



Asamblea General

Distr. general
1 de junio de 2010*
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

43° período de sesiones

Nueva York, 21 de junio a 9 de julio de 2010

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia: proyecto de tercera parte relativa al tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia

Recopilación de observaciones de gobiernos y organizaciones internacionales**

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
II. Observaciones recibidas de organizaciones internacionales	1-30	2
A. City of London Law Society	1-30	2

* La presentación de esta nota se ha visto demorada por su recepción tardía.

** Conviene señalar que las presentes observaciones se han preparado sobre la base del documento A/CN.9/WG.V/WP.90 y de sus adiciones. La numeración de las recomendaciones en el documento A/CN.9/WG.V/WP.90 difiere ligeramente de su numeración en el subsiguiente documento A/CN.9/WG.V/WP.92; concretamente, las recomendaciones 226 a 239 del documento inicial figuran como recomendaciones 225 a 238 en la versión revisada.



II. Observaciones recibidas de organizaciones internacionales

A. City of London Law Society

...

1. Finalidad de las observaciones

1. En el presente documento formulamos observaciones sobre aspectos del proyecto de comentario [enunciado en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.92 y Add.1] (“el comentario”) y de las recomendaciones que figuran en la tercera parte de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (“los proyectos de recomendación”) que:

a) Infringen de modo general los principios básicos reconocidos de la protección de los acreedores; o

b) Pueden resultar inviables o indebidamente complejos o pueden dar pie a abusos.

2. Somos conscientes de que existen amplias divergencias entre los regímenes de la insolvencia de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados. Se tiende a calificar los regímenes en función de su orientación (hacia el deudor o hacia el acreedor) y no es posible adoptar un enfoque estricto y válido para todos los ordenamientos al formular un régimen modelo de la insolvencia.

3. Sin embargo, ciertos principios deberían gozar de un respeto universal y las presentes observaciones se centrarán en esos principios. No hemos hecho ningún comentario sobre los procesos o métodos generales de investigación adoptados por la CNUDMI.

4. En la segunda parte se exponen cuestiones generales que son denominador común de todas las recomendaciones y a partir de la tercera parte se tratan cuestiones específicas.

2. Generalidades

Naturaleza y definición del “grupo de empresas”

5. Si bien en muchos ordenamientos no se reconoce el concepto de “grupos de empresas”, en muchos Estados existe legislación concreta en que se definen las relaciones en un grupo en función del control o de la influencia, la participación en el capital social, los derechos de voto, la participación en la política financiera y la adopción de decisiones, la determinación de la composición del consejo de administración de un grupo, etc.

6. Los proyectos de recomendación enuncian una definición de “grupo de empresas” en el glosario (párrafo 4 del comentario), que es la siguiente: “dos o más empresas vinculadas entre sí por alguna forma de control o de participación significativa en su capital social”. El control se define del modo siguiente: “la capacidad de determinar, directa o indirectamente, las políticas operacional y financiera de una empresa”.

7. El significado de esas definiciones no está del todo claro. Si bien en los proyectos de recomendación no debería enunciarse una definición definitiva del concepto de “grupo de empresas”, consideramos que sería útil enumerar una lista exhaustiva de factores sin los cuales un “grupo de empresas” no pudiera considerarse como tal, a fin de limitar el ámbito de aplicación de los proyectos de recomendación.

8. Por ejemplo, los proyectos de recomendación únicamente deberían ser aplicables si se dieran uno o varios de los siguientes factores:

a) El control jurídico: la capacidad de una entidad para controlar a otra o influir directa o indirectamente en ella mediante sus derechos de voto, su participación en el capital social, la determinación del órgano administrativo o rector del grupo, la propiedad de los bienes, los arreglos contractuales, etc.; o

b) El control de facto: la influencia que pueda tener una entidad en otra sin que estén vinculadas por un acuerdo formal.

3. Repercusiones de un procedimiento de insolvencia en una empresa solvente perteneciente a un grupo

Recomendaciones 199 a 201: solicitud conjunta de apertura de un procedimiento de insolvencia (coordinación no procesal)

9. Si bien creemos que se justifica permitir que un miembro de un grupo de empresas que esté al borde de la insolvencia sea incluido en una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia (de conformidad con la recomendación 15 de la segunda parte de la Guía Legislativa de la CNUDMI¹), no podemos apoyar un régimen de la insolvencia que permita que en una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia se incluya a empresas de un grupo que no cumplan el requisito para la apertura establecido en la recomendación 15 (párrafo 12 del comentario).

10. Estimamos que con ello se socavaría el criterio fundamental de que el régimen de la insolvencia, cuya finalidad es proteger y administrar la masa de la insolvencia de un deudor, es únicamente aplicable a los deudores en situación muy precaria, y no a los deudores que sean plenamente solventes.

Recomendaciones 39 y 48: ¿Aplicación de la paralización a un miembro solvente del grupo?

11. No apoyamos la interpretación de las recomendaciones 39 y 48 en el sentido de que autorizan la aplicación de una paralización a una empresa solvente de un grupo (incluso si se excluyen los acreedores garantizados) (párrafo 40 del comentario). Con esa interpretación se interferiría de modo abusivo en los derechos de los acreedores frente a esa entidad jurídica.

¹ Recomendación 15: “El régimen de la insolvencia debería especificar que un procedimiento de insolvencia puede abrirse a instancia del deudor, si éste puede demostrar que:

- i) No está o no estará, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento; o
- ii) Sus deudas exceden del valor de sus bienes.”

12. Tampoco respaldamos la opinión de que podría ser apropiado incluir los bienes de un miembro solvente del grupo en el procedimiento de insolvencia entablado respecto de otra empresa del grupo (párrafo 54 del comentario).

4. Financiación posterior a la apertura

Recomendaciones 211 a 216

13. La recomendación 211 está redactada con criterios amplios para permitir que una empresa de un grupo que esté sujeta a un procedimiento de insolvencia: i) adelante fondos, tras la apertura, a otras empresas del grupo también sujetas a un procedimiento de insolvencia; y que ii) otorgue una garantía real sobre sus bienes (o dé algún otro tipo de garantía) para la financiación posterior a la apertura proporcionada a otra empresa del grupo. Ese enunciado amplio permitiría, por consiguiente, tanto la financiación entre empresas de un grupo como la financiación externa facilitada a un miembro del grupo y garantizada con los bienes de otro miembro del grupo.

14. Consideramos que las justificaciones de la financiación posterior a la apertura son una cuestión teórica. En el Reino Unido esta cuestión es objeto de un amplio debate. No obstante, según una opinión mayoritaria, en el Reino Unido no existe ninguna necesidad práctica de que en el régimen de la insolvencia se prevea específicamente la financiación posterior a la solicitud de procedimiento o posterior a la apertura del procedimiento (tanto si se trata de una única empresa como de un grupo de empresas), ni se considera necesario un régimen de la insolvencia que permita que la financiación posterior a la apertura obtenga prioridad sobre otras deudas.

15. Según la experiencia registrada en el Reino Unido, cuando los negocios de una empresa o de un grupo de empresas sean sólidos, los prestamistas conceden a la empresa o al grupo de empresas la liquidez necesaria para garantizar la continuidad de sus negocios.

16. A nuestro juicio, si los prestamistas no están dispuestos a proporcionar la financiación necesaria sin obtener prioridad (véase la recomendación 64) o la prelación de su garantía frente a otras deudas, cabe pensar que ello es consecuencia de la situación de los negocios, y con ello se puede prolongar artificialmente la vida de una empresa, que acabaría haciendo quiebra.

17. No somos partidarios de que un miembro insolvente de un grupo de empresas pueda dar una garantía o una cuasigarantía para la financiación posterior a la apertura proporcionada a otro miembro insolvente del grupo de empresas (párrafo 72). De este modo, el otorgante de la garantía reduciría el volumen de la masa disponible para sus acreedores no garantizados, y resulta más difícil considerar que los acreedores podrán obtener un beneficio real del otorgamiento de esa garantía.

18. Observamos también que recientemente se ha puesto en duda la legitimidad de los acuerdos de financiación del deudor en posesión, concretamente en los Estados Unidos (*Clyde Bergemann, Inc. v Babcock & Wilcox Co. (In re Babcock & Wilcox Co., 250 F 3d 955 (5th Circuit 2001))*). En ese caso, un banco proporcionó financiación a diversas empresas de un grupo (los deudores en posesión), garantizada por un primer gravamen y un crédito con prioridad absoluta frente

al patrimonio de cada uno de los deudores, no sólo para todas las sumas obtenidas, tras la solicitud de apertura, por cada deudor sino también *para todas las sumas prestadas a todos los otros deudores vinculados por el acuerdo*. Esto significó que todos los deudores en posesión garantizaron recíprocamente sus obligaciones. Un acreedor se opuso a ello argumentando que las garantías recíprocas entre los deudores suponían de hecho una consolidación patrimonial de los deudores sin que se hubieran cumplido los requisitos necesarios para tal consolidación. El 5th Circuit Court of Appeals desestimó este argumento. Sin embargo, existe un argumento válido² conforme al cual los patrimonios de los deudores en posesión se estaban consolidando *parcialmente* y que el banco que los financiaba estaba de hecho prestando dinero a un gran grupo de empresas no diferenciado dotado de plenos recursos frente a todos los bienes del grupo independientemente de cuál fuera el deudor del grupo al que realmente se otorgaron fondos. Por consiguiente, cabe poner en tela de juicio que esa consolidación patrimonial de facto socavara los principios básicos de las entidades jurídicas separadas.

5. Consolidación patrimonial

Recomendaciones 219 a 231

19. Si bien reconocemos que en muy limitadas circunstancias la consolidación patrimonial puede ser un útil instrumento, quisiéramos pedir que en los proyectos de recomendación se limitaran a muy determinadas circunstancias las condiciones para realizar una consolidación patrimonial.

20. Se tiene en general la idea errónea de que en los Estados Unidos de América se recurre muy frecuentemente a la consolidación patrimonial. De hecho, en este país la consolidación patrimonial está muy restringida y, de hecho, se ha puesto en duda la autoridad de los tribunales de insolvencia de los Estados Unidos para ordenar consolidaciones patrimoniales, concretamente en el caso *NM Holdings Company LLC*³. Los fundamentos modernos de esta doctrina estadounidense pueden encontrarse en una serie de decisiones de los Tribunales de Apelación de los distritos tercero⁴ y segundo⁵ y del Distrito de Columbia⁶. Las opiniones de los tribunales de distrito, aunque se enuncien de modos ligeramente diferentes, tienen en común dos elementos esenciales: i) el activo y el pasivo de las entidades están “revueltos” o “entremezclados”, o existe tal “identidad sustancial” entre las entidades que resultará perjudicial para los acreedores que se los trate por separado”; y ii) los acreedores percibían o trataban a las entidades como una sola entidad o como una única unidad económica y los acreedores *no las veían como entidades con identidad propia o consideraban que tenían una identidad conjunta* a este respecto (tómese nota que esos tribunales, a raíz del caso *Auto-Train* solamente consolidarán los patrimonios cuando no haya ningún acreedor que considere que las entidades tienen identidad propia. Cuando no hay ningún tribunal de apelación que pueda decidir al respecto, los tribunales suelen basarse en una lista de factores o elementos para determinar si procede ordenar una consolidación patrimonial.

² Bankruptcy Law Letter, 1 August 2001.

³ 407 B.R. 232.

⁴ *Owens Corning*, 419 F.3d 195, 205-09 (3d Circ.2005).

⁵ *En Re Augie/Restivo Baking Co. Ltd.*, 860 F.2d 515, 518 (2d Circ. 1988).

⁶ *En re Auto-Train Corp.*, Inc 810 F.2d 270, 276 (D.C. Circ. 1987).

21. Además, en los Estados Unidos, la consolidación patrimonial se deriva de la jurisdicción de equidad de los tribunales de insolvencia, que deciden discrecionalmente caso por caso. Consideramos que en los países con ordenamientos de tradición romanística, en los que se desconoce el concepto de la jurisdicción de equidad y en que los tribunales no están habituados a adoptar ese enfoque discrecional, podría abusarse de la consolidación patrimonial si en los proyectos de recomendación no se restringiera claramente su aplicación a supuestos muy limitados.

22. Consideramos muy importante que los derechos reales de los acreedores no deban verse afectados por una consolidación patrimonial. Está generalmente aceptado que los derechos reales o de propiedad son inviolables y que en todo ordenamiento jurídico debe promoverse su respeto. A nuestro entender, la exclusión actual que figura en la recomendación 225 debería definirse con criterios más limitados. En el texto actual de la recomendación 225 habría que sustituir las palabras “deberán ser respetados, en lo posible” por términos que dejaran claro que una consolidación patrimonial no debería afectar nunca a los derechos reales, salvo en los casos enunciados en los apartados a) a c), que parecen excepciones razonables.

23. Por consiguiente, preferiríamos que únicamente pudiera recurrirse a la consolidación patrimonial en circunstancias restringidas, cuando sea el único modo de lograr una solución significativa de una insolvencia de grupo. Sin embargo, estimamos que la consolidación patrimonial no debería poder iniciarse al antojo de los acreedores o de una empresa de un grupo. Las repercusiones de una consolidación patrimonial son tan amplias que, en nuestra opinión, únicamente los encargados de cuestiones de insolvencia, que puedan evaluar el efecto de un procedimiento de insolvencia en la empresa y en otras empresas del grupo, deberían poder solicitar una consolidación patrimonial, combinando este derecho con el de los acreedores a oponerse a la consolidación. En determinadas circunstancias también puede ser apropiado que una mayoría de acreedores tengan derecho a solicitar una orden de consolidación patrimonial.

24. Observamos también que en los proyectos de recomendación no se abordan actualmente algunas otras consecuencias negativas de la consolidación patrimonial. Por ejemplo, no se debería recurrir a ella para eludir excepciones o derechos que tuviera el deudor antes de la consolidación. Esta cuestión se planteó en el US Bankruptcy Court, N.D. Mississippi en el caso *Re England Motor Company, Happy day Motors, Inc. and England Holdings, Inc., Debtors*⁷, en el que un prestamista que había otorgado crédito a una empresa matriz argumentó que sus deudas (derivadas de depósitos) con las empresas filiales deberían ser objeto de compensación restándolas del crédito otorgado a la empresa matriz. Sin la consolidación patrimonial, el prestamista no habría podido solicitar compensación, ya que la empresa deudora era distinta de la empresa con la que tenía deudas y, por consiguiente, no existía la reciprocidad requerida. El prestamista sostuvo que las deudas pasaban a ser mutuas cuando se ordenaba una consolidación patrimonial en virtud de la cual se amalgamaban los activos y pasivos de las distintas entidades. No obstante, el tribunal desestimó este argumento por considerar que ello habría supuesto que la consolidación patrimonial tenía un efecto retroactivo anulando las

⁷ 2010 WL 220152 (Bkrcty.N.D.Miss.).

excepciones y los derechos que existían antes de ordenarse la consolidación patrimonial.

25. Por consiguiente, en los proyectos de recomendación debería fomentarse una interpretación de la consolidación patrimonial en función de sus fines y debería impedirse que, a consecuencia de ella, algunos acreedores obtuvieran ventajas injustas respecto de otros. Este ejemplo se ilustra con la siguiente descripción de la consolidación patrimonial del caso del sexto distrito titulado *First National Bank of Barnesville v Rafoth*⁸:

“Se recurre a la consolidación patrimonial en los casos en que *las relaciones entre los deudores adolecen de una falta absoluta de claridad* y el tiempo y los gastos necesarios para desenmarañar esa situación son tan sustanciales que pueden poner en peligro la realización de bienes netos para todos los acreedores en cualquier caso de consolidación, y cuando en la decisión del tribunal de ordenar la consolidación esté implícita la conclusión de que la necesidad práctica de la consolidación para proteger la posible recuperación de fondos para la mayoría de los acreedores no garantizados *compensa con mucho el perjuicio que pueda sufrir un determinado acreedor.*”

26. Nos consta que en ciertos ordenamientos jurídicos se sigue una doctrina de la consolidación patrimonial en virtud del cual un tribunal de la insolvencia, si estima que se dan las circunstancias adecuadas para ello, puede consolidar los activos y pasivos de distintas entidades unificándolos y tratando a esas entidades como entidad consolidada a los efectos de un procedimiento de insolvencia.

27. En Inglaterra no existe ningún principio general del derecho de la insolvencia que confiera a un tribunal inglés, independientemente de los principios de equidad, el poder de tratar el activo y el pasivo de una entidad como si fueran los de otra entidad a los efectos de liquidación o administración de una de ellas.

28. El administrador de la liquidación de una empresa dispondría de poderes generales, en virtud del Plan 4 del Insolvency Act para concertar transacciones o arreglos con acreedores de esa empresa que fueran refrendados por el tribunal. Existe un precedente de una transacción o arreglo refrendado por un tribunal entre empresas de un grupo (cada una de las cuales había iniciado un procedimiento de insolvencia) y sus respectivos acreedores por el que se consolidaban los negocios de ambas empresas y se unificaban sus activos y pasivos a los efectos de las liquidaciones. Sin embargo, esto no constituye un precedente para la consolidación de los negocios de una empresa que esté liquidándose con los de una empresa que no esté en tal situación. A nuestro juicio, es improbable, en cualquier caso, que el tribunal refrendara tal transacción o arreglo, a menos que los negocios de las empresas afectadas estuvieran tan entremezclados y confundidos que no pudieran determinarse los activos y pasivos que deberían atribuirse a una y otra empresa o a uno o varios acreedores, y a menos que tal arreglo fuera claramente en beneficio de los acreedores de ambas empresas.

⁸ 974 F.2d 712, 720 (6th Circ. 1992).

6. Cuestiones transfronterizas

29. En lo que respecta al régimen de la insolvencia transfronteriza para un grupo de empresas, el debate parece girar en torno a la coordinación procesal, que respaldamos. De los recientes ejemplos de insolvencias de ámbito mundial se desprende que la coordinación procesal no es solamente un elemento útil del régimen de la insolvencia sino además una parte esencial del mismo. En la práctica se ha logrado la coordinación procesal nombrando los mismos administradores para distintas empresas sujetas a procedimientos de insolvencia (por ejemplo, en el caso de MG Rover, Eurotunnel, etc.).

30. Observamos que no se ha definido el centro de los principales intereses de un grupo de empresas, pero no lo consideramos necesario, dado que la coordinación procesal se ocupa de los procedimientos de insolvencia entidad por entidad.
