



Asamblea General

Distr. limitada
1° de septiembre de 2008
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
35° período de sesiones
Viena, 17 a 21 de noviembre de 2008

Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia

Tercera parte: Tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción.	1-2	2
II. Glosario.	3	2
III. Grupos de empresas: características generales.	4-41	3
A. Introducción.	4-8	3
B. Naturaleza de los grupos de empresas.	9-17	5
C. Razones para ejercer el comercio por conducto de grupos de empresas.	18-27	9
D. Definición de “grupo de empresas” - propiedad y control.	28-32	12
E. Reglamentación de los grupos de empresas.	33-41	13



I. Introducción

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; A/CN.9/WG.V/WP.76 y Add.1 y 2; A/CN.9/WG.V/WP.78 y Add.1; A/CN.9/WG.V/WP.80 y Add.1; la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* (en adelante, la *Guía Legislativa*); la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (en adelante, “la Ley Modelo”), y los informes del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 31° a 34° (A/CN.9/618, A/CN.9/622, A/CN.9/643 y A/CN.9/647, respectivamente). Se incluye una revisión de las recomendaciones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 34° período de sesiones, celebrado en Nueva York del 3 al 7 de marzo de 2008, conjuntamente con un proyecto de comentario preparado sobre la base de textos que figuran en anteriores documentos de trabajo y observaciones y sugerencias formuladas por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones anteriores.

2. El texto que figura a continuación, en que se abordan cuestiones específicas relativas al tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, constituiría la tercera parte de la *Guía Legislativa* y tiene la misma estructura que las dos partes anteriores, es decir, el examen de las cuestiones pertinentes seguido de recomendaciones legislativas. De ser necesario aplicar un criterio diferente al adoptado en la *Guía Legislativa* con respecto a una cuestión en particular en el contexto de los grupos de empresas, o si el tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia plantea otras cuestiones que no se han abordado en las dos primeras partes de la *Guía Legislativa*, esos aspectos se examinan en el presente texto. Si el tratamiento de las cuestiones en el contexto de los grupos de empresas fuera igual al incorporado en las dos primeras partes, no se reiterará en ésta. Por consiguiente, las recomendaciones de las dos primeras partes de la *Guía* se aplicarán en el contexto de los grupos de empresas, a menos que se indique lo contrario en esta parte. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la forma de presentar este texto. Si pasara a ser la tercera parte de la *Guía Legislativa*, será necesario introducir los cambios correspondientes en las referencias y el formato. Por ejemplo, en lugar de hacer referencia a “la *Guía Legislativa*”, cabría mencionar los párrafos y recomendaciones correspondientes de sus dos primeras partes.

II. Glosario

1. Notas sobre la terminología

3. Habida cuenta de que los términos pueden tener significados fundamentalmente diferentes en los diversos países, a continuación figuran explicaciones de otros términos con objeto de orientar al lector y ayudar a aclarar los conceptos examinados para que todos los comprendan. También deben consultarse las notas sobre la terminología y los términos y explicaciones que figuran en el glosario de la *Guía Legislativa*, ya que éstos pueden ser pertinentes para las cuestiones que aquí se examinan.

2. Términos empleados y su explicación

a) “Grupo de empresas”: el que está formado por dos o más empresas que se encuentren vinculadas entre sí por su capital o alguna forma de control;

b) “Empresa”: toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica y que pueda estar regulada por el régimen de la insolvencia¹;

d) “Control”: la capacidad de determinar, directa o indirectamente, las políticas operacional y financiera de una empresa;

e) “Coordinación procesal”: administración coordinada de dos o más procedimientos de insolvencia abiertos contra diversos miembros de un grupo de empresas. Cada miembro sigue siendo una entidad separada y distinta, con su propio activo y pasivo²;

f) Consolidación patrimonial: [la combinación del activo y el pasivo de dos o más miembros de un grupo de empresas a fin de crear una única masa de la insolvencia³.]

III. Grupos de empresas: características generales

A. Introducción

4. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se reconoce la figura de la “sociedad”, entidad a la que se confiere personalidad jurídica propia, distinta de las personas físicas que la componen, ya sea en calidad de propietarios, directivos o empleados. En su carácter de persona jurídica, una sociedad puede adquirir derechos y contraer obligaciones y responsabilidades, por ejemplo, la capacidad legal para litigar y ser objeto de litigio, para poseer y transmitir bienes, para celebrar contratos y para pagar impuestos. Otra de las características de una sociedad es su perpetuidad, en el sentido de que su existencia se mantiene en todo momento y se prolonga con el correr de los años, independientemente de quiénes la integren, y los accionistas pueden transferir sus acciones sin socavar el carácter de sociedad que tiene la entidad. Una sociedad también puede tener responsabilidad limitada, lo que supone que los inversionistas habrán de responder tan sólo del capital que se hayan arriesgado a colocar en la sociedad, lo que ofrece seguridad y promueve la inversión. Sin esa limitación, los inversionistas arriesgarían la totalidad de sus bienes cada vez que participaran en una actividad empresarial de riesgo. Una sociedad debe someterse a ciertos procedimientos legales para obtener personalidad jurídica y, una vez constituida, habrá de regirse por las reglamentaciones aplicables

¹ En consonancia con el criterio adoptado en la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, la definición se concentra en el hecho de que la entidad realice alguna actividad económica y pertenezca a la clase de entidades conceptualizadas como “empresas”. No abarca ni a los consumidores ni a otras entidades que no se rijan por el régimen de la insolvencia de un país conforme a lo previsto en las recomendaciones 8 y 9 de la *Guía Legislativa*.

² Véase el examen que figura *infra*, en los párrafos 18 a 21 del documento A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1.

³ En lo que respecta a los efectos de la consolidación patrimonial y el tratamiento de las garantías reales, véanse las recomendaciones 18 y 19.

a las entidades así constituidas. En general, en ese régimen no sólo se determinarán los requisitos de constitución, sino también las consecuencias que trae aparejada la constitución de la personalidad jurídica, entre otras cosas, las facultades y competencias de la sociedad, los derechos y obligaciones de sus integrantes y el grado en que éstos habrán de responder de las deudas de la sociedad. Así pues, la figura de la sociedad propicia la seguridad en la organización de la actividad mercantil, ya que quienes tengan trato con ese tipo de entidad saben que pueden confiar en su personalidad jurídica e invocar los derechos, deberes y obligaciones que ésta entraña.

5. Es cada vez más frecuente que la actividad mercantil de las sociedades se ejerza, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, por conducto de “grupos de empresas”. La expresión “grupo de empresas” abarca una gran variedad de formas de organización económica basadas en entidades jurídicas individuales. Por grupo de empresas se entiende, en sentido lato, dos o más empresas cuya vinculación consista en alguna forma de control (directo o indirecto) o de propiedad (véase más adelante). La dimensión y la complejidad de los grupos de empresas pueden no ser siempre evidentes, habida cuenta de que la imagen pública de muchos de ellos es la de una organización unitaria que funciona con una identidad empresarial única.

6. Los grupos de empresas existen desde hace tiempo; según los estudiosos, surgieron en algunos países a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX de resultas de un proceso interno de expansión por el cual las empresas empezaron a adquirir control de su propia capacidad financiera, técnica o comercial. Estas empresas, entidades individuales, se expandieron después hacia el exterior, adquiriendo el control jurídico o económico de otras sociedades. En un principio esas otras sociedades desarrollaban sus actividades en el mismo sector del mercado, pero con el tiempo la expansión afectó a sociedades de sectores afines y, posteriormente, de ramos distintos o sin vinculación alguna desde el punto de vista de los productos o del lugar en que se encontraran, o de las dos cosas. Uno de los factores que impulsaron la expansión, por lo menos en algunos países, fue la legitimación del derecho de propiedad de una sociedad con respecto a las acciones de otra, lo que originalmente estaba prohibido tanto en el *common law* como en los ordenamientos de inspiración romanista.

7. Durante todo el proceso de expansión las sociedades mantuvieron y siguen manteniendo su personalidad jurídica propia, aun cuando en la actualidad es probable que las pequeñas empresas privadas sean las únicas sociedades típicamente organizadas como empresas independientes. En el mundo de hoy los grupos de empresas están omnipresentes, tanto en los mercados desarrollados como en los incipientes, y realizan operaciones con características comunes en un gran número de sectores que con frecuencia no son afines; algunas veces pertenecen a una familia y combinan esa forma de propiedad con distintos grados de participación de inversionistas externos. Las principales entidades económicas del mundo no sólo son Estados, sino también un número equivalente de empresas multinacionales. Los grupos multinacionales más importantes tal vez constituyen porcentajes considerables del producto nacional bruto de todo el mundo y sus tasas de crecimiento anual y su volumen de operaciones sobrepasan los de muchos Estados.

8. Pese a que los grupos de empresas constituyen una realidad económica actual, una gran parte de la legislación relativa a las sociedades mercantiles y, en particular, a la forma en que se regulan en la insolvencia, se concentra en la figura de la entidad jurídica. Pese a la carencia de legislación, los magistrados de muchos países, al enfrentarse a cuestiones que pueden dirimirse mejor por referencia a la empresa única que a la entidad jurídica única, han hallado soluciones más acordes con la realidad económica del mundo empresarial moderno.

B. Naturaleza de los grupos de empresas

9. La estructura de los grupos de empresas puede ser sencilla o sumamente compleja; puede constar, por ejemplo, de muchas filiales de propiedad total o parcial, filiales operativas, subfiliales, sociedades secundarias de cartera, empresas de servicios o empresas inactivas y entrañar el ejercicio simultáneo de cargos en distintas juntas directivas y diferentes formas de participación en el capital social. También puede consistir en el tipo de estructuras denominadas entidades para fines especiales⁴, empresas conjuntas⁵, sociedades extraterritoriales⁶ y consorcios.

⁴ Las entidades para fines especiales (denominadas también “vehículos para fines especiales” o “entidades con riesgo remoto de quiebra”) se crean con objeto de alcanzar objetivos especiales o temporales, por ejemplo, la adquisición y financiación de determinados bienes, y tienen por finalidad principal circunscribir el riesgo financiero o aprovechar las posibilidades de desgravación fiscal. Una entidad para fines especiales suele ser una filial que pertenezca en su totalidad a la sociedad matriz, aunque en ciertos países se exige que otro inversionista posea como mínimo un 3% del capital. Debido a la estructura de su activo y pasivo y a su condición de persona jurídica independiente, por lo general sus obligaciones son seguras, aun en caso de insolvencia de la sociedad matriz. La sociedad que crea tal entidad puede lograr sus objetivos sin hacer constar en su propio balance general ninguna de las partidas de activo ni de pasivo correspondientes a las operaciones de la entidad; de ahí que se hable de “partidas no consignadas en el balance general”. Estas entidades también pueden utilizarse por razones de competitividad para asegurarse, por ejemplo, de que los derechos de propiedad intelectual para desarrollar nueva tecnología estén en manos de una entidad independiente que no tenga la obligación de acatar los acuerdos de licencia preexistentes.

⁵ Una empresa conjunta suele ser un arreglo contractual o consorcio entre dos o más partes que desean perseguir de consuno un objetivo comercial. Un arreglo de esa índole a veces puede dar lugar a la creación de una o más personas jurídicas en que los socios aporten capital y compartan los beneficios, los gastos y el control del consorcio. La empresa conjunta puede entrañar únicamente la ejecución de un proyecto en especial o constituir una relación permanente. Las empresas conjuntas son muy comunes en el ámbito internacional, habida cuenta de que algunos países exigen a las empresas extranjeras que formen una empresa conjunta con una sociedad del país para tener acceso al mercado interno. Es frecuente que este requisito dé lugar a que el control de la tecnología y de la gestión pasen a manos de la empresa nacional. La formación de una empresa conjunta puede contribuir a repartir gastos y riesgos, a facilitar el acceso a recursos financieros, a crear economías de escala y las ventajas propias de las dimensiones de la empresa y a posibilitar el acceso a tecnologías modernas, a nuevos clientes o a prácticas de dirección innovadoras. Puede ser útil también para lograr objetivos de competitividad y objetivos estratégicos como los de influir en la evolución estructural de una industria, anticiparse a los competidores, crear unidades competitivas más sólidas y facilitar la transferencia de conocimientos y tecnología y la diversificación de la actividad comercial.

⁶ Por sociedad extraterritorial se entiende una empresa común y corriente que se constituye con arreglo a las leyes de un ordenamiento jurídico extranjero. Es similar por su naturaleza y efecto jurídico a la sociedad establecida conforme a las leyes de su propio país en que se transmiten bienes a un fideicomisario a fin de que los administre en beneficio de una persona o una

10. La estructura de los grupos de empresas puede ser jerárquica o vertical y consistir en sucesivos niveles de sociedades matrices y empresas controladas, que podrán ser filiales u otro tipo de empresas afiliadas o conexas, todas ellas funcionando en distintas etapas de un proceso de producción o de distribución. También es posible que la estructura sea más horizontal y esté constituida por muchos grupos de empresas del mismo rango que suelen estar ligadas por complejos esquemas de propiedad entrecruzada y que funcionan en el mismo nivel del proceso. Pueden desarrollar su actividad mercantil en un sector económico afín o en una variedad de sectores diferentes. Se ha señalado que los grupos con estructura horizontal son más corrientes en algunas partes del mundo, como Europa, en tanto que los grupos con estructura vertical suelen predominar en otras, como los Estados Unidos de América y el Japón.

11. De los trabajos de investigación en la materia se desprende claramente que la vinculación de los grupos mercantiles puede adquirir formas variadas, como la alianza entre entidades bancarias, los cargos interconectados en distintas juntas directivas, las alianzas de propietarios, el intercambio de información, las empresas conjuntas y los carteles. La investigación muestra, asimismo, que la estructura de los grupos de empresas varía según el régimen de gestión de empresas imperante. En algunos Estados se organizan de forma vertical u horizontal y abarcan distintos sectores industriales. Suelen constar de un banco, una sociedad de cartera o financiera⁷ (denominada “sociedad matriz”) o una empresa mercantil y un grupo diverso de empresas fabricantes. En otros Estados, en cambio, los grupos suelen estar bajo el control de una sola familia o de unas pocas familias, con una organización invariablemente vertical, o pueden tener fuertes lazos con el Estado y no con determinadas familias.

12. El grado de autonomía financiera y decisoria de los grupos de empresas puede variar considerablemente. En algunos, sus integrantes pueden ser entidades comerciales activas que determinan sus propios objetivos y actividades comerciales y administran sus finanzas. En otros, las decisiones estratégicas y presupuestarias pueden estar centralizadas y los miembros del grupo funcionan como si fueran divisiones operativas de una organización mercantil más grande, con pocas posibilidades de ejercer facultades discrecionales en el seno de la unidad económica aglutinante. Una sociedad matriz puede ejercer un control estricto merced a una operación centralizada de asignación del capital social y del crédito mediante una gestión central de las finanzas del grupo, la decisión de las políticas financieras y de explotación, la fijación de objetivos de rendimiento, la selección de directivos y de otro personal clave y la supervisión constante de las actividades de las demás empresas. El poder del grupo puede estar centralizado en la suprema sociedad

categoría de personas. La creación de este tipo de entidades suele obedecer a razones tributarias o de protección de bienes. La eficacia de tal sociedad podrá verse limitada en la práctica si el régimen de la insolvencia del país de la persona que haya transmitido los bienes dispone la anulación de los actos de transmisión a esas sociedades y de las operaciones que se hayan efectuado para defraudar a los acreedores.

⁷ Se denomina sociedad de cartera o sociedad matriz a una empresa que directa o indirectamente posee en otra empresa un número suficiente de acciones con derecho a voto como para controlar la dirección y actividad mercantil de esta última influyendo en su junta directiva o eligiendo a los miembros de ésta. La expresión puede denotar una sociedad que por sí misma no produce mercancías ni presta servicios, pero cuya finalidad es poseer acciones de otras empresas (o hacerse con la propiedad plena de otras empresas).

matriz o en una empresa de menor jerarquía y, en este caso, la sociedad matriz poseerá las acciones societarias clave, si bien no ejercerá una función directa en los ámbitos de la producción, la dirección y la gestión. Los grupos más grandes podrían tener sus propios bancos y funcionar como un mercado de capitales. La financiación societaria podría entrañar el otorgamiento interno de préstamos recíprocos entre la sociedad matriz y las filiales, así como de contragarantías⁸. Los préstamos internos podrían consistir en capital de explotación o deuda a corto plazo pendiente, por ejemplo, dividendos no pagados o crédito vinculado a operaciones entre empresas del grupo y pueden entrañar o no el pago de intereses.

13. En algunos Estados los lazos de parentesco representan un factor de conexión importante en los grupos de empresas; puede ocurrir, por ejemplo, que los miembros más importantes de la familia y sus estrechos colaboradores pertenezcan a la junta directiva de la sociedad matriz y que los directivos de ésta ocupen cargos en las juntas directivas de las demás empresas del grupo, creándose así un denso tejido de cargos directivos ejercidos por las mismas personas, gracias al cual la familia mantiene el control del grupo. Por ejemplo, el organigrama de un grupo grande de la India muestra una intrincada red de cargos directivos entre el directorio de la sociedad matriz y otros 45 miembros del grupo.

14. En algunos países los grupos de empresas se han relacionado estrechamente con los poderes públicos y sus políticas, entre ellas las que determinan el acceso al crédito y a las divisas y la competencia extranjera, lo que ha influido considerablemente en el desarrollo de los grupos. Al mismo tiempo, cabe citar ciertas políticas públicas que han tenido como finalidad encauzar el funcionamiento de los grupos de empresas, para lo que han recurrido a retirarles cierto tipo de trato preferente, como el acceso a capital.

15. La estructura de muchos grupos de empresas muestra las dimensiones y la complejidad de las relaciones que pueden establecerse entre las empresas. De una encuesta realizada en Australia en 1997 sobre las 500 principales empresas que cotizaban en bolsa se desprendió que el 89% de ellas controlaba a otras empresas; cuanto más alta era la capitalización bursátil de una empresa, más empresas controlaba (las cifras iban de un promedio de 72 empresas controladas por sociedades con la capitalización bursátil más alta a un promedio de 9 controladas por las de capitalización más baja); el 90% de las empresas controladas era de propiedad total; el número de estratos de filiales de un grupo de empresas con

⁸ En muchos países, un método importante para obtener capital al que suelen recurrir los grupos de empresas es la financiación mediante contragarantías, por la cual cada empresa constitutiva del grupo responde del cumplimiento de las obligaciones de las demás. En algunos países ha resultado difícil hacer efectivas las contragarantías en los procedimientos de liquidación y, en algún caso, se han anulado. En un país, las contragarantías pueden servir de mecanismo para atenuar la carga reglamentaria a que están sujetas las empresas, ya que, por ejemplo, se reducen los requisitos contables y de auditoría de las empresas que suscriban contragarantías. La escritura de contragarantía convierte al grupo de empresas que son parte en ella, en muchos sentidos, en una entidad jurídica única y las contragarantías vienen a representar una forma de aportación o mancomunación voluntaria de fondos en caso de que una o más de las empresas parte pasen a ser objeto de un procedimiento de liquidación mientras la contragarantía siga en vigor. Una ventaja de ese mecanismo es que los acreedores y posibles acreedores podrán remitirse al balance unificado de las entidades constitutivas, en vez de consultar los estados financieros de cada filial de propiedad total que haya suscrito una contragarantía.

estructura vertical oscilaba entre 1 y 11 y el promedio general iba de 3 a 4⁹. En otros países las cifras son mucho más altas. Al hacer un estudio basado en las cuentas e informes de 1979 de varias grandes empresas multinacionales con sede en el Reino Unido hubo que abandonar la parte correspondiente a dos de los grupos más grandes, que contaban con 1.200 y 800 filiales, respectivamente, ante la imposibilidad de concluir el análisis. Los investigadores observaron que muy pocas personas del grupo podían discernir las relaciones jurídicas precisas que vinculaban a todas las empresas integrantes y que ninguno de los grupos estudiados parecía disponer de un organigrama propio completo. De forma análoga, los organigramas de varios grupos inmobiliarios de Hong Kong, como Carrian, que quebró hace más de 20 años, ocupaban varias páginas, y un lector habría necesitado una buena lupa para hallar el nombre de las filiales. Otro caso es el del grupo Federal Mogul, proveedor de componentes de automóviles, cuyo organigrama, si se agrandara para poder leer el nombre de todas sus filiales, cubriría toda una pared de una pequeña oficina. El organigrama del grupo Collins and Aikman, también del sector del automóvil, es un libro, y los distintos estratos de los subgrupos que lo integran tienen la complejidad de estructura propia de muchos grupos de empresas nacionales.

16. El grado de integración de un grupo podría estar determinado por varios factores, entre los que figurarían su organización económica (por ejemplo, si la estructura administrativa está centralizada o si los distintos integrantes gozan de independencia, si la financiación o las garantías de los préstamos de las filiales dependen del grupo, si la gestión de los recursos humanos es o no centralizada, el grado en que la sociedad matriz decide cuestiones fundamentales como la orientación de las políticas, las operaciones y el presupuesto de las demás y hasta qué punto el grupo mercantil está integrado vertical u horizontalmente); el funcionamiento de la mercadotecnia en el seno del grupo (por ejemplo, la importancia de las compraventas entre empresas del grupo, la utilización de marcas registradas, logotipos y programas publicitarios comunes y el suministro de garantías para sus productos), y la imagen pública del grupo (por ejemplo, en qué medida se presenta como empresa única y hasta qué punto la actividad mercantil de las empresas constitutivas se describe como propia del grupo en los informes externos, entre ellos los destinados a los accionistas, a los órganos de reglamentación y a los inversionistas).

17. La estructura legal de un grupo consistente en varias personas jurídicas distintas no determina forzosamente la forma de dirigir y administrar el grupo. Si bien cada integrante es una entidad independiente, la dirección puede organizarse en función de las divisiones correspondientes a las líneas de productos y, como las filiales pueden tener una o muchas líneas de productos, pueden formar parte de varias divisiones. En algunos casos ocurre que los órganos directivos de la sociedad matriz tratan a las filiales que son de su entera propiedad como si fueran sucursales suyas.

⁹ Citado en *Companies and Securities Advisory Committee (CASAC), Corporate Groups Final Report*, 2000, Australia, párr. 1.2.

C. Razones para ejercer el comercio por conducto de grupos de empresas

18. Diversos factores, que van de lo jurídico y económico a lo social, cultural e institucional y a normativas de otra índole, determinan la constitución, el funcionamiento y la evolución de los grupos de empresas. La autoridad de los poderes públicos, las costumbres sucesorias, las estructuras de parentesco (incluso consideraciones intergeneracionales), la identidad étnica y la ideología nacional, así como el grado de evolución del marco jurídico (por ejemplo, la eficacia en el cumplimiento de contratos) y el marco institucional que respaldan la actividad comercial pueden influir en la situación de los grupos de empresas en distintos entornos. En algunos estudios se sostiene que las estructuras de los grupos mercantiles tal vez compensen el subdesarrollo de las instituciones y redunden así en la disminución de los costos de las operaciones.

19. La actividad mercantil realizada al amparo de la estructura de un grupo de empresas tiene ventajas, ya que puede contribuir a reducir el riesgo comercial o a lograr los máximos beneficios financieros al permitir que el grupo diversifique y divida sus actividades comerciales en diversos tipos de empresas, cada una gestionada por una sociedad distinta del grupo. Una sociedad puede adquirir otra para expandirse y lograr más poder en el mercado, aunque al mismo tiempo conserve la empresa adquirida y la deje funcionar como entidad separada para beneficiarse de su nombre comercial, su clientela y su imagen pública. La expansión puede tener por objeto adquirir nuevos conocimientos técnicos o de gestión. Es posible que, una vez constituidos, los grupos subsistan y se multipliquen debido a los gastos administrativos que entrañaría racionalizar o liquidar filiales superfluas.

20. Gracias a su estructura, un grupo puede atraer capital e invertirlo tan sólo en una parte de su actividad comercial sin por ello perder el control general, si, por ejemplo, constituye esa parte en una filial independiente y permite a los inversionistas externos que adquieran en ella una participación minoritaria. Una estructura de grupo puede permitir reducir los riesgos de responsabilidad jurídica limitando los altos riesgos de responsabilidad, como los que pudieran dimanar de cuestiones ambientales y de consumo, a determinadas empresas del grupo y evitando así que el resto de los bienes del grupo se vean afectados por esa posible responsabilidad. Puede darse una garantía más eficaz en respaldo de una deuda o un proyecto de financiación si se traspasan determinados bienes a otro miembro que se haya constituido expresamente para ese fin, con lo cual el prestamista gozará de máxima prelación sobre la totalidad o la mayoría de los bienes de la nueva empresa. También puede constituirse otro miembro del grupo para llevar a cabo un proyecto determinado y obtener más financiación imponiendo cargas sobre sus propios bienes y su actividad mercantil, o para explotar una licencia o concesión oficial. La estructura de grupo puede simplificar la venta parcial de una entidad, ya que puede ser más sencillo, y a veces más conveniente a efectos fiscales, traspasar al comprador las acciones de una empresa del grupo, en vez de vender bienes sueltos. Un grupo puede constituirse también de manera incidental cuando una empresa adquiere otra empresa, que, a su vez, es la sociedad matriz de otras empresas.

21. El cumplimiento de reglamentaciones prudenciales o de otros requisitos legislativos se simplifica cuando las sociedades que han de observarlos son integrantes independientes de un grupo. En el caso de los grupos multinacionales,

el derecho interno de determinados países en los que el grupo desee ejercer su actividad mercantil puede exigir que ésta se lleve a cabo por conducto de filiales independientes (a veces con un requisito mínimo de capital social de origen nacional) o imponer otros requisitos o restricciones, por ejemplo, en lo tocante a los reglamentos laborales y de empleo. Como medio de expansión en el extranjero se han utilizado mecanismos que no requieren aportaciones de capital social, a causa, por ejemplo, de leyes internas que dificultan la participación en el capital social, del grado de reglamentación impuesto a la inversión extranjera y de las relativas ventajas económicas que reportan esos mecanismos. Los imperativos geográficos constituyen otro factor importante para los grupos multinacionales, concretamente la necesidad de adquirir materia prima o de vender productos por conducto de una filial radicada en determinado lugar. Una consideración afín de creciente importancia que tal vez guarde más relación con el lugar en que se hallen algunas de las partes de la estructura de grupo que con la cuestión de organizar o no una actividad mercantil con estructura de grupo es la importancia de las leyes nacionales que regulan, por ejemplo, cuestiones como la simplicidad de los mecanismos de constitución y los gastos que entrañan las obligaciones dimanantes de la constitución de una persona jurídica y el régimen aplicable a los grupos de empresas en un procedimiento de insolvencia. Las diferentes legislaciones de los distintos países pueden complicar considerablemente todas esas cuestiones.

22. Otros factores clave que complican las estructuras de grupo son las consideraciones fiscales y su repercusión en la circulación de dinero dentro de los grupos. Se suele invocar la incidencia fiscal como razón de la formación y el crecimiento subsiguiente de los grupos y, tradicionalmente, en muchos ordenamientos jurídicos se ha venido dando importancia a la unidad económica de entidades conexas. Si bien el principio básico podría ser la imposición tributaria separada de cada entidad, de hecho tal vez se persigan otras finalidades esenciales, como proteger los ingresos fiscales de los gobiernos y aligerar la carga fiscal que de otro modo se crearía si cada empresa del grupo tuviera que pagar impuestos por separado¹⁰. Entre las medidas en que se tienen en cuenta los vínculos entre la sociedad matriz y las filiales cabe mencionar las exoneraciones de impuestos a los dividendos entre empresas del grupo, la desgravación de que goza el grupo y las disposiciones encaminadas a combatir la evasión fiscal. Se aplican exoneraciones de impuestos, por ejemplo, a los dividendos que una empresa reparte entre los accionistas residentes y a los dividendos entre empresas del grupo con fuertes vínculos de propiedad común. Pueden autorizarse deducciones fiscales en el caso de los impuestos pagados en el extranjero en concepto de beneficios de la filial y de los impuestos extranjeros con que se grava directamente un dividendo. El grupo podría beneficiarse de una desgravación conjunta cuando las empresas conexas pudieran tratarse como una unidad fiscal indivisible y presentaran cuentas unificadas. Las pérdidas de una filial pueden compensarse con los ingresos de otra o las pérdidas y ganancias pueden compensarse mutuamente entre los socios del grupo.

23. Como consecuencia de la importancia de las consideraciones de orden fiscal, las políticas de fijación de precios entre empresas del grupo y las tasas y políticas impositivas nacionales suelen determinar la distribución de las partidas de activo y de pasivo en el seno de un grupo de empresas. Las diferencias entre las tasas

¹⁰ *International Investment and Multinational Enterprises - Responsibility of parent companies and their subsidiaries*, OCDE, 1979.

impositivas aplicables a los grupos mercantiles en distintos países, así como ciertas excepciones que se ofrecen en algunos países (por ejemplo, la reducción de tasas impositivas sobre las ganancias obtenidas del sector industrial o sobre los ingresos devengados en concepto de servicios financieros), pueden hacer que las perspectivas en esos ordenamientos resulten más atractivas que en otros que tengan un sistema impositivo más severo y ofrezcan menos excepciones o ninguna. De todos modos, el fisco podrá tener derecho a revisar las estructuras de precios de transferencia interna encaminada a orientar las ganancias hacia domicilios de bajo nivel impositivo.

24. Cabe la posibilidad de que la decisión de establecer una sucursal o una filial también obedezca a razones fiscales cuando, por ejemplo, la repatriación de las ganancias de una filial extranjera esté exonerada de impuestos por tratarse del reembolso de un préstamo a la sociedad matriz o cuando esta última tenga un porcentaje determinado (entre el 5% y el 20%) del capital social de la empresa extranjera; cuando los intereses sobre un crédito tomado para sufragar la adquisición de una filial pueden compensarse con sus ganancias y, como ya se señalado, cuando las pérdidas y ganancias de las filiales puedan compensarse mutuamente en una declaración de impuestos unificada. La actividad mercantil también puede dividirse entre dos o más sociedades para aprovechar la desgravación fiscal, las cifras tope de desgravación fijadas o las tasas tributarias progresivas. Otras razones que cabe mencionar son las siguientes: aprovechar las ventajas emanadas de las diferencias entre los métodos contables, el ejercicio fiscal, los métodos de amortización, los métodos de valoración de existencias y las deducciones por impuestos pagados en el exterior; disociar actividades mercantiles que, de realizarse juntas en una única entidad gravable, podrían entrañar perjuicios fiscales, y aprovechar el tratamiento favorable dado a ciertas actividades (por ejemplo, ventas anticipadas o posibles fusiones, liquidaciones o regalos o legados entre miembros de una familia), que es aplicable a algunas operaciones pero no a otras.

25. Los requisitos contables también determinan el tipo de estructura de los grupos de empresas. En algunos países podrían crearse ciertos mecanismos, como el de la filial representante, para administrar determinados aspectos de una actividad mercantil y para evitar que la sociedad matriz tenga que presentar cuentas comerciales muy detalladas en relación con ese tipo de filial, que es únicamente un representante de la sociedad matriz, a la que pertenecen todos los bienes correspondientes.

26. Muchas de estas ventajas de ejercer una actividad mercantil por medio de un grupo de empresas pueden ser ilusorias. Es posible que la protección contra pérdidas devastadoras no se haga realidad ante los acuerdos financieros entre las empresas del grupo, los negocios que hagan entre ellas y las contragarantías que se otorguen entre sí, así como las cartas de seguridades¹¹ entregadas a los auditores del grupo y

¹¹ Las “cartas de seguridades” suelen ser enviadas por una sociedad matriz con el fin de persuadir a otra entidad para que concierte una operación con una filial. Pueden comprender distintos tipos de compromisos, ninguno de los cuales llegaría a constituir una garantía, a saber, la promesa de mantener su paquete de acciones en una filial o algún otro tipo de compromiso financiero con ella contraído; ejercer su influencia para que la filial cumpla la obligación contraída en virtud de un contrato principal, o confirmar que tiene constancia de la existencia de un contrato con la filial, pero sin indicar expresamente que asumirá responsabilidad alguna por la obligación principal.

la tendencia de los principales acreedores y, en particular, de los bancos, a asegurarse de que la sociedad de más jerarquía del grupo los resarcirá.

27. Para que no quepa duda, cabe señalar que en la práctica contable no se requieren estructuras de grupo de empresas: a los contadores les da lo mismo unificar balances de sucursales que los de un conjunto de filiales. Parece probable que en los ámbitos bancario, comercial y jurídico no siempre se aprecian debidamente los aspectos contables de los grupos de empresas. El riesgo de malentendidos aumentará en el período de transición hasta llegar a la nueva normativa internacional de presentación de informes financieros, cuando muchos grupos de empresas pasen de presentar sus balances unificados conforme a un criterio que hace hincapié en el fondo de las operaciones, a presentarlos conforme a otro criterio en el que la forma jurídica ha de predominar sobre el fondo. Fueron las estructuras contables con partidas no consignadas en el balance general que posibilitaron las quiebras de Enron, WorldCom y otras; de ahí que hoy haya consenso en cuanto a exigir claridad en la presentación de los estados financieros.

D. Definición de “grupo de empresas” - propiedad y control

28. Si bien la existencia de grupos de empresas y la importancia de las relaciones entre sus integrantes se reconocen cada vez más, tanto en la legislación como en las resoluciones judiciales, no existe ningún cuerpo de normas que rijan directamente esas relaciones en su totalidad. En algunos países en que los grupos de empresas están reconocidos en la legislación, no hay leyes de índole comercial o empresarial que regulen explícitamente su funcionamiento, sino que más bien aparecen en disposiciones de otras leyes que rigen los impuestos, la contabilidad empresarial, la competencia, las fusiones y cuestiones de otra índole. Es muy raro encontrar legislación que aborde el régimen aplicable a los grupos de empresas en un procedimiento de insolvencia. Además, al comparar las leyes en que sí se regulan algunos aspectos del grupo de empresas, se observa que las cuestiones se abordan con criterios dispares no sólo en los diferentes países, sino también en las diversas leyes de un mismo país. Así pues, el término “grupo” puede denotar realidades distintas a efectos diferentes, aunque puede haber elementos comunes; cuando se utiliza un concepto particular para definirlo, como el de “control”, por ejemplo, el concepto se define en sentido más lato o más restringido, como ya se señaló, según la finalidad de la legislación.

29. Si bien en la mayoría de las leyes se evita precisar lo que se entiende por “grupo de empresas”, se recurre a varios conceptos comunes para establecer cuáles serán las relaciones entre las entidades constitutivas que bastarán para configurarlas como grupo con fines específicos, como la extensión de la responsabilidad, los fines contables, la fiscalidad y demás. Esos conceptos comunes se encuentran en la legislación y en muchas decisiones judiciales relacionadas con los grupos de empresas en diversos países y suelen comprender aspectos como la propiedad y el control o la influencia que se ejercen tanto directa como indirectamente, aunque en algunos ejemplos se considera únicamente el ejercicio directo de la propiedad o del control o la influencia. La elección entre los dos conceptos suele reflejar la búsqueda de un término medio entre la seguridad que entraña establecer el criterio de la propiedad y la flexibilidad que se puede lograr remitiéndose al criterio del

control y reconociendo las diversas realidades económicas que entrañan los grupos de empresas.

30. En algunos casos la propiedad se define por referencia a una relación formalizada entre las empresas, como la que existe entre una sociedad matriz y sus filiales. A su vez, esa relación viene determinada por un criterio de forma, consistente en la titularidad directa o indirecta de un porcentaje concreto de capital social o de derechos de voto. Esos porcentajes oscilan entre una participación de sólo un 5% hasta más del 80%. En los ejemplos en que se fijan porcentajes más bajos se suelen sumar otros factores, como los que se examinan más adelante con respecto al control. En algunos ejemplos, los porcentajes sirven de presunción rebatible de la propiedad; los porcentajes más altos, en cambio, establecen una presunción absoluta.

31. En otros ejemplos de lo que constituye la figura del grupo de empresas se emplea un criterio más funcional, centrado en la caracterización del control jurídico-económico, o dominio o influencia decisiva (denominado “control” en la presente nota), término que por otra parte suele definirse. El concepto radica principalmente en el control efectivo o la capacidad de controlar, directa o indirectamente, la política financiera y de operaciones y el proceso de adopción de decisiones del grupo. Cuando en la definición se menciona la capacidad de control se hace referencia al potencial pasivo de control, más que a un control efectivamente ejercido. El control puede obtenerse por la propiedad de bienes o mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control. Lo que realmente cuenta no es tanto la forma jurídica estricta de la relación entre las entidades, por ejemplo, la relación entre la sociedad matriz y las filiales, sino la esencia de esa relación.

32. Entre los factores indicativos de que una entidad controla a otra cabe destacar: la capacidad de dominar la composición de la junta directiva o del consejo de administración de la segunda entidad; la facultad de nombrar o de destituir a todos o a la mayoría de los directivos o miembros del consejo de administración de la segunda entidad; la posibilidad de controlar la mayoría de los votos emitidos en una reunión de la junta o consejo de la segunda entidad, y la posibilidad de emitir la mayoría de los votos en una junta general de accionistas de la segunda entidad, o de regular su emisión, independientemente de que esa posibilidad emane de la titularidad de acciones o de opciones sobre acciones. La información sobre el miembro del grupo que puede ser pertinente al analizar todos estos factores puede ser: su acta constitutiva, su participación en el capital social, sus decisiones estratégicas sustantivas, sus acuerdos internos y externos en materia de gestión y dirección, los detalles de sus cuentas bancarias y su administración, así como de los firmantes autorizados, y la información sobre sus empleados.

E. Reglamentación de los grupos de empresas

33. Para regular los grupos de empresas por lo general se aplican dos criterios (o, en algunos casos, una combinación de ambos): el de entidad jurídica independiente (criterio tradicional y, con mucho, el predominante) y el de empresa única.

34. El criterio de entidad jurídica independiente está basado en varios principios fundamentales, de los cuales el más importante es el de la personalidad jurídica propia de cada empresa del grupo. También se basa en la responsabilidad limitada

de los accionistas de cada empresa del grupo y en los deberes de los directivos de cada entidad independiente constitutiva del grupo para con esa entidad.

35. El concepto de personalidad jurídica propia por lo general supone que una sociedad tiene sus propios derechos y deberes, independientemente de quién la controle o sea su propietario (es decir, de que sea de propiedad total o parcial de otra empresa) y de su participación en las actividades del grupo. Las deudas que contrae son propias y por lo general no pueden saldarse con cargo a los bienes del grupo. Los contratos que celebre con personas ajenas al grupo no atañen automáticamente a la sociedad matriz ni a otros miembros del grupo. La sociedad matriz no puede tener en cuenta las ganancias no repartidas de otras empresas integrantes del grupo al calcular sus propias ganancias. Por responsabilidad limitada de una sociedad se entiende que, a diferencia de lo que sucede en una asociación o sociedad unipersonal, las deudas y obligaciones del grupo no recaen en sus miembros, con lo cual las pérdidas que éstos pudieren sufrir no podrán superar el capital que hayan aportado a la sociedad al comprar acciones.

36. El criterio de empresa única se centra, en cambio, en la integración económica de las empresas de un grupo; se concibe al grupo como unidad económica única que desarrolla su actividad mercantil con miras a favorecer los intereses del conjunto, o los del cuerpo empresarial dominante, y no los de cada uno de sus integrantes. Las operaciones de préstamo afectan a todas las empresas constitutivas y se utilizan los mecanismos de tesorería del grupo para compensar los balances acreedores y deudores de cada una de ellas; se puede permitir que, como parte de la estructura y estrategia financiera global del grupo, las empresas integrantes operen con déficit o estén infracapitalizadas; las partidas de activo y de pasivo pueden desplazarse de diversas maneras entre las empresas del grupo y es posible otorgar préstamos o garantías o concertar algún otro tipo de arreglo financiero entre las empresas del grupo en condiciones esencialmente preferentes.

37. Si bien en muchos países se aplica el criterio de entidad jurídica independiente, en algunos se hacen excepciones a la aplicación estricta de ese criterio y en otros se ha introducido, por vía legislativa o judicial, el criterio de empresa única, que se aplica en determinadas situaciones.

38. Algunas de las circunstancias en que no se aplica de forma estricta el criterio de entidad jurídica independiente pueden ser: la unificación de las cuentas de una de las empresas del grupo y de toda entidad controlada; las operaciones con empresas conexas (se prohíbe a toda empresa pública otorgar a una empresa conexas todo tipo de beneficios financieros consistentes, por ejemplo, en préstamos, garantías e indemnizaciones internos, la condonación de deudas o la transmisión de bienes, salvo que los accionistas hayan aprobado la operación o que se haya dispensado a aquélla de algún otro modo de la prohibición); las participaciones cruzadas en el capital social (por lo general se prohíbe a los miembros del grupo adquirir las acciones de un miembro dominante o constituir garantía sobre ellas, o emitir acciones destinadas a una empresa controlada o traspasárselas) y el ejercicio de la actividad mercantil en situación de insolvencia (la sociedad matriz, que debería sospechar una eventual situación de insolvencia de una filial, podrá ser declarada responsable de las deudas que esa filial haya contraído siendo insolvente).

39. Unos pocos países han establecido distintas categorías de grupos de empresas que pueden actuar como empresa única a cambio de otorgar mayor protección a los acreedores y a los accionistas minoritarios. En uno de ellos los grupos de empresas en que intervienen empresas públicas se dividen en tres categorías según su estructura: a) los grupos integrados; b) los grupos constituidos por vía contractual; y c) los grupos *de facto*; a todos ellos se aplica un conjunto de principios armonizados concernientes a la gestión y la responsabilidad empresarial.

a) Grupos integrados. La integración completa de la filial se produce cuando es aprobada por un determinado porcentaje del voto de los accionistas de la sociedad matriz, a la que corresponde una determinada participación en las acciones de la filial. La sociedad matriz, a cambio de asumir la responsabilidad mancomunada y solidaria por las deudas y obligaciones de la filial, tendrá un poder ilimitado para dirigirla;

b) Grupos constituidos por vía contractual. Pueden ser constituidos por una determinada proporción de accionistas de cada una de las dos empresas que celebren un contrato con miras a otorgar a una de ellas (la sociedad matriz) el derecho a dirigir la otra, siempre y cuando esa gestión sea acorde con los intereses de la sociedad matriz o del grupo en su conjunto. A cambio de otorgar a la sociedad matriz el derecho de control, los acreedores y los accionistas minoritarios reciben más protección;

c) Grupos *de facto*. Esos grupos se gestan cuando una empresa de un grupo ejerce, directa o indirectamente, una influencia dominante sobre otra empresa. Aunque la relación no se formaliza, se supone que la sociedad matriz intervendrá sistemáticamente en los asuntos de la empresa controlada.

40. En otro país en el que el concepto de empresa única se ha introducido en la legislación sobre sociedades mercantiles se prevé que los directivos de las filiales de propiedad total o parcial de la sociedad matriz puedan promover los intereses de ésta, en vez de los de la filial; existen regímenes que regulan los procedimientos de fusión de grupos, así como leyes que también prevén mandamientos de aportación y mancomunación.

41. En otro país, la legislación que regula la actividad mercantil de los grupos de empresas utiliza cada vez más el concepto de empresa única para evitar que el fundamento de determinadas leyes mercantiles se vea socavado o soslayado por la figura jurídica del grupo de empresas. Los tribunales han fomentado esa tendencia introduciendo selectivamente el concepto de empresa única para materializar los principios en que se basa la legislación. Se ha aplicado el concepto al régimen de la insolvencia para impedir la realización de determinadas operaciones entre las empresas de un grupo, para respaldar las garantías internas y, en pocos casos, para impulsar la mancomunación sustantiva. Los tribunales también tienen la facultad de modificar la prelación de los créditos en un procedimiento de liquidación de una entidad del grupo, ya sea determinando que algunos de los préstamos internos concedidos a esa entidad se traten no como deudas, sino como capital social, o bien determinando que esos préstamos queden subordinados a los créditos de los acreedores externos de la entidad.

[En el documento A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1 se examinan la solicitud y la apertura del procedimiento de insolvencia (las solicitudes conjuntas y la coordinación procesal); en el Add.2, el régimen aplicable a los bienes a raíz de la apertura del

procedimiento (la protección y conservación de la masa de la insolvencia, la utilización y enajenación de los bienes y la financiación posterior a la apertura del procedimiento), la anulación y la subordinación; en el Add.3, las vías de recurso (la extensión de la responsabilidad, los mandamientos de aportación y la mancomunación sustantiva del patrimonio), los participantes (un solo representante de la insolvencia) y los planes de reorganización, y en el Add.4, las cuestiones de ámbito internacional.]
