



Asamblea General

Distr. limitada
2 de marzo de 2007
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
32º período de sesiones
Nueva York, 14 a 18 de mayo de 2007

Tratamiento de los grupos de sociedades en situaciones de insolvencia

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Glosario	2-3	2
II. Antecedentes	4	2
III. Comienzo de la insolvencia: cuestiones de ámbito nacional	5-61	3
A. Apertura del procedimiento	5-30	3
1. Criterios para la apertura del procedimiento	5-8	3
2. Personas habilitadas para solicitar la apertura de un procedimiento	9-19	4
3. Notificación de la solicitud de la apertura	20-30	7
B. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia	31-61	10
1. Administración conjunta y nombramiento de un representante de la insolvencia	32-40	10
2. Aplicación de la paralización	41-49	12
3. Utilización y enajenación de bienes	50-53	14
4. Financiación posterior a la apertura del procedimiento	54-61	15



1. La presente nota se basa en los textos que figuran en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.74 y Add.1 y 2, en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (en adelante, “la Guía Legislativa”), en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (en adelante, “la Ley Modelo”), así como en el informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 31º período de sesiones (A/CN.9/618). La presente nota se ha preparado teniendo en cuenta que la labor sobre los grupos de sociedades complementará a la Guía Legislativa y, por consiguiente, sigue el formato de dicha Guía, también con comentarios y recomendaciones. Se han incluido asimismo en el texto algunas notas explicativas sobre las recomendaciones, aunque sólo para la información del Grupo de Trabajo.

I. Glosario

2. En el documento A/CN.9/WG.V/WP.74 se ha incluido un glosario de expresiones y términos relacionados con los grupos de sociedades. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse cuáles de las explicaciones referentes a un determinado término del glosario del documento A/CN.9/WG.V/WP.74 serían las más apropiadas para la revisión del glosario, siguiendo la pauta del Glosario que figura en la Guía Legislativa.

3. Entre los términos y conceptos que cabría agregar al glosario, cabe señalar los siguientes:

a) Grupo nacional de sociedades

Conjunto de empresas, no todas ellas necesariamente constituidas, que: a) están [asociadas por sociedades comunes de cartera o vinculadas entre sí o aliadas por el control, incluida la capacidad de controlar] [unidas por medios de capital o por el control, incluida la capacidad de controlar]; y b) organizan y llevan a cabo sus negocios de forma coordinada. La capacidad de controlar incluye a los grupos de sociedades basados en un acuerdo contractual.

b) Grupo internacional de sociedades

Conjunto de empresas, no todas ellas necesariamente constituidas, que: a) están sujetas, ya sea por estar constituidas, por la realización de una actividad económica, por la presencia de bienes o por algún otro criterio, a la legislación de distintos países; b) están [asociadas por sociedades de cartera comunes o vinculadas entre sí o aliadas por el control, incluida la capacidad de controlar] [unidas por medios de capital o por el control, incluida la capacidad de controlar]; y c) organizan y llevan a cabo sus negocios de forma coordinada.

II. Antecedentes

4. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si el material de antecedentes que figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP.74, en el que se examinan la naturaleza de los grupos de sociedades, las razones para hacer negocios a través de grupos de sociedades, la definición del concepto de “grupo de sociedades” y la reglamentación de los grupos de sociedades, debería ampliarse para que reflejara el material

comparativo suplementario basado en la práctica de los distintos ordenamientos y para constituir la base de un capítulo de antecedentes del trabajo que se realice sobre los grupos de sociedades.

III. Comienzo de la insolvencia: cuestiones de ámbito nacional

A. Apertura del procedimiento

1. Criterios para la apertura del procedimiento

[Referencia: Guía Legislativa: segunda parte, cap. I, párrs. 20 y 79 y recomendaciones 14 a 29]

5. El criterio que rige la apertura de un procedimiento de insolvencia es esencial para estructurar un régimen de la insolvencia. Como base para iniciar el procedimiento, ese criterio sirve para determinar cuáles son los deudores que estarán sujetos a la disciplina del régimen de la insolvencia y que podrán acogerse a su protección, y quién podrá presentar una solicitud de apertura, ya sea el deudor, los acreedores u otras partes interesadas. Ese criterio afectará también al tipo de procedimiento que pueda entablarse contra un deudor.

6. En la Guía Legislativa se examinan con cierto detalle cuestiones relativas a la apertura de los procedimientos de insolvencia¹. En general, las consideraciones que se haya decidido que fueran aplicables a la apertura de un procedimiento contra un único deudor serán aplicables también en el contexto de los grupos de sociedades, si bien a continuación se plantean algunas cuestiones adicionales.

7. Muchos regímenes exigen que un deudor haya caído en la insolvencia (independientemente de cómo se defina la situación) para iniciar el procedimiento correspondiente. Como regla general, en los regímenes de la insolvencia se respeta también la personalidad jurídica propia de cada empresa integrante de un grupo de sociedades y, por consiguiente, se requeriría la presentación de una solicitud de apertura del procedimiento por cada entidad del grupo que cumpliera el requisito de la insolvencia. En ese contexto, una cuestión pertinente para determinar qué sociedades del grupo cumplen el requisito de la insolvencia es la forma en que deberían tratarse las diversas obligaciones contraídas por una empresa dada del grupo de sociedades, como las deudas internas y las obligaciones que pudieren nacer de una contragarantía.

8. Una segunda cuestión clave en el tratamiento de los grupos de sociedades en situaciones de insolvencia es el grado de integración económica y organizativa del grupo de sociedades y la forma en que ese nivel de integración afecta al tratamiento del grupo en caso de insolvencia y, en particular, hasta qué punto sería procedente que un grupo sumamente integrado recibiera, en un procedimiento de insolvencia, un tratamiento distinto al que se diera a un grupo en el que sus integrantes conservaran un alto grado de independencia. En algunos casos, por ejemplo, cuando la estructura del grupo es variada y entraña actividades mercantiles y bienes sin conexión alguna, la insolvencia de una o más de las empresas del grupo tal vez no afecte a las demás en su conjunto y podrá administrarse por separado. En otros

¹ Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. I.

casos, en cambio, la insolvencia de un integrante puede poner en dificultades financieras a otros o al grupo en su conjunto, lo que sucede cuando la estructura del grupo de sociedades es integrada, supone bienes y deudas íntimamente ligados y un alto grado de interdependencia entre sus componentes.

2. Personas habilitadas para solicitar la apertura de un procedimiento

9. Como cuestión general del régimen de la insolvencia, la Guía Legislativa recomienda que se permita a los acreedores y a los deudores presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, sin hacer distinciones entre los de liquidación y los de reorganización. La recomendación 14 dispone lo siguiente:

“14. El régimen de la insolvencia debería especificar las partes que estarán habilitadas para presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, entre las que deberían figurar el deudor y cualquiera de sus acreedores².”

a) Solicitud presentada por el deudor

10. Independientemente del nivel de integración de un grupo de sociedades, un régimen de la insolvencia puede permitir a varias sociedades insolventes pertenecientes a un grupo solicitar conjuntamente la apertura de procedimientos de insolvencia o permitir que se adhieran a solicitudes ya presentadas, cuando las sociedades cumplan el requisito para la apertura (o bien que ya sean insolventes o que exista la probabilidad de que caigan en la insolvencia, considerándose que la insolvencia inminente es un componente del requisito para la apertura).

11. Esas posibilidades entrarían en el ámbito de la recomendación 15 de la Guía Legislativa, la cual dispone lo siguiente:

“Solicitud presentada por el deudor

15. El régimen de la insolvencia debería especificar que un procedimiento de insolvencia puede abrirse a instancia del deudor; si éste puede demostrar que:

a) No está o no estará, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento; o

b) Sus deudas exceden del valor de sus bienes³.”

12. En la recomendación 15 no se hace ninguna distinción entre liquidación y reorganización, y se hace únicamente referencia a procedimientos de insolvencia. En el contexto de solicitudes conjuntas, la recomendación 15 puede resultar más apropiada en una reorganización, donde es fundamental para el éxito del procedimiento de reorganización que las circunstancias financieras de los miembros

² En la categoría de acreedores entrarán también las autoridades públicas que sean acreedoras del deudor.

³ La intención de esta recomendación y de la recomendación relativa a las solicitudes presentadas por los acreedores es dar flexibilidad al legislador al elaborar los criterios para la apertura de un procedimiento, previendo uno o dos criterios. Si el régimen adopta un único criterio, éste debería basarse en la incapacidad del deudor para satisfacer sus deudas a su vencimiento (criterio del sobreseimiento general en los pagos) y no el criterio del estado financiero o del balance de la empresa. Si la ley prevé ambos criterios (el del sobreseimiento en los pagos y el del balance de la empresa), el procedimiento podrá iniciarse si se cumple uno de ellos.

estrechamente vinculados del grupo se aborden en un procedimiento de insolvencia conjunto y posiblemente mediante la preparación de un único plan de reorganización (véase más abajo). La recomendación también puede ser pertinente en un procedimiento de liquidación, en el que facilitaría la administración del procedimiento de forma que se tomaran en consideración los bienes en su conjunto, tanto cuando las entidades insolventes estuvieran estrechamente integradas como cuando determinadas sociedades del grupo pudieran venderse como negocio en marcha.

b) Solicitudes respecto de una sociedad solvente de un grupo

13. Cuando un grupo esté estrechamente integrado, un régimen de la insolvencia podría permitir también que una solicitud de procedimiento abarcara también a miembros del grupo que no cumplieran el requisito para la apertura, por ser conveniente para los intereses del grupo que esas sociedades estén incluidas en el procedimiento. Tal solicitud podría ser formulada por una sociedad matriz respecto de las filiales del grupo o por cualquier sociedad con respecto a otros miembros del grupo, incluida la sociedad matriz. Cabría también plantearse la posibilidad de permitir la presentación de una solicitud por un representante de la insolvencia designado para administrar la insolvencia de la sociedad matriz, cuando se compruebe que es necesario, para el éxito del procedimiento que afecte a la sociedad matriz, incluir en el procedimiento a otras sociedades del grupo. Ese enfoque puede facilitar la preparación de un amplio plan de reorganización en el que se tengan en cuenta los bienes de las sociedades tanto solventes como insolventes de un grupo. Con ello se facilitaría también la elaboración de una solución de la insolvencia para la totalidad del grupo, evitando distintas aperturas escalonadas, siempre que empresas adicionales del grupo se vieran afectadas por el procedimiento de insolvencia entablado contra las empresas inicialmente insolventes.

14. Entre los factores importantes para determinar si existe el grado necesario de integración cabe mencionar el hecho de que haya una relación entre las empresas que, aunque pueda describirse de diversos modos, se caracterice, por ejemplo, por un grado considerable de interdependencia o control; por la mezcla de bienes; por el carácter ficticio del grupo; por la unidad de identidad, y por la confianza en la gestión y en el apoyo financiero u otros factores similares que no necesariamente se deriven de la relación jurídica (como la existente entre la sociedad matriz y la filial) entre las empresas.

15. También cabría permitir una solicitud conjunta de apertura de procedimiento cuando todas las empresas interesadas del grupo den su consentimiento a la inclusión en la solicitud de una o varias sociedades del grupo, insolventes o no, o cuando lo consientan todas las partes interesadas, incluidos los acreedores. En un régimen de la insolvencia cabría también plantearse la posibilidad de que una sociedad del grupo que no hubiera intervenido en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia contra otras empresas del grupo podría quedar incluida en ese procedimiento si posteriormente se viera afectada por él o si determinara que su adhesión al procedimiento redundaría en beneficio del grupo en su conjunto

c) *Solicitud presentada por acreedores*

16. Si bien, como se señala más arriba, en la recomendación 14 de la Guía Legislativa se recomienda que tanto los acreedores como los deudores estén habilitados para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia, sin hacer distinciones entre la liquidación y la reorganización, en dicha recomendación se señala también que varias legislaciones permiten, en caso de reorganización, únicamente las solicitudes de procedimiento presentadas por deudores. Si bien tal vez no se justifique apartarse, en el caso de un grupo de sociedades, del enfoque general conforme al cual se permite a los acreedores solicitar la apertura de procedimientos tanto de liquidación como de reorganización, la estructura de un grupo de sociedades puede plantear particulares dificultades a los acreedores⁴. En algunos casos, en particular cuando el grupo está organizado de forma flexible, podrá determinarse con facilidad la identidad del deudor pertinente. En cambio, cuando el grado de integración es alto, la cuestión puede resultar menos clara, especialmente si el acreedor creía estar tratando con el grupo como empresa única, y puede resultar particularmente difícil para un acreedor determinar la parte específica del grupo o el deudor concreto con el que tuvo tratos y aportar las pruebas necesarias para cumplir el requisito para la apertura. Por las mismas razones, puede resultarle difícil a un acreedor determinar si para un deudor concreto sería más apropiado un procedimiento de liquidación o uno de reorganización, cuando el régimen de la insolvencia exija que se opte por uno de ellos en el momento de la solicitud.

17. Si en una solicitud presentada por un deudor en virtud de la recomendación 15 no se mencionaran ciertas entidades de un grupo, siempre era posible que esas entidades fueran objeto, posteriormente, de una solicitud presentada por acreedores en virtud de la recomendación 16; podría tratarse de una sociedad del grupo que fuera acreedora de otra sociedad insolvente del mismo grupo. La recomendación 16 dispone lo siguiente:

“Solicitud formulada por un acreedor

16. El régimen de la insolvencia debería especificar que el procedimiento de insolvencia puede abrirse a instancia de un acreedor siempre que pueda demostrarse que:

- a) El deudor no está, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento; o*
- b) Las deudas del deudor exceden del valor de sus bienes.”*

d) *Solicitud de apertura presentada por una autoridad pública o normativa*

18. En la Guía Legislativa se examina la cuestión de que autoridades públicas u otras autoridades de supervisión estén facultadas para solicitar la apertura de procedimientos de insolvencia y se llega a la conclusión de que esa facultad sólo debería poder ejercerse en circunstancias muy limitadas y únicamente como último recurso cuando no hubiera otras leyes que permitieran resolver el caso (véase la segunda parte, capítulo I, párrs. 42 a 44). En la Guía Legislativa se enumeran esas

⁴ Para un análisis de las solicitudes presentadas por acreedores, véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. I, párrs. 37 a 41 y 48 a 53.

circunstancias y se señala la conveniencia de limitar la utilización de ese recurso a las solicitudes de procedimientos de liquidación.

19. Las mismas consideraciones serían aplicables a las solicitudes de apertura de procedimientos de insolvencia, presentadas por autoridades públicas o normativas, contra dos o más empresas de un grupo de sociedades.

3. Notificación de la solicitud y de la apertura

a) Solicitud presentada por deudores: notificación a los acreedores

20. Dado que los derechos de los acreedores de cada una de las sociedades del grupo sujetas a una administración conjunta no deberían modificarse sin el acuerdo de aquéllos, es conveniente que en un régimen de la insolvencia figuren disposiciones que requieran la notificación de la apertura de procedimientos conjuntos (en los que la solicitud es presentada por unas o varias empresas del grupo de sociedades) a los acreedores de todas las empresas del grupo involucradas en el procedimiento de insolvencia. Puede ser conveniente exigir que se notifique a a los acreedores de todas las empresas del grupo, particularmente cuando el grupo esté estrechamente integrado y el procedimiento pueda repercutir en la solvencia de las sociedades que no participen en el procedimiento. En las recomendaciones 24 y 25 de la Guía Legislativa se aborda la notificación de apertura de un procedimiento de insolvencia solicitado por el deudor, obligación que debería ser igualmente aplicable en el contexto de un grupo de sociedades. Los acreedores que no estuvieran de acuerdo con ciertas cuestiones de insolvencia o que tuvieran objeciones que formular frente a la administración conjunta podrían expresarse una vez abierto el procedimiento.

21. Cabría agregar información suplementaria sobre el efecto de la administración conjunta a la información que deba proporcionarse en virtud de la recomendación 25 de la Guía Legislativa, particularmente porque afecta a los acreedores. Esa información sería particularmente importante para los acreedores de cualquier sociedad solvente de un grupo que participara en un procedimiento de insolvencia.

b) Solicitud presentada por acreedores: notificación al deudor

22. Del mismo modo, la recomendación 19 de la Guía Legislativa, relativa a la apertura a instancia de uno o más acreedores, debería ser aplicable en el contexto de un grupo de sociedades, exigiéndose que se notificara la solicitud de apertura a las empresas del grupo de sociedades que quedaran abarcadas por la solicitud, dándoles la oportunidad de formular objeciones. Cabría plantearse también si habría que notificar a los miembros del grupo de sociedades que no quedarán incluidos en la solicitud, pero que pudieran resultar afectados por el procedimiento de insolvencia.

Recomendaciones

Apertura de procedimientos de insolvencia: grupos de sociedades

1) El régimen de la insolvencia podrá permitir que dos o más empresas de un grupo de sociedades que cumplan el requisito de apertura de la recomendación 15 de la Guía Legislativa presenten una solicitud conjunta de apertura de un procedimiento de [insolvencia] [reorganización].

2) El régimen de la insolvencia podrá permitir que dos o más empresas de un grupo de sociedades presenten una solicitud conjunta de apertura de un procedimiento de [insolvencia] [reorganización], siempre y cuando una de dichas empresas cumpla el requisito de apertura enunciado en la recomendación 15 de la Guía Legislativa.

3) El régimen de la insolvencia podrá permitir la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de [insolvencia] [reorganización] por [una o varias empresas] [la sociedad matriz] del grupo de sociedades que cumpla o cumplan el requisito de apertura de la recomendación 15, posibilidad que puede hacerse extensiva a una o más [empresas] [filiales] del grupo que no cumplan dicho requisito, en caso de que:

a) [Los miembros a los que se haga extensiva esa facultad] [todos los miembros del grupo] [los acreedores de la empresa del grupo que deba incluirse en el procedimiento] [todas las partes interesadas] consientan en ello; o

b) El tribunal determine que: las empresas del grupo que se incluyan en la solicitud están controladas por la sociedad matriz insolvente; los bienes de esas sociedades del grupo no pueden separarse; los negocios de la empresa solvente del grupo de sociedades están tan entremezclados con los de otras empresas del grupo que sería beneficioso para la empresa solvente del grupo ser incluida en el procedimiento de reorganización; o los acreedores han negociado con el grupo como entidad única.

4) El régimen de la insolvencia podrá permitir a la sociedad matriz de un grupo de empresas que cumpla el requisito de apertura de la recomendación 15 de la Guía Legislativa determinar qué otras empresas del grupo deberían estar incluidas en una solicitud conjunta de apertura de un procedimiento de [insolvencia] [reorganización] en virtud de la recomendación 1).

Solicitud presentada por el deudor: notificación a los acreedores

5) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando se entable un procedimiento conjunto de insolvencia contra dos o más empresas de un grupo de sociedades, deberá notificarse la apertura a todos los acreedores de [las empresas del grupo de sociedades contra las que se haya iniciado el procedimiento] [todas las empresas del grupo de sociedades, incluidas las solventes].

6) El régimen de la insolvencia debería especificar que en la notificación del procedimiento de insolvencia debería indicarse, además de la información especificada en la recomendación 25, información relativa a la marcha de la administración conjunta que revista especial interés para los acreedores.

Solicitud formulada por uno o más acreedores: notificación al deudor

7) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando un acreedor formule una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia contra dos o más empresas de un grupo de sociedades, la notificación de la solicitud deberá darse a todas [las empresas del grupo de sociedades incluidas en la solicitud] [las empresas que formen parte del grupo de sociedades].

Administración conjunta

8) El régimen de la insolvencia podrá permitir que dos o más procedimientos de [insolvencia] [reorganización], que estén pendientes [ante el mismo tribunal] contra empresas del mismo grupo de sociedades, sean administrados conjuntamente.

Notas sobre las recomendaciones

23. En las recomendaciones 1) a 4) se aborda la cuestión de las solicitudes conjuntas de apertura de procedimientos de insolvencia contra dos o más empresas de un grupo de sociedades.

24. En la recomendación 1) se pretende regular una solicitud conjunta presentada por todas las empresas de un grupo de sociedades que cumplan el criterio de apertura enunciado en la recomendación 15 de la Guía Legislativa.

25. La recomendación 2) tiene la finalidad de regular una solicitud presentada conjuntamente por varias empresas de un grupo de sociedades, siempre y cuando una de ellas cumpla el requisito de apertura de la recomendación 15. De este modo las empresas solventes podrían ser incluidas en la solicitud de apertura sin que se especificara ninguna condición para dicha inclusión.

26. La recomendación 3) adopta un enfoque distinto, que permite que una solicitud formulada por determinadas empresas de un grupo se haga extensiva a otras, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones. La parte introductoria de esta recomendación se ha redactado con miras a ofrecer dos variantes: la primera es una solicitud por parte de cualquier empresa que cumpla el requisito de apertura de la recomendación 15 y que pueda hacerse extensiva a cualquier otra empresa del grupo que no cumpla dicha recomendación; la segunda variante consiste en que una sociedad matriz que cumpla el requisito de apertura presente una solicitud que pueda hacerse extensiva a una filial que no cumpla dicho criterio. Entre las condiciones figuran, en el apartado a), opciones que se prevén para hacer extensiva, mediante el consentimiento de las partes interesadas, la inclusión de la empresa del grupo de que se trate; de todas las sociedades del grupo; de los acreedores de la empresa del grupo que vaya a incluirse; y de todas las partes interesadas, entre las que figurarían los acreedores (de la empresa del grupo que vaya incluirse o de todas las sociedades del grupo) y las empresas del grupo. En el apartado b) se fijan condiciones basadas en el control y la integración.

27. La recomendación 4) permite a la sociedad matriz insolvente de un grupo de sociedades determinar qué otras empresas del grupo deben incluirse en una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia en virtud de la recomendación 1).

28. Cada una de las recomendaciones 1) a 4) prevé dos variantes con respecto al tipo de procedimiento que puede entablarse: el procedimiento de insolvencia en general, tal como prevé la recomendación 15 de la Guía Legislativa, o el procedimiento únicamente de reorganización, partiendo de la base de que esas recomendaciones pueden resultar más apropiadas para la reorganización de un grupo de sociedades.

29. Las recomendaciones 5) a 7) abordan la cuestión de la notificación de una solicitud de apertura de un procedimiento cuando es formulada por uno o más acreedores y de la notificación de apertura cuando la solicitud es presentada por un deudor, siguiendo de cerca las recomendaciones 19 y 22 de la Guía Legislativa; en

esas recomendaciones se establece la diferencia del plazo en que debe darse la notificación, según si la solicitud de apertura es formulada por el deudor o por un acreedor.

30. La recomendación 8) aborda la posibilidad de que, cuando ya se hayan abierto procedimientos contra dos o más empresas de un grupo, esos procedimientos puedan administrarse conjuntamente.

B. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia

[Referencia: Guía Legislativa, segunda parte, cap. II, párrs. 1 a 215, y las recomendaciones 35 a 107; cap. III, párrs. 35 a 74 y recomendaciones 115 a 125]

31. En la Guía Legislativa se analizan en detalle los modos en que la apertura de procedimientos de insolvencia afectan al deudor y a sus bienes⁵. En general, esos efectos se producirían igualmente al abrirse procedimientos de insolvencia contra dos o más empresas de un grupo de sociedades. A continuación se examinan algunos de los efectos que pueden ser distintos en el contexto de un grupo de sociedades, concretamente en lo relativo a la administración de los patrimonios de las empresas del grupo; el nombramiento de un representante de la insolvencia; la aplicación de la suspensión o paralización; la utilización y enajenación de bienes; la financiación posterior a la apertura; la resolución; la subordinación; y las soluciones como las órdenes de aportación y mancomunación.

1. Administración conjunta y nombramiento de un representante de la insolvencia

32. Una solicitud conjunta daría lugar a la administración conjunta (a veces denominada también mancomunación procesal o administrativa) de los patrimonios de las sociedades del grupo incluidas en el procedimiento, pero no debería menoscabar los derechos sustantivos de cada uno de esos deudores ni a la obligación de cada empresa frente a sus propios acreedores. A fin de ahorrar tiempo y gastos, podrían llevarse a cabo conjuntamente determinados procedimientos, por ejemplo, las reuniones de acreedores de dos o más empresas del grupo administrado. Cabría tomar en consideración si se requeriría o no el consentimiento de todos los acreedores afectados. Cada sociedad del grupo votaría por separado en relación con las cuestiones que la concernieran.

33. La administración conjunta de las distintas masas de la insolvencia se vería facilitada por la designación de un único representante de la insolvencia. Con ello se aseguraría la coordinación de la administración de las diversas entidades del grupo, se reducirían los costos conexos y se facilitaría la compilación de información sobre el grupo de sociedades en su conjunto.

34. Si bien en muchos regímenes de la insolvencia no se aborda esta cuestión, en algunos países el nombramiento de un único representante de la insolvencia en el contexto de un grupo de sociedades es una práctica arraigada. Esta práctica se ha impuesto también hasta cierto punto en algunos casos de insolvencia transfronteriza (que se analiza más abajo).

⁵ Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. II.

35. Cuando se designa a un único representante de la insolvencia para administrar un grupo en el que figuren múltiples deudores con relaciones financieras y comerciales complejas y distintos grupos de acreedores, pueden surgir conflictos, por ejemplo, con respecto a las garantías cruzadas, a las deudas internas del grupo o cualquier acto perjudicial cometido por una empresa del grupo con respecto a otra. Para prevenir todo riesgo de conflicto, cabría exigir que el representante de la insolvencia se comprometiera a recabar instrucciones del tribunal en caso de surgir un conflicto, o que estuviera obligado a hacerlo conforme a alguna regla seguida en la práctica o a alguna disposición legislativa. Además, el régimen de la insolvencia podría prever el nombramiento de otro representante de la insolvencia para administrar a otro deudor o a otros deudores implicados en el conflicto. La obligación de revelación que se enuncia en las recomendaciones 116 y 117 de la Guía Legislativa puede ser pertinente en casos de conflictos que surjan en el contexto de un grupo.

36. De ser imposible nombrar un único representante de la insolvencia, o si es preciso nombrar a más de un representante de la insolvencia a causa de un conflicto que se presente, el régimen de la insolvencia podría especificar obligaciones adicionales a las aplicables a los representantes de la insolvencia en virtud de la Guía Legislativa (recomendaciones 111, 116, 117 y 120) para facilitar la coordinación de los distintos procedimientos. Entre esas obligaciones podrían figurar el intercambio y la revelación de información; la cooperación en la utilización y enajenación de los bienes; la propuesta y negociación de planes de reorganización coordinados (salvo que fuera posible elaborar un único plan para todo el grupo, supuesto que se examina más adelante); la coordinación y el ejercicio de los poderes de anulación; la obtención de financiación posterior a la apertura; y la coordinación del registro y admisión de demandas.

37. El régimen de la insolvencia podría asimismo regular la solución oportuna de controversias entre los distintos representantes de la insolvencia designados. Cabría estudiar la cuestión de si, en el contexto de un grupo de sociedades, en que se designaran distintos representantes de la insolvencia para administrar la sociedad matriz y las distintas filiales, el representante de la insolvencia nombrado para administrar la insolvencia de una sociedad matriz debería tener alguna función suplementaria de coordinación con los otros representantes de la insolvencia o poderes adicionales para resolver controversias o conflictos.

Recomendaciones

Nombramiento de un único representante de la insolvencia

9) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando se administren conjuntamente procedimientos de insolvencia contra dos o más empresas de un grupo de sociedades, podrá nombrarse un único representante de la insolvencia para llevar a cabo esa administración conjunta.

10) El régimen de la insolvencia debería prever medidas para regular todo conflicto de intereses que se planteara en una administración conjunta en la que inicialmente se haya nombrado únicamente un representante de la insolvencia. Entre esas medidas cabría prever el nombramiento de un representante de la insolvencia suplementario.

Nombramiento de más de un representante de la insolvencia

11) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando se abran procedimientos de insolvencia contra dos o más empresas de un grupo de sociedades y se nombre más de un representante de la insolvencia, los representantes de la insolvencia deberán cooperar al máximo en la medida de lo posible a fin de facilitar la coordinación de la administración de los procedimientos.

Notas sobre las recomendaciones

38. La recomendación 9) permite que se nombre un único representante de la insolvencia para encargarse de la administración conjunta de procedimientos de insolvencia abiertos contra dos o más empresas de un grupo de sociedades.

39. La recomendación 10), además de las recomendaciones 116 y 117 de la Guía Legislativa, aborda la situación de conflicto que puede plantearse en una administración conjunta y propone una forma en que cabría resolver el conflicto. Cabría incluir en la recomendación otros medios a los que se hace referencia en el comentario (véase el párrafo 35 *supra*).

40. En la recomendación 11) se aborda la importancia fundamental que reviste el hecho de facilitar la coordinación de los procedimientos cuando se nombra más de un representante de la insolvencia en una administración conjunta. En la recomendación se emplean términos de los artículos 25 y 26 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, a saber, las palabras “cooperar en la medida de lo posible”. Cabría incluir en la recomendación, a modo de ejemplo, lo que esa cooperación podría abarcar y el modo en que podría lograrse, según se examina en el párrafo 36 del comentario.

2. Aplicación de la paralización

41. En la Guía Legislativa se observa⁶ que muchos regímenes de la insolvencia han previsto un mecanismo para proteger el valor de la masa de la insolvencia que no sólo impide que los acreedores puedan interponer demandas para obtener la ejecución de sus derechos mediante recursos legales durante una parte o la totalidad del procedimiento de insolvencia, sino que también paraliza las acciones contra el deudor que ya estén en curso. Las disposiciones de la Guía Legislativa referentes a la aplicación de ese mecanismo, denominado “paralización”, serían generalmente aplicables en el caso de procedimientos de insolvencia abiertos contra dos o más empresas de un grupo de sociedades (véanse las recomendaciones 39 a 51).

42. Una cuestión que podría plantearse en el contexto de la insolvencia de grupos de sociedades es la aplicación de la paralización a una empresa solvente que no sea objeto del procedimiento de insolvencia (como ya se ha dicho más arriba, cuando el régimen de la insolvencia permita a una empresa solvente del grupo quedar incluida en el procedimiento, esta cuestión no se planteará). Esta aplicabilidad de la paralización podría ser necesaria, por ejemplo, para proteger una garantía interna del grupo que se basara en los bienes de la empresa solvente del grupo que diera la garantía. Esa ampliación del alcance de la paralización podría afectar a los negocios de la empresa solvente y a los intereses de sus acreedores, según la naturaleza de la empresa solvente y la función que desempeñara en la estructura del grupo. Por

⁶ Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. II, párr. 26.

ejemplo, las actividades cotidianas de una empresa comercial del grupo pueden verse más perjudicadas que las de una filial establecida para tener en su posesión determinados bienes o para cumplir determinadas obligaciones.

43. En algunos ordenamientos jurídicos, tal vez no resulte posible dictar medidas compensatorias o cautelares relacionadas con la insolvencia contra una empresa de un grupo de sociedades (que no esté incluida en el procedimiento de insolvencia), pues podrían entrar en conflicto, por ejemplo, con los derechos de protección de los bienes o plantear problemas sobre derechos constitucionales. No obstante, podría obtenerse el mismo resultado si un tribunal pudiera dictar medidas cautelares paralelamente a la apertura de un procedimiento de insolvencia entablado contra otras empresas de ese grupo de sociedades en determinados casos, como por ejemplo cuando existiera una garantía interna entre las empresas del grupo. El tribunal puede dictar las medidas a su discreción supeditándolas a las condiciones que el propio tribunal estime apropiadas.

44. Esas medidas podrían quedar abarcadas por la recomendación 48 de la Guía Legislativa, que dispone que el tribunal podrá conceder otras limitaciones además de las que sean aplicables automáticamente al abrirse el procedimiento de insolvencia (tales como la que se enuncia en la recomendación 46). Tal como se señala en la nota de pie de página correspondiente a la recomendación 48, las medidas suplementarias otorgables dependerán de los tipos de medidas previstas en cada ordenamiento jurídico, así como de las medidas que resulten más adecuadas en un determinado procedimiento de insolvencia.

45. En las disposiciones pertinentes de la Guía Legislativa se regula la protección de los intereses de los acreedores, tanto garantizados como ordinarios, de la empresa solvente del grupo; por ejemplo, en la recomendación 51 se abordan específicamente la cuestión de la protección de los acreedores garantizados y los motivos para la exención de la paralización aplicable en el momento de la apertura, que podría hacerse extensiva a los acreedores garantizados de la empresa solvente del grupo. Otros motivos para conceder la exención de la paralización podrían ser la situación financiera de la empresa solvente y el efecto continuo que tendría la paralización en sus operaciones cotidianas y, potencialmente, en su solvencia.

46. Cuando un acreedor garantizado sea otra empresa del mismo grupo de sociedades, podría requerirse un enfoque diferente de la cuestión de la protección, especialmente cuando el régimen de la insolvencia permita la mancomunación o la subordinación de reclamaciones de personas conexas (véase más abajo).

Recomendaciones

12. El régimen debería especificar que, una vez abierto un procedimiento de insolvencia contra dos o más empresas de un grupo de sociedades, el tribunal podrá conceder una exención a petición [de un miembro del grupo de empresas] [del representante de la insolvencia], si tal exención es necesaria para proteger y preservar el valor de los bienes de una empresa del grupo que no esté sujeta al procedimiento de insolvencia.

Entre esas medidas otorgables cabe mencionar:

a) La paralización de la apertura o la continuación de acciones o procedimientos individuales relativos a los bienes, los derechos, las obligaciones o

las responsabilidades de la empresa del grupo que no esté sujeta al procedimiento de insolvencia.

b) La paralización de la ejecución o de otras medidas ejecutables contra los bienes de la empresa del grupo que no esté sujeta al procedimiento de insolvencia;

c) La paralización del derecho de otra parte a poner fin a un contrato con la empresa del grupo de sociedades que no esté sujeta al procedimiento de insolvencia;
y

d) La paralización del derecho a transferir, gravar o enajenar de otro modo cualquier bien de la empresa del grupo que no esté sujeta al procedimiento de insolvencia.

Notas sobre las recomendaciones

47. En su 31º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que los efectos de una paralización no deberían hacerse automáticamente extensivos a las empresas solventes de un grupo, pero que, en ciertos casos, un tribunal podría, a su discreción, ampliar el ámbito de aplicación de la paralización siempre que se cumplieran determinadas condiciones⁷.

48. En la recomendación 12) se enuncian los tipos de medidas aplicables en tales circunstancias, sobre la base de la recomendación 39 de la Guía Legislativa. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar las circunstancias concretas en que podría ser apropiado otorgar tales medidas y las eventuales condiciones a que podrían estar sujetas.

49. El Grupo de Trabajo señaló también⁸ que la recomendación 51 de la Guía Legislativa aborda la exención de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia, podría tener algún tipo de aplicación, que no afectara únicamente a los acreedores garantizados, por ejemplo cuando se ordenara la paralización contra una empresa del grupo que no estuviera sujeta al procedimiento de insolvencia. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar, en el contexto de la recomendación 51, los motivos de exención de la paralización a los que se hace referencia en la recomendación 12) y su aplicación tanto a los acreedores garantizados como a los ordinarios.

3. Utilización y enajenación de bienes

50. En la Guía Legislativa se observa⁹ que aun cuando, como principio general, es conveniente que el régimen de la insolvencia no interfiera indebidamente en el derecho de propiedad de terceros ni en los intereses de los acreedores garantizados, en los procedimientos de insolvencia será a menudo necesario seguir usando los bienes de la masa de la insolvencia y los bienes en posesión del deudor utilizados en su empresa, o poder disponer de ellos (incluso gravándolos) para cumplir con el objetivo de cada procedimiento.

⁷ Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de su 31º período de sesiones (véase A/CN.9/618, párr. 31).

⁸ *Ibid.*, párr. 30.

⁹ Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. II, párr. 74.

51. Cuando el procedimiento de insolvencia afecte a dos o más empresas de un grupo de sociedades, pueden plantearse problemas acerca del uso de los bienes pertenecientes a una empresa solvente del mismo grupo para apoyar las operaciones en curso de las empresas insolventes en espera de que se resuelva el procedimiento. Cuando esos bienes estén en posesión de una de las empresas insolventes del grupo, la recomendación 54 de la Guía Legislativa, que regula la utilización de bienes que sean propiedad de terceros y estén en posesión del deudor, puede resultar suficiente. La recomendación 54 dispone lo siguiente:

“Utilización de bienes que sean propiedad de terceros

54. El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá utilizar un bien que sea propiedad de terceros o que esté en posesión del deudor, siempre y cuando se cumplan, entre otras, las siguientes condiciones:

a) los intereses de terceros queden protegidos contra toda disminución del valor del bien; y

b) los gastos derivados de los contratos de prestación continuada y de la utilización del bien tengan carácter de gastos administrativos.”

52. Cuando esos bienes no estén en posesión de ninguna de las empresas insolventes del grupo, en general no se aplicará la recomendación 54. Sin embargo, puede haber circunstancias en que la empresa solvente del grupo quede incluida en el procedimiento de insolvencia y que las disposiciones de un plan de reorganización de un grupo abarquen los bienes. Cuando la empresa solvente del grupo no esté incluida en el procedimiento, se planteará la cuestión de si esos bienes podrán utilizarse para apoyar a las empresas insolventes del grupo y, en caso afirmativo, las condiciones a que estaría sujeta dicha utilización. El uso de esos bienes podría plantear cuestiones de resolución, en particular cuando la empresa que prestara apoyo cayera posteriormente en la insolvencia, y además preocupa a los acreedores de la empresa solvente.

53. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las circunstancias en que cabría utilizar los bienes de una empresa solvente del grupo para apoyar la reorganización de las empresas insolventes del mismo grupo, cuando dicha empresa solvente no estuviera sujeta al procedimiento de insolvencia.

4. Financiación posterior a la apertura del procedimiento

54. La Guía Legislativa¹⁰ reconoce que el hecho de que la empresa del deudor siga funcionando después de la apertura del procedimiento de insolvencia es fundamental para la reorganización, y también es importante en caso de liquidación cuando la empresa deba venderse como negocio en marcha. Para que la empresa pueda seguir funcionando, el deudor debe tener acceso a una financiación que le permita seguir sufragando el pago de los bienes y servicios esenciales, incluidos los costos de personal, los seguros, los alquileres, el mantenimiento de contratos y otros gastos de explotación, así como los costos que entrañe la conservación del valor de los bienes. En la Guía se puntualiza que, sin embargo, varios ordenamientos restringen la aportación de nuevos fondos en la insolvencia o no regulan

¹⁰ Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, cap. II, sección D, párr. 94, Finalidad de las disposiciones legislativas que preceden a la recomendación 63.

expresamente la obtención de financiación suplementaria ni la prelación para su reembolso. Apenas hay legislaciones que regulen expresamente esta cuestión en el contexto de los grupos de sociedades.

55. En la Guía Legislativa se han incluido las recomendaciones 63 a 68, que tienen por objeto promover la obtención de crédito para mantener en marcha la empresa del deudor, o asegurar su supervivencia, garantizar la debida protección de los proveedores de fondos después de la apertura, y velar por la adecuada protección de las partes cuyos derechos puedan verse afectados por la aportación de fondos tras la apertura del procedimiento.

56. Si bien la financiación posterior a la apertura es importante en el contexto de los procedimientos que afectaban a una sola empresa, como se señala en la Guía Legislativa, aun reviste una importancia más fundamental en el contexto del grupo de empresas; si no hay circulación de fondos, serán muy escasas las perspectivas de reorganización de un grupo insolvente de empresas. Uno de los problemas que plantea la financiación posterior a la apertura en el contexto de los grupos de sociedades es el de si pueden utilizarse los bienes de una empresa solvente de un grupo para obtener financiación de una fuente externa para una empresa insolvente o para financiar directamente a la empresa insolvente del grupo y, en caso afirmativo, cuáles serían las repercusiones para las recomendaciones de la Guía Legislativa referentes a la prelación y a las garantías. Por ejemplo, ¿tendría derecho una filial solvente a prelación en virtud de la recomendación 64 si proporcionara fondos a su empresa matriz insolvente, o estaría tal operación sujeta a subordinación como préstamo interno entre empresas de un grupo? En general, la utilización de bienes de un grupo para obtener financiación puede ser posible cuando todas las empresas del grupo estén sujetas al procedimiento de insolvencia; esto entraría en el ámbito de las recomendaciones de la Guía Legislativa. No obstante, es probable que surjan dificultades cuando se proponga que se utilicen los bienes de una empresa solvente para financiar a una empresa insolvente del grupo o como base para obtener financiación externa. En general, como se señala más arriba, es improbable que el régimen de la insolvencia lo permita, si bien podría haber situaciones en que podría proporcionarse financiación si los acreedores de la empresa solvente consintieran en ello.

57. Además de las recomendaciones que se citan a continuación, la recomendación 68 de la Guía Legislativa será pertinente en los casos en que se transforme un procedimiento de reorganización en otro de liquidación.

Recomendaciones

Obtención y autorización del crédito para un grupo de sociedades después de la apertura del procedimiento

13) El régimen de la insolvencia debería especificar que un grupo de sociedades o cualquier empresa perteneciente a un grupo de esta índole podrá obtener financiación posterior a la apertura conforme a las circunstancias y a las normas establecidas en las recomendaciones 15 a 18 *infra*.

14) El régimen de la insolvencia debería dar facilidades e incentivos [al representante de la insolvencia de un grupo de sociedades] [a un representante de la insolvencia de una empresa perteneciente a un grupo] para que obtuviera crédito tras la apertura del procedimiento si el representante de la insolvencia lo estimase necesario para mantener en marcha [el grupo de sociedades [o cualquiera de las

empresas que lo integraran]], o garantizar su supervivencia, o para preservar o incrementar el valor de la masa de una o más empresas del grupo. El régimen de la insolvencia podrá requerir la autorización previa del tribunal, o el consentimiento de los acreedores de cualquier empresa afectada del grupo, para la concesión de crédito al grupo [o a cualquier empresa del grupo], tras la apertura, como se especifica en las recomendaciones 18 y 19 *infra*.

Garantía u otros medios para asegurar el reembolso del crédito concedido a un grupo de sociedades tras la apertura del procedimiento

15) El régimen de la insolvencia debería especificar que una empresa de un [grupo de sociedades [que sea un deudor]] podrá garantizar o asegurar de otros modos el reembolso del crédito que haya obtenido, después de la apertura, otra empresa del grupo, siempre y cuando el tribunal determine que:

a) [La masa del] [el] deudor-garante percibirá de esa financiación posterior a la apertura beneficios comparables a los que obtenga el beneficiario del crédito posterior a la apertura; o

b) [Los acreedores] [El representante de la insolvencia] del deudor-garante den su consentimiento a la prestación de esa garantía o el ofrecimiento para asegurar de otro modo el reembolso; o

c) Los acreedores del deudor-garante no deberán sufrir ningún perjuicio económico a consecuencia de esa garantía o de ese otro modo en que se asegure el reembolso.

Prelación de los préstamos otorgados a un grupo de sociedades con posterioridad a la apertura

16) El régimen de la insolvencia debería establecer la prelación que pudiera concederse a los préstamos otorgados [a un grupo de sociedades] [o a una empresa de un grupo] después de la apertura del procedimiento, de modo que por lo menos el prestamista pudiera cobrar antes que los acreedores ordinarios no garantizados de cada empresa del grupo, incluidos los acreedores no garantizados con prioridad administrativa.

Garantías en respaldo de toda financiación concedida a un grupo de sociedades tras la apertura de un procedimiento

17) El régimen de la insolvencia debería permitir que se constituyera una garantía real para el reembolso de financiación concedida al grupo de sociedades [o a una empresa de tal grupo] después de la apertura de un procedimiento, incluso sobre bienes no gravados, como los bienes adquiridos ulteriormente, o una garantía nueva o con menor prelación sobre bienes ya gravados de la masa de tal empresa del grupo.

18) El régimen¹¹ debería especificar que una garantía real constituida sobre los bienes de la masa de la insolvencia de cualquier empresa del grupo de sociedades para garantizar la financiación posterior a la apertura del procedimiento para el [cualquier otra empresa del grupo] no tendrá prelación respecto de otra garantía real

¹¹ Esta regla puede estar enunciada en legislación sobre otra materia. En tal caso, el régimen de la insolvencia debería señalar la existencia de tal disposición.

ya existente sobre los mismos bienes, a menos que el representante de la insolvencia [de cada empresa afectada del grupo] obtenga el consentimiento del acreedor o de los acreedores garantizados beneficiarios de la garantía o siga el procedimiento enunciado en la recomendación 19.

19) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando cualquier acreedor garantizado ya existente no dé su consentimiento [a que se asigne a la financiación posterior a la apertura un mayor grado de prelación que a su propia garantía real], el tribunal podrá autorizar la constitución de una garantía real que goce de prelación sobre las garantías preexistentes, siempre que se satisfagan determinadas condiciones, a saber, que:

a) Se dé al acreedor garantizado ya existente la oportunidad de ser oído por el tribunal;

b) Pueda demostrarse que al grupo de sociedades no le es posible obtener la financiación [de otra manera] [en condiciones y términos más favorables]; y

c) Se protejan los intereses del acreedor garantizado ya existente.

Notas sobre las recomendaciones

58. Con excepción de la recomendación 15), estas recomendaciones están basadas en las recomendaciones 63 a 67 de la Guía Legislativa.

59. Hasta cierto punto, las recomendaciones 13) y 14) se solapan. La recomendación 13) exige expresamente que el régimen de la insolvencia incluya disposiciones que permitan la financiación posterior a la apertura y en que se especifiquen las circunstancias y condiciones en que han de ser aplicables. La recomendación 14) se basa en la recomendación 63 de la Guía Legislativa y es de aplicación general; concretamente, se centra en la conveniencia de dar incentivos para la concesión de créditos posteriormente a la apertura y de abordar la cuestión del consentimiento; la recomendación no hace ninguna referencia explícita a la necesidad de que la financiación posterior a la apertura sea regulada por disposiciones legislativas.

60. En la recomendación 15) se aborda la situación en que una empresa del grupo puede obtener financiación posterior a la apertura en beneficio de otra empresa del grupo, permitiendo que la primera garantice el reembolso del crédito, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones. Al haberse agregado las apalabras “[que sea un deudor]”, queda abierta la posibilidad de que la empresa del grupo que proporcione la garantía pueda ser una sociedad del grupo que no esté sujeta al procedimiento de insolvencia.

61. En la forma en que están redactadas, estas recomendaciones dejan abiertas las cuestiones de i) la administración unificada de los patrimonios de las empresas integrantes del grupo de sociedades; ii) el nombramiento de un representante de la insolvencia responsable del grupo de sociedades en su totalidad; y iii) la inclusión en el procedimiento de insolvencia de una empresa solvente que forme parte del grupo y que esté relacionada con las otras empresas, insolventes, del grupo.

[La continuación de III. Comienzo de la insolvencia: cuestiones de ámbito nacional, figura en el documento A/CN.9/WP.76/Add.1; la parte IV. Cuestiones de ámbito internacional, figura en el documento A/CN.9/WP.76/Add.2.]