocatoria de juntas de acreedores a raíz de la apertura de un procedimiento. El proyecto de recomendación prevé que cabrá convocar una única junta de acreedores para todos los acreedores de aquellos miembros del grupo a los que sea aplicable una consolidación patrimonial. La finalidad primordial de dicha reunión única sería el ahorro de tiempo y dinero que ello supondría. Si se ha de pedir el voto a los acreedores, el régimen de la insolvencia podría especificar que toda resolución aprobada por los acreedores reunidos en una junta consolidada sería considerada como habiendo sido aprobada por los acreedores de cada uno de los miembros del grupo a los que sea aplicable la consolidación patrimonial.

⁸ *Ibid.*, párr. 82.

⁹ *Ibid.*, párr. 84.

Cálculo del período de sospecha aplicable en la consolidación patrimonial

20. En su 33° período de sesiones, el Grupo de Trabajo tomó nota de las dificultades especiales que pudieran darse, respecto de la impugnabilidad de ciertos actos o del cálculo del período de sospecha, al ser decretada una consolidación patrimonial¹⁰. De ser decretada la consolidación patrimonial simultáneamente a la apertura de un procedimiento de insolvencia contra aquellos miembros del grupo que sean objeto de la consolidación patrimonial, bastará con aplicar lo previsto en la recomendación 89 de la Guía Legislativa. Ahora bien, de ser decretada la consolidación patrimonial con posterioridad a la apertura de un procedimiento o de ser agregados otros miembros del grupo a la consolidación patrimonial en momentos sucesivos, cabe prever que surjan cuestiones difíciles de resolver, particularmente si el período transcurrido entre la solicitud de apertura y el mandamiento de consolidación ha sido largo. Se observó también que de elegirse la fecha del mandamiento de consolidación como fecha pertinente para el cálculo del período de sospecha, cabía prever que surgieran problemas respecto de las operaciones concertadas, por miembros del grupo o entre dichos miembros, durante el período de sospecha calculado a partir de esa fecha y el calculado a partir de la fecha de solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia, lo que sería fuente de incertidumbre para los acreedores y prestamistas. Conforme fue pedido, se ha preparado, para su ulterior examen por el Grupo de Trabajo, el proyecto de recomendación 21).

Modificación de un mandamiento de consolidación patrimonial

21. El proyecto de recomendación 22) refleja el acuerdo al que se llegó en el 33° período de sesiones del Grupo de Trabajo por el que se decidió que un mandamiento de consolidación patrimonial sería modificable¹¹. El texto de la recomendación hace además una referencia explícita al mandamiento de consolidación patrimonial parcial. La recomendación no indica el motivo alegable para efectuar dicha modificación, pero cabría explicar en el comentario que procedería, por ejemplo, modificar un mandamiento al producirse algún cambio en las circunstancias, al obtenerse información adicional sobre los deudores o de no haberse conocido ciertos datos importantes en el momento de dictarse el mandamiento de consolidación. La salvedad entre corchetes se hace igualmente en la recomendación 8) (A/CN.9/WG.V/WP.80) relativa a la coordinación procesal, y tiene por objeto evitar que toda medida o decisión adoptada a raíz de un mandamiento de consolidación patrimonial pueda verse afectada por la modificación de dicho mandamiento.

Tratamiento de las garantías reales en la consolidación patrimonial

22. En su 33° período de sesiones, el Grupo de Trabajo reconoció que la observancia del principio de que se habían de respetar las garantías reales, el curso de una consolidación, podría ser un factor clave para su éxito, sin dejar, por ello, de observar que cabría prever algunas excepciones a dicho principio en unos cuantos

¹⁰ *Ibid.*, párrs. 89 a 93.

¹¹ *Ibid.*, párr. 88.

casos¹². La recomendación 23) enuncia dicho principio general, así como las dos excepciones previsibles que fueron examinadas por el Grupo de Trabajo.

Aviso que ha de darse de una consolidación patrimonial

23. En su 33º período de sesiones el Grupo de Trabajo examinó, sin que se llegara a una conclusión al respecto, la cuestión del aviso que habrá de darse de toda solicitud de consolidación patrimonial¹³. El Grupo de Trabajo pudiera decidir que bastará para dicho fin con aplicar lo previsto en las recomendaciones 19 a), 22 y 23 de la Guía Legislativa, o que, por el contrario, procedería insertar una recomendación inspirada en la del proyecto de recomendación 6) (A/CN.9/WG.V/WP.80) relativa a la coordinación procesal. A tenor de las recomendaciones de la Guía Legislativa, se daría aviso, de toda solicitud de consolidación patrimonial presentada por los acreedores, a los miembros del grupo que puedan verse afectados por ella y se informaría a las partes interesadas de todo mandamiento por el que un tribunal decreta una consolidación patrimonial a raíz de una solicitud presentada por el representante de la insolvencia de algún miembro del grupo.

24. En el proyecto de recomendación 7) (A/CN.9/WG.V/WP.80) se indicó la información adicional que deberá darse, en un aviso de coordinación procesal, además de la ya prevista en la recomendación 25 de la Guía Legislativa. Cabría adoptar un enfoque similar respecto de la consolidación patrimonial a fin de que se informe a los acreedores y demás partes interesadas de las consecuencias previsibles de una consolidación patrimonial. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si debe incluirse una recomendación relativa a la consolidación patrimonial similar a la recomendación 7), anteriormente mencionada.

F. El representante de la insolvencia

1. Finalidad de las disposiciones legales

[Las disposiciones concernientes a los representantes de la insolvencia en el contexto de un grupo de empresas tienen por objeto:

a) facilitar la coordinación de los procedimientos que se hayan abierto respecto de dos o más miembros de un grupo de empresas; y

b) alentar, en supuestos en los que se nombren dos o más representantes de la insolvencia, una cooperación entre dichos representantes con miras a evitar duplicaciones, facilitar la obtención de información sobre la situación financiera y comercial del grupo de empresas en su conjunto, y reducir gastos.]

¹² *Ibid.*, párr. 80.

¹³ *Ibid.*, párr. 85.

2. Contenido de las disposiciones legislativas

Nombramiento de un único representante de la insolvencia

24)[19] El régimen de la insolvencia debería especificar que [, cuando determine que redundará en provecho de la administración de las masas de la insolvencia de dos o más miembros de un grupo de empresas,] el tribunal podrá nombrar un único representante de la insolvencia.

Conflicto de intereses

25)[20] El régimen de la insolvencia debería prever medidas para dirimir todo conflicto de intereses que pudiera surgir entre masas de dos o más miembros de un grupo de empresas en el supuesto de que se nombre un único representante de la insolvencia. Entre esas medidas cabría prever la de que se nombren uno o más representantes de la insolvencia adicionales [a fin de que cada masa, respeto de la cual haya surgido un conflicto, disponga de su propio representante].

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

26)[21] El régimen de la insolvencia podrá especificar que en el supuesto de haberse abierto procedimientos de insolvencia respecto de dos o más miembros de un grupo de empresas, los representantes de la insolvencia nombrados en el marco de dichos procedimientos deberán cooperar entre sí en la medida de lo posible¹⁴.

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

27)[22] El régimen de la insolvencia debería especificar cuando se nombre más de un representante de la insolvencia en el marco de procedimientos que estén sujetos a coordinación procesal, los representantes de la insolvencia deberán cooperar entre sí en la medida de lo posible.

Formas de cooperación

28)[23] Siempre que ello sea conforme a derecho, procederá cooperar en lo posible por cualquier medio apropiado, como pudiera ser:

- a) el intercambio y la revelación de información;
- b) la aprobación y puesta en práctica de 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 o coordinadora;

¹⁴ Además de lo previsto en el régimen de la insolvencia respecto de la cooperación y coordinación deseables, el tribunal podrá señalar ciertas medidas que deban adoptarse a tal fin en el curso de los procedimientos.

c) la coordinación con miras a proponer y negociar planes de reorganización; y

d) la coordinación en orden a que el negocio del deudor siga en marcha, o a la administración y supervisión de dicho negocio, debiéndose atender en particular a la financiación posterior a la apertura del procedimiento, la preservación de los bienes de la masa y la utilización o enajenación de dichos bienes, así como al ejercicio de toda acción de impugnación que proceda, a la presentación y admisión de los créditos, y a la distribución de los fondos disponibles entre los acreedores.

3. Notas explicativas de las recomendaciones

25. Para mejor explicar las recomendaciones relativas al nombramiento de un único representante de la insolvencia o a la conveniencia de que se coordinen los diversos procedimientos abiertos contra miembros de un mismo grupo de empresas, se ha seguido el ejemplo de la Guía Legislativa y se ha formulado una cláusula de finalidad al respecto. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar los objetivos que deban señalarse en dicha cláusula.

26. Se ha revisado el texto de la recomendación 24) (recomendación [19] en A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1) conforme fue pedido por el Grupo de Trabajo en su 33º período de sesiones¹⁵. En vez de ceñirse al supuesto de la coordinación procesal, el texto revisado se refiere al supuesto de que el tribunal determine que, en aras de la buena administración, sería conveniente nombrar un único representante de las diversas masas de la insolvencia afectadas.

27. Se ha revisado el texto de la recomendación 25) (recomendación [20] en A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1) a fin de alinearla con el del proyecto de recomendación 24) y hacerla así aplicable a conflictos de intereses que no sean únicamente los que puedan darse en el marco de una coordinación procesal. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 25) en su 33º período de sesiones¹⁶.

28. Se ha revisado el texto de la recomendación 26) (recomendación [21] en A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1) para tomar en consideración las inquietudes expresadas en el 33º período de sesiones del Grupo de Trabajo¹⁷. Dado que diversos ordenamientos adoptan diferentes enfoques respecto de la cooperación deseable entre representantes de la insolvencia, ya sea en general o respecto de la coordinación procesal en particular, el texto de la nueva recomendación adopta el enfoque permisivo expresado por la fórmula “el régimen de la insolvencia podrá”. El objetivo de esta recomendación es alentar la cooperación en aras de la eficiencia y economía del procedimiento, así como en aras de optimizar los resultados del procedimiento para los miembros insolventes del grupo y demás partes interesadas. Se han suprimido las palabras de clausura de las recomendaciones 26) y 27) (recomendación [22] en A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1) a fin de evitar que den lugar a confusión con el supuesto de la coordinación meramente procesal. La recomendación 26) será aplicable a todo supuesto en el que se abran procedimientos

¹⁵ A/CN.9/643, párrs. 96 y 97.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 99.

¹⁷ *Ibid.*, párrs. 101 a 104.

de insolvencia contra dos o más miembros de un grupo de empresas; la recomendación 27) concierne únicamente al supuesto de la coordinación procesal.

29. Se ha revisado el texto de la recomendación 28) (recomendación [23] en A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1) a fin de que las formas de cooperación previstas entre representantes de la insolvencia queden sujetas al derecho interno aplicable, al reconocerse que algunas de las formas de cooperación enumeradas pudieran ser objeto de alguna ley que no admita estipulación en contrario por parte de los representantes de la insolvencia. Se ha revisado el apartado b) a fin de que su texto prevea la posibilidad de que los representantes de la insolvencia designados para diversos miembros de un grupo de empresas se concierten entre sí para designar a uno de ellos como titular de una función rectora o coordinadora, conforme a lo sugerido en el 33º período de sesiones del Grupo de Trabajo¹⁸.

G. Reorganización

1. Contenido de las disposiciones legales

Plan de reorganización

29) [24 a)] Además de lo ya previsto en las recomendaciones 139 a 159 de la Guía Legislativa, el régimen de la insolvencia debería permitir que un único plan de reorganización [aplicable a todos los miembros afectados de un mismo grupo de empresas] sea aprobado [por los acreedores de cada miembro del grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia] [en el marco de los procedimientos de insolvencia abiertos respecto de dos o más miembros de un mismo grupo de empresas].

30) [24 b)] El régimen de la insolvencia podrá prever que un miembro de un grupo de empresas, que no sea él mismo objeto de un procedimiento de insolvencia, participe en un plan de reorganización propuesto para dos o más miembros del mismo grupo que sí sean objeto de procedimientos de insolvencia. El presente párrafo [no afectará] [no menoscabará] los derechos de los accionistas o de los acreedores de dicho miembro [a tenor del derecho de sociedades que le sea aplicable].

2. Notas explicativas de las recomendaciones

30. Se ha revisado el proyecto de recomendación 29) (recomendación [24 a]) en A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1) con miras a aclarar las cuestiones suscitadas en el Grupo de Trabajo, con ocasión de su 33º período de sesiones¹⁹ y se ha insertado en el texto revisado una variante adicional entre corchetes que el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar. En dicho período de sesiones, se observó que se presentaría en cada uno de los procedimientos abiertos contra los miembros de un grupo a los que un único plan (en el sentido de un mismo plan o de un plan similar) fuera ser propuesto, y que los acreedores de cada uno de dichos miembros habría de votar sobre dicho plan y aprobarlo por separado, de conformidad con el régimen de votación que fuera aplicable respecto de cada empresa deudora. No se ha propuesto la posibilidad de que el plan sea aprobado por el grupo en cuanto tal, con los

¹⁸ *Ibid.*, párr. 103.

¹⁹ *Ibid.*, párrs. 113 a 117.

acreedores de todos los miembros votando agrupados por categorías comunes. En la preparación y la solicitud de aprobación del plan deberían tenerse en cuenta la conveniencia de que cada miembro afectado apruebe el plan y los beneficios que dicha aprobación reportaría. Esas cuestiones fueron abordadas en las recomendaciones 143 y 144 de la Guía Legislativa referentes al contenido del plan y a la nota explicativa que debe acompañarlo. Entre los datos adicionales que procedería incluir en la nota explicativa del plan cabe citar los relativos a las operaciones del grupo y a su funcionamiento en cuanto tal, así como toda información relativa a la participación de algún miembro solvente del grupo en el plan de reorganización.

31. Se ha revisado el proyecto de recomendación 30) (recomendación [24 b]) en A/CN.9/WG.V/WP.78/Add.1) con miras a aclarar el cometido que incumbe al régimen de la insolvencia que sea aplicable en lo concerniente a la participación eventual de un miembro solvente de un grupo en un plan de reorganización preparado para miembros insolventes del mismo grupo. El Grupo de Trabajo observó que la decisión por la que un miembro solvente de un grupo consienta en participar en dicho plan habría de ser adoptada en el curso normal de su gestión comercial y de conformidad con la ley que le fuera aplicable; no era un asunto que incumbiera a los acreedores de dicha entidad (salvo que la ley aplicable así lo disponga) o que deba ser regulada por el régimen de la insolvencia en cuanto tal. La participación de una entidad solvente en el plan propuesto puede consistir, por ejemplo, en la aportación de bienes o de recursos financieros al servicio de la reorganización prevista o en la fusión de la empresa solvente con las empresas insolventes con miras a formar una nueva sociedad con arreglo al plan previsto del que deben darse razón y cuenta, mencionándose todo efecto previsible que pueda tener sobre los acreedores de la entidad solvente, en las notas explicativas que se hayan de publicar. La última oración de la recomendación tiene por objeto asegurar que la participación de la entidad solvente en el plan de reorganización no redunde en perjuicio a los derechos de los acreedores o de los accionistas de la empresa solvente. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si dichos derechos de los acreedores y de los accionistas, que se desea ver amparados, deben ser únicamente los que estén ya previstos en el derecho general de sociedades o si procedería dar una descripción más amplia de esos derechos.

32. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si convendría especificar en una recomendación suplementaria los datos adicionales que deberían facilitarse en la nota explicativa, prevista en la recomendación 143 de la Guía Legislativa, respecto de todo plan de reorganización negociado en un contexto de un grupo de empresas.

H. Cuestiones que deba considerar ulteriormente el Grupo de Trabajo

33. El Grupo de Trabajo tal vez recuerde que decidió, en su 33º período de sesiones, que examinaría con más detenimiento, en un futuro período de sesiones, la cuestión de la financiación otorgada con posterioridad a la presentación de una

solicitud de apertura y la del régimen aplicable a los contratos en el curso de un procedimiento de insolvencia²⁰.

34. Con respecto a la financiación posterior a la solicitud de apertura, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procedería insertar una recomendación por la que se habilite a un miembro de un grupo de empresas para buscar y obtener financiación durante el período que medie entre la presentación de dicha solicitud y la apertura de un procedimiento de insolvencia, a reserva de que se cumplan ciertas condiciones. Cabe citar entre dichas condiciones las de que: el deudor pueda demostrar que, sin dicha financiación, se vería obligado a interrumpir la marcha de su negocio; se haya dado aviso al prestamista de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y el prestamista haya aceptado, pese a dicho aviso, las condiciones del préstamo; y el tribunal determine que las condiciones del préstamo otorgado con posterioridad a la solicitud de apertura son necesarias y justas, por lo que redundarán en provecho de los acreedores.

²⁰ *Ibíd.*, párrs. 49 a 51 y 52 a 54 respectivamente.