



# Asamblea General

Distr. limitada  
5 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)**  
**35º 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>
VI. Remedios disponibles . . . . .	1-41	3
A. Extensión de la responsabilidad. . . . .	4-9	4
B. Orden judicial de contribución financiera. . . . .	10-13	6
C. Consolidación patrimonial . . . . .	14-41	7
1. Introducción . . . . .	14-20	7
2. Circunstancias que justifican la consolidación. . . . .	21-22	9
3. Legitimidad y oportunidad de una solicitud de consolidación . . . . .	23-26	9
4. Intereses encontrados a raíz de una consolidación. . . . .	27-33	10
5. Notificación que ha de darse a los acreedores . . . . .	34-36	12
6. Efecto de una orden de consolidación patrimonial . . . . .	37-38	13
7. Modificación de una orden . . . . .	39	13
8. Consolidación parcial. . . . .	40	14
9. Tribunal competente. . . . .	41	14



---

VII.	Participantes .....	42-47	17
A.	Nombramiento de un representante de la insolvencia .....	42-47	17
1.	Coordinación procesal .....	42-44	17
2.	Nombramiento de un único representante de la insolvencia .....	45-46	18
3.	Deudor en posesión del negocio .....	47	18
VIII.	Reorganización de dos o más empresas de un grupo .....	48-55	20
1.	Un único plan de reorganización .....	49-53	20
2.	Inclusión de una empresa solvente del grupo en un plan de reorganización .....	54-55	22

## VI. Remedios disponibles

1. Por razón de su propia índole y de la forma en que actúan, cabe que exista una compleja red de operaciones financieras entre los miembros de un mismo grupo de empresas, y que los acreedores, en vez de negociar por separado con una de las empresas del grupo, lo hayan hecho con varias de ellas a la vez o, incluso, con el grupo como entidad económica única. Disociar la titularidad de los derechos y obligaciones y determinar quiénes son los acreedores de cada empresa del grupo tal vez requiera una compleja y costosa indagación judicial. Sin embargo, dado que la observancia del principio de la personalidad jurídica propia de cada empresa del grupo significa que cada una de ellas habrá de responder únicamente de sus propias deudas frente a sus acreedores, al abrirse un procedimiento de insolvencia contra una o más empresas de un mismo grupo, podrá ser necesario delimitar el activo y el pasivo de cada una de ellas.

2. Si se consigue delimitar o disociar el patrimonio de cada empresa del grupo y si se aplica el principio de la personalidad independiente de cada empresa, el acreedor podrá cobrar sus créditos únicamente con cargo al patrimonio de su empresa deudora. Si dicha disociación resulta imposible, o si existen otros motivos para tratar al grupo como entidad económica única, algunas legislaciones han previsto remedios para soslayar el principio de la personalidad independiente de cada empresa. Históricamente, se buscaron dichos remedios para subsanar lo que se percibía como un funcionamiento ineficiente e injusto del principio tradicional de la personalidad independiente de cada empresa en ciertos casos que atañen a empresas pertenecientes a un mismo grupo. Además de anular las operaciones entre las empresas de un mismo grupo o de subordinar los préstamos internos del grupo, se idearon soluciones como la de hacer extensiva a empresas solventes del grupo, así como a su personal directivo y a ciertos accionistas, la responsabilidad por las deudas externas de otros miembros de dicho grupo; o la de ordenar por vía judicial cierta aportación financiera, o incluso la consolidación de los patrimonios de dos o más empresas del grupo en una masa única. Algunos de estos remedios requieren que se dictamine que ha habido culpa, en tanto que otros sólo requieren que se comprueben ciertos hechos en el funcionamiento interno del grupo. En otros casos, en particular si se presentan denuncias de mala gestión, tal vez proceda adoptar otras medidas, como la de destituir al personal directivo inculcado o la de limitar su participación en la reorganización de la empresa.

3. Dada la injusticia que puede suponer que un miembro solvente de un grupo se vea obligado a compartir su activo y su pasivo con otro miembro menos solvente del mismo grupo, la solución consistente en soslayar el principio de la personalidad independiente de cada empresa no estará siempre disponible y sólo será aplicable en ciertos casos y en circunstancias especiales. Todo remedio que conlleve extender a otros la responsabilidad de una empresa insolvente puede suponer que se haya de “levantar el velo” de la personalidad jurídica de cada empresa del grupo, lo que puede llevar a que algún accionista sea tenido por responsable de ciertas actividades que normalmente no le competían. Algunos otros remedios que se examinan a continuación y que, en principio, no suponen levantar el velo de la personalidad propia de una empresa, pueden dar lugar en ciertos casos, a efectos similares.

## A. Extensión de la responsabilidad

4. La extensión de la responsabilidad por las deudas externas y, en algunos casos, por los actos del miembro de un grupo declarado insolvente a otros miembros solventes del mismo grupo y a los titulares de ciertos cargos directivos de una empresa es un remedio que el derecho interno ofrece en algunos países al acreedor en función de las circunstancias del caso y de la relación existente entre dicho acreedor y su deudor.

5. En muchos países, la ley reconoce supuestos en los que cabe hacer excepción al principio de responsabilidad limitada de una sociedad mercantil, exigiéndose responsabilidad a otra empresa del grupo o a ciertos cargos de la misma por los actos o las deudas de otro miembro del mismo grupo. En algunos casos la ley definirá estrictamente las circunstancias en las que dicha excepción pueda ser invocada, mientras que en otros se deja a los tribunales un amplio margen para evaluar cada caso a la luz de ciertas directrices. En ambos casos, el motivo para hacer extensiva la responsabilidad será la relación existente, en términos de dominio y control, entre la entidad insolvente y toda otra empresa allegada del mismo grupo. Otro factor importante pudiera ser la relación que haya mantenido la empresa solvente del grupo con los acreedores de la empresa que sea objeto del procedimiento de insolvencia.

6. Aunque las circunstancias en que cabe extender la responsabilidad varían según las legislaciones, cabe en general agruparlas conforme a las categorías siguientes. Sin embargo, debe señalarse que no todos los ordenamientos prevén dichas categorías y que es probable que algunas de ellas se solapen:

a) uso indebido o abuso por una empresa del grupo (quizá la sociedad matriz) del control que ejerce sobre otra empresa del grupo, explotándola, por ejemplo, en condiciones deficitarias en provecho de la sociedad matriz;

b) conducta fraudulenta del accionista dominante, que puede consistir en desviar partidas del activo de una filial o en aumentar su pasivo, o en administrar la filial con intención de defraudar a ciertos acreedores;

c) explotar una filial a título de mero agente, fiduciario o socio de la sociedad matriz;

d) llevar los negocios del grupo en su conjunto o de una filial de manera que pueda redundar en perjuicio de ciertas categorías de acreedores (por ejemplo, contrayendo obligaciones con los empleados de una empresa del grupo);

e) fragmentar artificialmente una empresa en varias sociedades a fin de evadir ciertas responsabilidades; no respetar la personalidad propia de cada empresa del grupo, ignorando tal vez el principio de la responsabilidad limitada de cada una de ellas o confundiendo sus activos sociales; o crear una estructura social del grupo puramente ficticia, creando, por ejemplo, sociedades que sean un mero artilugio para eludir obligaciones legales o contractuales;

f) capitalización inadecuada de una sociedad que la prive del capital requerido para ejercer su actividad mercantil. Dicha insuficiencia del capital tal vez remonte al momento de constituirse la sociedad o se deba al agotamiento del capital por reembolsos indebidos a los accionistas o la distribución de beneficios excesivos;

g) falseamiento de la naturaleza del grupo, haciendo creer a los acreedores que tratan con una empresa única, cuando lo están haciendo con un simple miembro del grupo;

h) actuación indebida, que se da, por ejemplo, cuando una persona, o un miembro del grupo, haya de indemnizar a otra entidad por fraude, el incumplimiento de un deber o algún otro acto culpable que sea causante de daños personales o ecológicos importantes;

i) ejercicio indebido del comercio, que se da, por ejemplo, cuando un directivo de una empresa incumple su deber de supervisar que la empresa está en condiciones de proseguir su negocio a la luz de su situación financiera, y no solicita la apertura de un procedimiento de insolvencia, pese a estar obligado a hacerlo, en un plazo contado a partir de la fecha en que la entidad pase a ser insolvente, o si dicho directivo permite que una empresa del grupo contraiga deudas o la induce a hacerlo, cuando es ya insolvente o puede pasar a serlo; y

j) inobservancia de un deber reglamentario, como sería el de llevar con regularidad la contabilidad de una filial.

7. En general, no se considera que el mero hecho de que una sociedad matriz controle o domine una filial o de que haya alguna otra forma de integración económica estrecha en el seno de un grupo de empresas sea motivo suficiente para ignorar la personalidad jurídica propia de cada empresa del grupo o para no respetar su condición de tal.

8. En varios de los ejemplos en que la responsabilidad tal vez pueda hacerse extensiva a la sociedad matriz o a toda otra sociedad que controle a una empresa insolvente, esa responsabilidad pudiera también extenderse a los miembros de la junta directiva de la empresa matriz o dominante (a quienes cabe describir como directivos de facto o virtuales de la filial). Si bien los directivos de una empresa han de asumir sus deberes para con ella, los directivos de una empresa integrante de un grupo pueden sentirse obligados a compaginar esos deberes con los intereses comerciales y financieros generales del grupo. Hacer prosperar los intereses del grupo, puede entrañar, por ejemplo, que en determinadas circunstancias se hayan de sacrificar los intereses de algunos de sus miembros. Entre los factores que se han de considerar a la hora de determinar si los directivos de una empresa dominante son personalmente responsables de las deudas y actos de una empresa controlada cabe citar los de si hubo participación directa en la gestión de la entidad controlada, o negligencia grave o fraude en la gestión de la empresa insolvente, o abuso de poder u omisión de la diligencia debida por parte de los directivos de la sociedad matriz, o el de si la gestión de la entidad controlada fue causa directa de su insolvencia. En algunos países, cabe también exigir responsabilidad penal a los directivos. A la hora de extender la responsabilidad suele resultar particularmente difícil probar, a la vez, la culpabilidad de la gestión y la intervención de facto o virtual de la sociedad de cartera en dicha gestión.

9. Hay también leyes que prevén que una sociedad matriz se haga responsable de la deuda de una filial, ya sea por estipulación contractual, en particular, cuando el acreedor sea un banco, u otorgando una contragarantía. Conforme a otras leyes, que prevén diversas formas de integración de los grupos de empresas, cabe que la sociedad principal sea considerada solidariamente responsable frente a los

acreedores de las empresas del grupo por las obligaciones nacidas tanto antes como después de formalizarse la integración.

## **B. Orden judicial de contribución financiera**

10. Cabe que un tribunal ordene a un miembro solvente del grupo que contribuya cierta suma para sufragar plena o parcialmente las deudas de otro miembro del grupo contra el que se haya abierto un procedimiento de insolvencia. Si bien el régimen de la insolvencia rara vez ha previsto esta medida, algunos países la han adoptado ya o están estudiando hacerlo, pero limitando su uso, en general, a casos en que se proceda a la liquidación de la empresa insolvente.

11. Algunas de las cuestiones que se mencionan a continuación tal vez no hayan de ser reguladas expresamente en el régimen de la insolvencia dado que tal vez se hayan previsto ya remedios al respecto en otras leyes en materia de ejercicio indebido del comercio o de responsabilidad comercial.

12. En aquellos países que sí han previsto la emisión de una orden de contribución financiera, cabe que el problema suscitado por la necesidad de conciliar los intereses de dos o más grupos de acreedores ordinarios que hayan negociado por separado con dos o más empresas del grupo haga que el tribunal se abstenga de recurrir a esta medida. Los tribunales han adoptado en ocasiones el parecer de que ordenar una contribución financiera plena sería improcedente en todo supuesto en que dicha orden suponga una amenaza a la solvencia de la empresa que no esté aún en liquidación, aunque tal vez resulte posible ordenar una contribución financiera parcial limitada a algunos de los bienes de la empresa solvente, como pudiera ser una contribución limitada al saldo restante una vez satisfechas las obligaciones de buena fe de la empresa aún solvente del grupo.

13. En un país que sí ha previsto la orden de contribución financiera, el tribunal ha de tener en cuenta ciertos factores al considerar si debe o no emitir dicha orden. Cabe citar los siguientes: la medida en que la entidad allegada del grupo haya intervenido en la gestión de la empresa en liquidación; la conducta observada por la entidad allegada hacia los acreedores de la empresa en liquidación, aun cuando no baste para emitir dicha orden que los acreedores se hayan fiado de la relación existente entre los miembros del grupo; la medida en que los hechos que dieron lugar a la liquidación sean imputables a la entidad allegada; la conducta del miembro solvente del grupo, tras la apertura de un procedimiento de liquidación, respecto del miembro insolvente, particularmente si dicha conducta repercute directamente sobre los acreedores del miembro insolvente del grupo, como pudiera ser el incumplimiento de un contrato entre los dos miembros del grupo; y todo otro asunto que el tribunal estime oportuno<sup>1</sup>. Tal vez sea también posible obtener dicha orden en casos en los que, por ejemplo, una filial sea culpable de lesiones personales importantes o la empresa matriz haya permitido que su filial prosiga su negocio tras haber incurrido en insolvencia.

---

<sup>1</sup> *New Zealand Companies Act 1993*, Sections 271 (1) (a) and 272 (1).

## C. Consolidación patrimonial

### 1. Introducción

14. Conforme se dijo al ordenarse la coordinación procesal, el activo y el pasivo de los deudores permanecen diferenciados e independientes, y los créditos de los reclamantes no se ven afectados en cambio, si se ordena una consolidación, el tribunal que sustancie el procedimiento de insolvencia, contra dos o más empresas del mismo grupo, podrá ignorar, si lo estima oportuno, la personalidad jurídica propia de cada una de ellas y ordenar que se consoliden sus activos y pasivos como si pertenecieran a una única entidad. Dicha consolidación crea una masa única de la insolvencia en provecho general de todos los acreedores de las empresas cuyo patrimonio se haya consolidado. Muy pocos países disponen de leyes que autoricen la emisión de una orden de consolidación y en aquéllos donde está autorizada esta medida, su empleo suele ser muy raro. Lo que más inquieta es el hecho de que la consolidación ignore el principio de la personalidad jurídica propia de cada miembro del grupo, que es lo que permite estructurar al grupo de empresas de modo que responda a diversos cometidos comerciales y adaptarlo ventajosamente a la normativa fiscal y al derecho de sociedades y los reglamentos aplicables a la gestión de empresas. Por ello mismo, si los tribunales ordenaran rutinariamente la consolidación patrimonial, se perderían muchas de las ventajas dimanantes de la flexibilidad estructural de un grupo de empresas.

15. Pese a la ausencia de una autorización legal directa o de una norma preceptiva acerca de las circunstancias en las que podrá emitirse una orden de consolidación patrimonial, los tribunales de algunos países han desarrollado en su práctica jurisdiccional estas órdenes, definiendo los supuestos en los que procederá dictarlas. Esta práctica supone un reconocimiento judicial de la creciente utilización de este tipo de estructuras empresariales para fines tanto comerciales como fiscales. Las circunstancias que justificarían una orden de consolidación siguen siendo, no obstante, escasas, limitándose a supuestos en los que la integración de los miembros de un grupo, a través de vínculos internos de control o de propiedad, dificultan o hacen prácticamente imposible, en términos del tiempo y los recursos requeridos, disociar o declinar el activo y el pasivo de cada miembro integrante del grupo.

16. La consolidación suele ser evocada en el contexto de la liquidación y sólo suele estar autorizada en dicho contexto. No obstante, existen proyectos de ley que permitirían la consolidación en el marco de diversos tipos de reorganización. En países donde no se ha legislado en la materia, cabe la posibilidad de que se dicten mandatos de consolidación tanto en casos de liquidación como de reorganización, si se estima que dicho mandato facilitaría la reorganización del grupo. Aunque lo habitual sea que la consolidación sea impuesta por mandato judicial, cabe también que sea consensuada entre todas las partes interesadas, y algunos comentaristas sugieren que no es raro que las empresas de un mismo grupo concierten entre sí y con sus acreedores una reorganización consensuada, incluso en supuestos en los que los tribunales suelen admitir las objeciones de los acreedores contra la consolidación. La consolidación es también posible como fruto de un plan de reorganización, dado que el régimen de la insolvencia de algunos países permite que se incluya en el plan una propuesta para consolidar a la empresa deudora con otros miembros del mismo grupo, solventes o insolventes, aun cuando dicha propuesta habrá de ser aprobada por los acreedores.

17. La consolidación estaría justificada en supuestos en los que permita acrecentar el valor a repartir entre los acreedores, ya sea por razón de la relación estructural existente entre los miembros del grupo y la forma en que administran financiera y comercialmente sus negocios, o por razón del valor de cierta propiedad intelectual utilizada en común por las empresas del grupo para la fabricación de sus productos o incorporada a ellos. También estaría justificada si no existe una separación auténtica entre las empresas de un grupo, o si la estructura del grupo se mantiene únicamente para eludir fraudulentamente medidas reglamentarias o de control.

18. Las principales inquietudes que suscita la consolidación, además de la de que ignora la personalidad jurídica propia de cada miembro, dimanar de la injusticia que puede suponer para los acreedores de un miembro solvente del grupo un reparto por partes iguales de la masa consolidada con los acreedores de otros miembros menos solventes del grupo, así como del hecho de que no se sepa a ciencia cierta si las ventajas reportadas a los acreedores en general serán superiores a las desventajas que la consolidación puede reportar a algunos de los acreedores en particular. Tal vez algunos acreedores se hayan fiado correctamente del patrimonio de una de las empresas del grupo al negociar con ella, por lo que no se les debería privar de un reembolso pleno de sus créditos por razón de que dicha empresa mantuviera una relación con otro miembro insolvente del grupo, de la que dichos acreedores no tuvieran conocimiento. Cabe, no obstante que otros acreedores se hayan fiado del patrimonio del grupo en su conjunto, por lo que se sentirían defraudados si su derecho al reembolso de su crédito quedaba limitado a los bienes de un solo miembro del grupo.

19. Dado que la consolidación supone la mancomunación de los bienes de distintas empresas de un grupo, no suele incrementar la suma cobrada por cada acreedor, sino que más bien tiende a nivelar lo que se reembolsa a cada uno, incrementando los importes que perciben algunos de ellos a expensas de lo que cobran otros. Además, la consolidación de patrimonios se presta a que los acreedores más importantes y mejor defendidos obtengan reembolso con cargo a bienes a los que no deberían tener acceso, o puede dar lugar a la interposición de recursos por los acreedores disconformes con la consolidación, lo que prolongaría el procedimiento de insolvencia, y mermaría la seguridad y ejecutoriedad de ciertas garantías reales (si se anulan los créditos internos del grupo a resultas de la consolidación, todo acreedor con una garantía sobre dichos créditos la perdería).

20. La consolidación afectará por lo general a los miembros insolventes del grupo, pero algunos regímenes de la insolvencia permiten en ocasiones que se extienda a un miembro aparentemente solvente del grupo cuando los negocios de dicho miembro estén de tal modo vinculados a los de otros miembros insolventes que la consolidación resulte procedente o cuando una investigación haga ver que, a resultas de dicha vinculación, la empresa solvente ha dejado de serlo o que su personalidad jurídica es una mera fachada. En estos casos, cabe que los intereses garantizados de los acreedores del miembro solvente aconsejen limitar la consolidación al capital social neto del miembro solvente, una vez que se hayan satisfecho las garantías de sus acreedores.

## 2. Circunstancias que justifican la consolidación

21. Varios factores se han considerado cruciales a la hora de determinar si se justifica o no ordenar una consolidación de patrimonios, tanto en la legislación que autoriza las órdenes de consolidación como en la práctica de los tribunales que han impulsado su utilización. Corresponde en cada caso ponderarlos entre sí, dado que ninguno de ellos es necesariamente decisivo ni es preciso que se den todos ellos en un determinado caso. Cabe citar los siguientes: la existencia de estados financieros consolidados del grupo; la utilización de una única cuenta bancaria para todas las empresas del grupo; la comunidad de intereses y la mancomunación de bienes entre las empresas del grupo; la dificultad que suponga deslindar el activo y el pasivo de cada empresa; los gastos generales, contables, de gestión o afines que compartan las distintas empresas del grupo; la existencia de préstamos internos y de garantías recíprocas entre las empresas del grupo; el hecho de que se hayan traspasado bienes o de que los fondos hayan circulado de una empresa a otra por razones de conveniencia sin cumplir los requisitos formales del caso; el grado de suficiencia del capital; la mezcla de bienes o de operaciones comerciales; el nombramiento de personal directivo o de gestión compartido y la celebración de reuniones combinadas de sus juntas directivas; la utilización de una sede en común; tratos fraudulentos con acreedores; la práctica de inducir a los acreedores a negociar con el grupo como entidad única, creando así confusión entre los acreedores al no saber con cuál de las empresas estaban tratando, o de difuminar los límites jurídicos de las empresas del grupo; o las ventajas que la consolidación suponga para la reorganización del grupo o para los acreedores.

22. Si bien todos estos factores pueden ser importantes, ciertos tribunales centran su atención en algunos de ellos en particular, como sería el hecho de que los negocios del grupo estén de tal modo entrelazados que separar el activo y el pasivo de cada miembro supondría una enorme pérdida de tiempo y dinero o el de que se hayan cometido actos fraudulentos o llevado a cabo negocios carentes de toda finalidad legítima. El tipo de fraude aquí contemplado no es el que pueda haber ocurrido en alguna operación habitual de una empresa, sino la ausencia de una finalidad comercial legítima, que constituya la razón de ser de la empresa o que justifique la actividad comercial a la que se dedique. Cabe citar el caso de una empresa deudora que transfiera una parte importante de su activo a una empresa recién formada o a otras empresas que le pertenezcan, con miras a conservar dicho activo en provecho propio y en fraude de sus acreedores. Constituiría asimismo una trama fraudulenta el simular un contrato que no refleje la verdadera intención de las partes o que no produzca efecto alguno entre ellas o que produzca un efecto distinto del que se haya estipulado en el contrato, es decir, un contrato simulado.

## 3. Legitimidad y oportunidad de una solicitud de consolidación

23. El régimen de la insolvencia debería resolver la cuestión de la legitimidad y oportunidad de una solicitud de consolidación. Para saber quién estará legitimado para presentar una solicitud, tal vez proceda seguir el enfoque adoptado en la recomendación 14 de la *Guía Legislativa* respecto de la parte habilitada para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia. Tratándose de grupos de empresas, debería estar habilitado cualquier miembro interesado del grupo o acreedor de dicho miembro. Debería admitirse también la solicitud presentada por el representante de la insolvencia de cualquier miembro del grupo, dado que el

representante será a menudo la persona que disponga de más información acerca de otras empresas del grupo, por lo que podrá juzgar acerca de la conveniencia de solicitar la consolidación patrimonial.

24. Aunque algunos Estados hayan previsto que el tribunal actúe de oficio si estima oportuno ordenar la consolidación patrimonial, la gravedad de la medida obliga, por razones de equidad, a que las partes afectadas sean escuchadas y puedan impugnar la medida. No procede, por ello, que el tribunal esté habilitado para actuar de oficio. Cabe recordar que la *Guía Legislativa* no suele habilitar al tribunal para actuar de oficio en asuntos de tanta gravedad.

25. Dado que los factores que pueden justificar la consolidación patrimonial no son siempre evidentes o seguros al declararse abierto un procedimiento de insolvencia, sería aconsejable que el régimen de la insolvencia adopte un criterio flexible al determinar la oportunidad de la solicitud de consolidación patrimonial. Cabría presentar dicha solicitud al presentarse la solicitud de apertura del procedimiento o en todo momento ulterior de un procedimiento ya abierto, aun cuando en la práctica es poco probable que una consolidación resulte viable en una etapa tardía de un plan de reorganización en marcha. Si se ordena la consolidación tras la apertura de un procedimiento, tal vez se hayan resuelto ya ciertas cuestiones concernientes a la presentación y la admisión de los créditos o que se haya dado curso a decisiones adoptadas respecto de algún miembro del grupo. Sería conveniente que la orden consolide las actuaciones en curso y preserve todo derecho ya adquirido. Cabría, por ello, declarar que todo crédito ya admitido frente a un miembro del grupo será tenido por admitido frente a la masa patrimonial consolidada.

26. Cabría seguir el mismo enfoque al agregar algún otro miembro a una consolidación patrimonial. En el curso de la administración de un procedimiento tal vez se estime oportuno incluir en la masa consolidada el patrimonio de algún otro miembro del grupo, con tal de que se den al respecto las razones que justificaron la consolidación inicial. Si la consolidación inicial se hizo con el consentimiento de los acreedores, o si se les dio a los acreedores la oportunidad de impugnarla, la adición del patrimonio de otro miembro en una etapa ulterior de las actuaciones podría alterar lo convenido inicialmente o lo notificado inicialmente a los acreedores. En dicho caso, sería conveniente volver a dar a los acreedores la oportunidad de pronunciarse acerca de la ampliación sugerida. Si la consolidación se ordena tras haberse efectuado una distribución parcial a los acreedores de uno de los miembros, procedería traer a colación lo ya distribuido de tal modo que un acreedor que haya sido reembolsado parcialmente con cargo a uno de los miembros del grupo no pueda resarcirse frente a la masa consolidada hasta que los demás acreedores hayan obtenido una retribución parcial de sus créditos proporcional a la ya obtenida, antes de la consolidación, por algunos de los acreedores.

#### **4. Intereses encontrados a raíz de una consolidación**

27. En el contexto de la consolidación deberán tenerse en cuenta los intereses encontrados no sólo de los acreedores de las distintas empresas de un grupo sino también los de los accionistas de las distintas empresas del grupo y, en particular, los de los accionistas de algunas empresas, pero que no lo son de otras; y los de los acreedores garantizados y privilegiados de cada empresa consolidada del grupo.

**a) Propietarios y accionistas**

28. Muchos regímenes de la insolvencia siguen la regla general de dar primacía a los acreedores sobre los propietarios y accionistas de la empresa, de modo que los créditos de estas dos últimas categorías quedan subordinados a todos los demás en el orden de prelación que rige la distribución de la masa de la insolvencia. Ello suele dar lugar a que los propietarios y los accionistas no perciban suma alguna. Cabe, no obstante, que los accionistas de algunas empresas de un mismo grupo, cuyo activo sea superior a su pasivo, reciban cierta suma, en tanto que los acreedores de otras empresas del grupo, cuya situación patrimonial sea inversa, no perciban nada. Si la regla general de dar prelación a los acreedores sobre los accionistas se aplica al grupo en su conjunto a raíz de su consolidación, todo acreedor de una empresa del grupo pasará por delante de los accionistas de cualquier empresa del grupo.

**b) Acreedores garantizados**

29. La *Guía Legislativa* examina la posición del acreedor garantizado en un procedimiento de insolvencia y adopta el criterio de que, por regla general, debe reconocerse en un procedimiento de insolvencia la oponibilidad y prelación de una garantía real válida, preservándose el valor del bien gravado. Ese criterio será igualmente aplicable al acreedor garantizado en el contexto de un grupo de empresas. La *Guía Legislativa* reconoce también que el régimen de la insolvencia puede prever algún trato especial para los bienes gravados que, salvaguardando su valor, permita utilizarlos al servicio de su política comercial y económica en materia de insolvencia (véase segunda parte, cap. II, párr. 59).

30. En una consolidación se plantearán cuestiones como la de si una garantía constituida sobre la totalidad o parte del patrimonio de una empresa de un grupo podrá ser extendida, a raíz de la consolidación, al patrimonio de otra empresa del grupo o si quedará circunscrita al patrimonio de la empresa inicialmente gravada; o la de si un acreedor garantizado con cobertura insuficiente podrá presentar una reclamación, a título de acreedor ordinario, frente a la masa consolidada, la parte de su crédito no cubierta por su garantía; y la de si un acreedor garantizado interno (es decir una empresa del mismo grupo) debe ser tratado de modo distinto que los acreedores garantizados externos. A dicho respecto, tal vez proceda prever soluciones distintas según que la garantía recaiga sobre determinados bienes o sobre la totalidad del patrimonio de una empresa. Permitir que la garantía de un acreedor garantizado sea extendible a la masa consolidada mejoraría la situación del acreedor garantizado a expensas de los demás acreedores.

31. Tratándose de los acreedores garantizados externos, tal vez proceda excluirlos de la consolidación, efectuando lo que vendría ser una consolidación parcial. Cabría prever soluciones especiales para los acreedores garantizados que se hayan fiado, por ejemplo, de la personalidad independiente de cada miembro del grupo o de una garantía entre miembros del mismo grupo. Cuando un bien gravado sea requerido como factor clave para la reorganización de una empresa, cabría prever soluciones algo distintas, como la de permitir que el tribunal ordene la consolidación en términos que permitan que dichos bienes sigan cumpliendo su función o la de negociar el consentimiento del acreedor afectado. Cabría también prever que un acreedor garantizado renuncie, a raíz de la consolidación, a su gravamen, con tal de que la suma debida pase a ser pagadera por las entidades consolidadas.

32. Tal vez proceda también considerar el caso de los acreedores garantizados internos. Con arreglo al derecho interno cabe que las garantías reales internas del grupo sean anuladas, pasando el acreedor garantizado interno a ser un acreedor ordinario, o que sean subordinadas o modificadas de algún otro modo.

**c) Acreedores privilegiados**

33. El trato que procede dar a los acreedores privilegiados suscita cuestiones similares. En la práctica, cabe que se vean beneficiados o perjudicados por la mancomunación de los bienes del grupo, al igual que sucede con los acreedores ordinarios. Cuando la prelación de sus créditos se haya asignado, como en el caso de las prestaciones sociales de los empleados o los créditos fiscales, en el marco de cada empresa en particular, habrá que determinar de nuevo el orden de prelación de dichos créditos privilegiados en el marco del grupo consolidado, especialmente cuando los intereses de los empleados de una y otra empresa se vean opuestamente afectados. Por ejemplo, está claro que los intereses de los empleados de una empresa con un activo superior a su pasivo se verán diversamente afectados por la consolidación que los de los empleados de otra empresa del mismo grupo cuya situación patrimonial sea la inversa. Si bien cabe prever que, por lo general, los acreedores privilegiados mejoren su posición a expensas de los acreedores ordinarios de las empresas consolidadas, cabe que también prever los acreedores privilegiados de cada empresa hayan de moderar sus expectativas iniciales al tener que computar entre todos ellos sus créditos privilegiados frente a la masa única del grupo consolidado.

**5. Notificación que ha de darse a los acreedores**

34. Cabe prever que una solicitud de consolidación sea objeto de los mismos requisitos, en materia de notificación, que una solicitud para la apertura de un procedimiento con arreglo a la *Guía Legislativa*. De presentarse simultáneamente a la solicitud de apertura de un procedimiento, la solicitud de consolidación sólo deberá ser notificada, con arreglo a la recomendación 19, a las empresas deudoras afectadas cuando la solicitud sea presentada por los acreedores. Con arreglo a las recomendaciones 22 y 23 de la *Guía Legislativa*, no sería necesario que una solicitud de consolidación presentada por las propias empresas del grupo, al presentar una solicitud de apertura de un procedimiento, sea notificada a los acreedores, al igual que con arreglo a dichas recomendaciones no se habrá de notificar la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia a los acreedores de la empresa que presente dicha solicitud.

35. Ahora bien, la incidencia eventual que puede tener una consolidación sobre los derechos de los acreedores sugiere que tal vez sea conveniente que los acreedores afectados tengan derecho a ser notificados de toda orden de consolidación emitida con ocasión de la apertura de un procedimiento y que tengan derecho a recurrir contra dicha orden, de conformidad con lo previsto en la recomendación 138. Lo primero que ha de considerarse es si bastará con que se haya presentado un único recurso contra la orden para impedir que se proceda a la consolidación. Cabría, por ejemplo, que se otorgue a todo acreedor que haya recurrido, por verse notablemente perjudicado por la consolidación, una tasa de reembolso superior a la que sería aplicable a los demás acreedores no garantizados, apartándose en esto del principio de la distribución por igual entre los acreedores de una misma categoría. Cabría

también excluir de la consolidación a los intereses de ciertos acreedores que estén amparados por un contrato especial, por ejemplo, por el denominado acuerdo de financiación de proyectos de recurso limitado concertado con determinada empresa del grupo en términos estrictamente comerciales.

36. Cuando la consolidación sea solicitada por los acreedores estando ya abiertos los procedimientos, tal vez proceda que se dé aviso de la solicitud de consolidación a los representantes de la insolvencia de las empresas que vayan a ser consolidadas. Los avisos deberán darse con efectividad y oportunidad conforme a lo previsto por el derecho interno.

## **6. Efecto de una orden de consolidación patrimonial**

37. El régimen de la insolvencia debería prever los efectos que tendrá una orden de consolidación patrimonial. Cabe citar al respecto: el establecimiento de una masa única y consolidada de la insolvencia; la anulación de los créditos internos del grupo; la transformación de los créditos frente a las empresas del grupo en créditos contra la masa consolidada; el reconocimiento del orden de prelación anterior frente a cada empresa del grupo en el nuevo orden de prelación común que se establezca frente a la masa consolidada; y la convocatoria de una única junta de acreedores a la que asistirían los acreedores de todos los miembros consolidados del grupo. En lo concerniente al valor en caso de liquidación, al que se refiere, la recomendación 152 b) de la *Guía Legislativa*, dicho valor sería, a raíz de una consolidación patrimonial, el valor en liquidación de la entidad consolidada y no el valor en liquidación de cada empresa del grupo, previo a la consolidación.

38. Cuando la consolidación se ordene estando ya abierto un procedimiento de insolvencia o cuando se extienda a otros miembros del grupo en fechas sucesivas, tal vez se haya de considerar la fecha más adecuada para la determinación del denominado período de sospecha, a fin de que los prestamistas y otros terceros interesados gocen de seguridad al respecto. Esta cuestión será más ardua de resolver cuanto mayor sea el tiempo que transcurra entre la apertura de cada procedimiento de insolvencia individual y la emisión de la orden de consolidación. Optar por la fecha de emisión de la orden de consolidación como punto de partida para el cálculo retroactivo del período de sospecha, durante el cual sería impugnabile toda operación de la empresa consolidada, suscitara tal vez problemas respecto de algunas de las operaciones negociadas después de la fecha de solicitud o de apertura del procedimiento de insolvencia frente a cada miembro afectado del grupo y antes de la fecha de emisión de la orden de consolidación. Cabría fijar dicha fecha determinante del período de sospecha con arreglo a la recomendación 89 de la *Guía Legislativa*. Pero cabría también fijar una fecha común determinante del período de sospecha, fijándola en la fecha de presentación de la primera solicitud de apertura o en la fecha de apertura efectiva del primer procedimiento de insolvencia respecto de cualquiera de las empresas consolidadas del grupo. En uno y otro caso, dicha fecha deberá ser indicada en el régimen de la insolvencia a fin de salvaguardar la transparencia y previsibilidad debidas.

## **7. Modificación de una orden**

39. Pese a que la irreversibilidad eventual de ciertos efectos de una orden de consolidación patrimonial hace que no sea posible siempre modificar una orden ya emitida, puede suceder que la evolución del caso o la disponibilidad de nuevos

datos hagan aconsejable que se modifique la orden original. Toda modificación debería estar supeditada a la condición de que los actos o decisiones ya adoptados a raíz de la orden inicial no se vean afectados por la orden de modificación.

## **8. Consolidación parcial**

40. Algunos regímenes han previsto lo que cabría llamar “consolidación patrimonial parcial”, consistente en una orden de consolidación limitada que excluye de su ámbito a ciertos bienes o a ciertos créditos frente a la empresa consolidada. Cabría, por ejemplo, que la consolidación se limitara al activo y al pasivo que ya estén entremezclados, excluyendo de su ámbito a todo bien cuya titularidad no sea dudosa. Otro enfoque consistiría en excluir ciertos bienes de la consolidación a fin de no causar daño indebido a algunos acreedores.

## **9. Tribunal competente**

41. Las cuestiones anteriormente examinadas (véase A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1, párrs. 15, 16, 23 y 24) acerca de la solicitud conjunta y de la coordinación procesal son igualmente aplicables a la consolidación patrimonial.

## **Recomendaciones**

### **Finalidad de las disposiciones legales**

Las disposiciones relativas a la consolidación patrimonial tienen por objeto:

- a) respetar, a título de principio básico, la personalidad jurídica propia de cada empresa del grupo;
- b) autorizar por ley la consolidación patrimonial;
- c) definir con precisión los pocos supuestos en los que cabrá recurrir a la consolidación patrimonial; y
- d) definir los criterios objetivos que deben regir la consolidación patrimonial y los procedimientos que deben observarse en aras de su transparencia y previsibilidad.

### **Contenido de las disposiciones legales**

#### *Personalidad jurídica propia de las empresas de un grupo*

16. El régimen de la insolvencia debería respetar la personalidad jurídica propia de cada miembro de un grupo de empresas. Toda excepción a esta regla deberá estar fundada en alguno de los motivos enunciados en la recomendación 17.

#### *Consolidación patrimonial*

17. El régimen de la insolvencia podrá autorizar al tribunal para ordenar una coordinación patrimonial en el curso de las actuaciones seguidas contra dos o más empresas de un grupo, si se dan las circunstancias siguientes:

- a) el tribunal llega al convencimiento de que el activo y el pasivo de las empresas afectadas del grupo están de tal modo entremezclados que no cabría

deslindar la titularidad de los bienes y de las obligaciones sin incurrir en un gasto o demora injustificado; o

b) dos o más empresas del mismo grupo practican actividades fraudulentas o intervienen en negocios sin legitimidad comercial alguna y el tribunal está convencido de que la consolidación patrimonial puede resultar esencial para enderezar dichas actividades o negocios.

*Solicitud de consolidación patrimonial*

18. El régimen de la insolvencia debería indicar:

a) cuáles son las personas que estarán legitimadas para presentar una solicitud de consolidación patrimonial, entre las que cabrá incluir a toda empresa de un mismo grupo, al representante de la insolvencia de toda empresa miembro del grupo o a todo acreedor de algún miembro del grupo;

b) la admisibilidad de presentar una solicitud de consolidación patrimonial al presentarse una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia respecto de dos o más miembros de un grupo de empresas o en todo momento ulterior.

*Efecto de una orden de consolidación patrimonial*

19. El régimen de la insolvencia debería especificar que una orden de consolidación patrimonial dará lugar a:

a) la cancelación de los créditos y las deudas entre miembros del mismo grupo que sean objeto de la orden emitida;

b) la transformación de los créditos contra los miembros del grupo afectados por dicha orden en créditos contra la masa patrimonial consolidada;

c) el reconocimiento del orden de prelación establecido en el procedimiento abierto contra cada empresa en particular en el marco de las actuaciones seguidas a raíz de la consolidación [sin que sea óbice la consolidación efectuada]; y

d) la convocatoria de una sola junta de acreedores para los acreedores de las empresas consolidadas del grupo.

*Régimen aplicable a las garantías reales en una consolidación patrimonial*

20. El régimen de la insolvencia debería respetar toda garantía y su prelación sobre algún bien gravado de una empresa del grupo que sea objeto de una orden de consolidación patrimonial, salvo que:

a) la deuda garantizada sea puramente interna entre miembros del grupo y se haya cancelado a resultas de la consolidación; o

b) el tribunal determine que la garantía se obtuvo fraudulentamente con la connivencia del acreedor; o

c) la operación constitutiva de la garantía sea impugnada de conformidad con la recomendación 88 de la *Guía Legislativa*.

*Consolidación parcial*

21. El régimen de la insolvencia podrá indicar que el tribunal estará facultado para excluir ciertos bienes de una empresa consolidada o ciertos créditos contra ella del ámbito de aplicación de su orden de consolidación.

*Cálculo del período de sospecha en el marco de una consolidación patrimonial*

22. El régimen de la insolvencia debería indicar la fecha a partir de la cual se ha de calcular el período de sospecha para la determinación de las operaciones impugnables con arreglo a la recomendación 87 de la *Guía Legislativa*, al ordenarse una consolidación patrimonial:

a) de ordenarse la consolidación patrimonial simultáneamente a la apertura del procedimiento de insolvencia, la fecha a partir de la cual se ha de calcular retroactivamente el período de sospecha deberá ser fijada con arreglo a lo previsto en la recomendación 89 de la *Guía Legislativa*;

b) de ordenarse la consolidación subsiguientemente a la apertura del procedimiento de insolvencia, la fecha a partir de la cual se ha de calcular retroactivamente el período de sospecha podrá ser:

i) una fecha distinta para cada empresa del grupo incluida en la orden de consolidación, pudiendo ser tanto la fecha de la solicitud de apertura como la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia respecto de cada empresa del grupo, conforme a lo previsto en la recomendación 89 de la *Guía Legislativa*; o

ii) una fecha común para todas las empresas del grupo incluidas en la orden de consolidación, pudiendo ser la fecha tanto de la primera solicitud de apertura como de la primera apertura de un procedimiento de insolvencia contra una de ellas.

*Modificación de una orden de consolidación patrimonial*

23. El régimen de la insolvencia debería especificar que un tribunal podrá modificar una orden de consolidación patrimonial, así como una orden de consolidación patrimonial parcial, con tal de que no se vean afectados los actos o decisiones adoptados a raíz de la orden de consolidación patrimonial que se vaya a modificar.

*Tribunal competente*

24. El régimen debería indicar que a efectos de la aplicación de la recomendación 13 de la *Guía Legislativa* a un grupo de empresas, las palabras “para abrir y sustanciar procedimientos de insolvencia, así como para conocer de las cuestiones que se planteen en el curso de las actuaciones” se refieren también a la solicitud y a la emisión de una orden de consolidación patrimonial.

*Notificación*

25. El régimen de la insolvencia debería establecer los requisitos para dar aviso de toda solicitud de consolidación patrimonial presentada y de toda orden emitida, así como de toda solicitud de modificación de una consolidación patrimonial presentada

y de toda orden emitida, indicándose además las partes a las que se deberá dar aviso, así como el autor de dicho aviso y su contenido.

## VII. Participantes

### A. Nombramiento de un representante de la insolvencia

#### 1. Coordinación procesal

42. La *Guía Legislativa* examina cierto número de cuestiones relativas al nombramiento y el cometido del representante de la insolvencia y lo dispuesto en las recomendaciones 115 a 125 resultaría en general aplicable en el contexto de un grupo. Al declararse abierto más de un procedimiento contra varios miembros de un grupo, cabe que se dicte o no se dicte una orden de coordinación procesal al respecto. En uno y otro caso, la coordinación de dichos procedimientos se vería facilitada si el régimen de la insolvencia ha previsto la coordinación procesal e indica la manera de lograrla, conforme a lo previsto en el artículo 27 de la Ley Modelo. Cabría adoptar dicho enfoque respecto de la coordinación entre diversos tribunales que estén sustanciando actuaciones frente a diversos miembros de un mismo grupo de empresas o respecto de la coordinación entre los diversos representantes de la insolvencia designados en el marco de cada procedimiento. En casos en los que se nombren representantes de la insolvencia cabría añadir a sus obligaciones con arreglo a la *Guía Legislativa* (recomendaciones 111, 116, 117 y 120) las de: comunicar y compartir entre ellos la información disponible; aprobar o dar curso a todo acuerdo concertado para la delimitación de poderes y obligaciones entre los representantes de cada masa de la insolvencia; cooperar en la utilización y disposición de los activos de sus respectivas masas; proponer y negociar planes de reorganización coordinados (salvo que sea posible, conforme se examina más adelante, preparar un único plan para el grupo); coordinar la presentación y admisión de los créditos y la repartición de sumas entre los acreedores. El régimen de la insolvencia podría regular asimismo la resolución agilizada de las controversias entre representantes de la insolvencia.

43. De haberse designado varios representantes de la insolvencia, cabe que el régimen de la insolvencia permita que uno de ellos, por ejemplo el representante de la sociedad matriz, asuma una función coordinadora de las actuaciones concernientes a los miembros del mismo grupo. Aún cuando la función rectora asumida puede ser un reflejo de la relación existente entre las empresas del grupo, debe preservarse la igualdad jurídica entre los representantes de la insolvencia. Cabe también que el ejercicio de la función coordinadora por uno de los representantes de la insolvencia sea libremente negociado entre ellos, en la medida en que lo permita el derecho interno aplicable.

44. En algunos países cabe que la función coordinadora haya de ser asumida por el foro competente y no por uno de los representantes de la insolvencia. De ser ese el caso, y de intervenir diversos tribunales en las actuaciones frente a diversos miembros del grupo, sería conveniente que lo dispuesto acerca de la coordinación de los procedimientos sea también aplicable a los tribunales, otorgándoseles facultades previstas en el artículo 27 de la Ley Modelo.

## 2. Nombramiento de un único representante de la insolvencia

45. La coordinación de diversos procedimientos se vería, sin duda, facilitada por el nombramiento de un único representante de la insolvencia. En la práctica, la ley procesal del foro tal vez permita nombrar un único representante para las diversas actuaciones o tal vez sea preciso efectuar dicho nombramiento respecto de cada uno de los procedimientos abiertos que se hayan de coordinar. La designación de un único representante facilitaría la coordinación de la administración de las diversas masas de la insolvencia, reduciendo gastos y facilitando la obtención de información acerca del grupo en su conjunto. Aun cuando muchos regímenes de la insolvencia no regulen esta cuestión, en algunos países el nombramiento de un único representante de la insolvencia para empresas de un mismo grupo ha pasado a ser una práctica establecida. Aunque en menor medida, esta práctica se sigue también en casos de insolvencia transfronteriza.

46. De nombrarse un único representante para administrar la insolvencia de un grupo de empresas deudoras entre las que existan vínculos financieros y comerciales complejos, pero cada una de ellas con su propio grupo de acreedores, dicho representante tal vez haya de resolver conflictos en materia, por ejemplo, de garantías recíprocas, deudas internas del grupo, financiación posterior a la apertura de un procedimiento o actuación ilícita de una de las empresas respecto de otra empresa del grupo. Como salvaguardia frente al riesgo inherente a dichos conflictos, cabrá exigir que el representante de la insolvencia asuma cierto compromiso de neutralidad u obligarle por ley o norma de ética profesional a recabar la orientación del tribunal en todo conflicto que surja. Cabría asimismo que el régimen de la insolvencia prevea para dichos casos la designación de dos o más representantes de la insolvencia para administrar la masa patrimonial de cada empresa en situación conflictiva, con un mandato global para toda la duración de las actuaciones o limitado a la resolución del punto conflictivo. La obligación de revelar todo dato pertinente a la insolvencia, enunciada en las recomendaciones 116 y 117 de la *Guía Legislativa* puede ser aplicable en todo supuesto de conflicto surgido en la administración de la insolvencia de empresas de un mismo grupo.

## 3. Deudor en posesión del negocio

47. Si el régimen de la insolvencia permite que el deudor siga en posesión del negocio, y que no se nombre un representante de la insolvencia, tal vez se haya de determinar cómo procederá coordinar los procedimientos que se hayan abierto y en qué medida las obligaciones que se asignan a este respecto al representante de la insolvencia, particularmente las descritas en párrafos anteriores, habrán de ser asumidas por todo deudor que siga en posesión de su negocio (véase *Guía Legislativa*, segunda parte, capítulo III, párrafos 16 a 18). En la medida en que un deudor en posesión del negocio ha de asumir las funciones de un representante de la insolvencia, se habrá de considerar también hasta qué punto le será aplicable lo dispuesto en el régimen de la insolvencia acerca del nombramiento eventual de un único representante de la insolvencia o acerca de que uno de los representantes nombrados asuma una función rectora en la coordinación de los procedimientos abiertos.

## Recomendaciones

### Finalidad de las disposiciones legales

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

- a) facilitar la coordinación de los procedimientos que se hayan abierto respecto de dos o más miembros de un grupo de empresas; y
- b) alentar, en supuestos en los que se nombren dos o más representantes de la insolvencia, la cooperación entre dichos representantes con miras a evitar que se duplique la labor, facilitar el intercambio de información sobre la situación financiera y comercial del grupo de empresas en su conjunto, y reducir gastos.

### Contenido de las disposiciones legislativas

#### *Nombramiento de un único representante de la insolvencia*

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

#### *Conflicto de intereses*

27. El régimen de la insolvencia debería prever medidas para dirimir todo conflicto de intereses que pudiera surgir entre masas de dos o más miembros de un grupo de empresas en el supuesto de que se nombre un único representante de la insolvencia. Entre esas medidas cabría prever la de que se nombren uno o más representantes de la insolvencia adicionales.

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

28. El régimen de la insolvencia podrá disponer que en el supuesto de haberse abierto procedimientos de insolvencia respecto de dos o más miembros de un grupo de empresas, los representantes de la insolvencia nombrados en el marco de dichos procedimientos deberán cooperar entre sí en la medida de lo posible<sup>2</sup>.

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

29. El régimen de la insolvencia debería disponer que, siempre que se nombre más de un representante de la insolvencia en el marco de procedimientos que estén sujetos a coordinación procesal, los representantes así nombrados deberán cooperar entre sí en la medida de lo posible.

---

<sup>2</sup> Además de lo previsto en el régimen de la insolvencia respecto de la cooperación y coordinación deseables, el tribunal podrá señalar ciertas medidas que deban adoptarse a tal fin en el curso de los procedimientos.

*Formas de cooperación*

30. Siempre que ello sea conforme a derecho, procederá cooperar en lo posible por cualquier medio apropiado, procurando en particular:

- a) intercambiar y revelar toda información pertinente;
- b) aprobar y poner en práctica acuerdos para el ejercicio de la potestad otorgada a los representantes de la insolvencia y la distribución entre ellos de sus responsabilidades, o en los que se prevea que un representante asuma una función rectora en aras de la coordinación;
- c) coordinarse entre sí con miras a proponer y negociar planes de reorganización; y
- d) coordinarse entre sí en la administración y supervisión del negocio de toda empresa del grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia, en particular respecto de las operaciones en curso cuando un negocio haya de seguir en marcha, así como respecto de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, la preservación de los bienes de la masa, la utilización o enajenación de dichos bienes, el ejercicio de toda acción de impugnación que proceda, la presentación y admisión de los créditos, y la distribución de las sumas disponibles entre los acreedores.

## **VIII. Reorganización de dos o más empresas de un grupo**

48. Las recomendaciones 139 a 159 de la *Guía Legislativa* tratan de la preparación, propuesta, contenido, aprobación y ejecución de un plan de reorganización. Por lo general, dichas recomendaciones serán aplicables en el contexto de un grupo de empresas, aunque tal vez sea conveniente que se examine si, en dicho contexto, procedería enunciar alguna recomendación adicional o dar alguna explicación suplementaria acerca de la aplicación de las recomendaciones ya enunciadas.

### **1. Un único plan de reorganización**

49. De abrirse procedimientos de reorganización respecto de dos o más empresas del mismo grupo, se haya o no previsto su coordinación eventual, tal vez deba estudiarse la posibilidad de reorganizar las empresas deudoras con arreglo a un único plan que permita efectuar economías en el marco de cada procedimiento, coordinar la solución de las dificultades financieras del grupo y maximizar el valor reembolsable a los acreedores. Si bien varios regímenes de la insolvencia permiten que se negocie un único plan de reorganización, con arreglo a algunos de ellos sólo sería posible hacerlo si el tribunal ordena una coordinación procesal o una consolidación patrimonial, mientras que con arreglo a otros sólo sería posible si la ley autoriza que se proceda a una coordinación consensual de los procedimientos.

50. De estar permitido por el régimen de la insolvencia preparar y aprobar un único plan de reorganización respecto de varias empresas de un grupo, se habrá de examinar la manera en que procederá aplicar algunas de las disposiciones de la *Guía Legislativa* relativas a la reorganización de una única empresa deudora en el contexto de un grupo, estudiándose en particular las concernientes a: la

coordinación y preparación del plan, así como las partes legitimadas para proponerlo o participar en la propuesta del mismo; la índole y el contenido del plan y su documentación adjunta; la convocatoria y celebración de una junta especial de acreedores con ocasión del plan; la clasificación de los créditos por categorías de acreedores; el ejercicio del voto por los acreedores para la aprobación del plan, particularmente en el supuesto de que las empresas de un grupo sean acreedoras unas de otras y por ello “personas allegadas”; las salvaguardias aplicables; las objeciones formuladas a la aprobación del plan (o su confirmación, si es necesario); y la ejecución de un plan aprobado.

51. La adopción de un único plan requeriría, en la práctica, que se preparara y aprobara, en el marco de cada procedimiento abierto contra una empresa del grupo que vaya a ser incluida en el plan, un plan idéntico o similar al de las demás. La aprobación de cada plan habría de efectuarse, respecto de cada empresa incluida en el plan, por sus propios acreedores que ejercitarían su voto conforme a lo previsto para la aprobación de un plan respecto de una única empresa; no sería conveniente que se procediera a la aprobación de un plan en el marco global del grupo en su conjunto, dado que ello permitiría que una mayoría global de acreedores de distintas empresas del grupo imponga el plan así aprobado a empresas cuyos acreedores no lo deseen. La preparación de un plan para todas las empresas afectadas del grupo y su aprobación deben respetar la necesidad de que el plan definitivo sea aprobado por todos los que tengan un interés legítimo en cada empresa del grupo, por lo que se deben indicar cuáles serán las ventajas del plan para cada una de ellas, dándose la información que proceda al respecto. Esas cuestiones están ya previstas en las recomendaciones 143 y 144 de la *Guía Legislativa* relativas al contenido del plan y a la nota informativa adjunta. Entre los datos adicionales que cabría facilitar en el contexto de un grupo figurarían los datos relativos a las operaciones internas del grupo y a su funcionamiento en cuanto tal.

52. La preparación de un plan único obligaría a tener en cuenta la diversidad de intereses de los acreedores de distintas empresas del grupo, por lo que tal vez proceda prever una tasa de reembolso distinta para los acreedores de aquellas empresas del grupo cuyas circunstancias especiales lo justifiquen. Debe procurarse también conciliar debidamente los derechos de los acreedores de las distintas empresas del grupo al calcular la mayoría exigible para la aprobación del plan entre los acreedores de cada empresa del grupo y entre los grupos de acreedores correspondientes a cada empresa del grupo. El cálculo de la mayoría exigible en el contexto de un grupo tal vez obligue a determinar cómo se habrá de computar el voto de acreedores con créditos de la misma categoría frente a distintas empresas del grupo en supuestos en los que dichos créditos no gocen de idéntica prelación. Tal vez se haya de considerar también si el rechazo del plan por los acreedores de una sola empresa del grupo podrá impedir la aprobación del plan a nivel del grupo, o que otras consecuencias cabe atribuir a dicho rechazo. Cabría tratar de resolver estas cuestiones inspirándose en el régimen previsto para la aprobación de un plan de reorganización para una única empresa. Pero cabría también calcular la mayoría exigible en cada caso con miras a facilitar la aprobación del plan a nivel del grupo en su conjunto. Cabría prever además salvaguardias como las enunciadas en la recomendación 152 de la *Guía Legislativa*, a las que se añadiría el requisito de que el plan resulte equitativo para los acreedores de las distintas empresas del grupo.

53. En el contexto de un grupo, cabe calificar de persona allegada a toda persona que esté o que haya estado en un puesto de control de la empresa deudora o de la sociedad matriz, una filial o una empresa asociada de la empresa deudora. La *Guía Legislativa* examina el ejercicio del voto por personas allegadas para la aprobación de un plan (véase segunda parte, cap. IV, párr. 46) y señala que pese a que algunos regímenes de la insolvencia restringen de diverso modo el ejercicio del voto por dichas personas, la mayoría de los regímenes de la insolvencia no se ocupan de esta cuestión. La *Guía Legislativa* no recomienda que se restrinja el derecho al voto de una persona allegada, pero si el régimen de la insolvencia aplicable ha previsto dichas restricciones, cabe que ello cause dificultades cuando alguna empresa del grupo tenga únicamente acreedores catalogables como personas allegadas o tenga muy pocos acreedores que no lo sean.

## **2. Inclusión de una empresa solvente del grupo en un plan de reorganización**

54. Pese a que una empresa solvente no podrá ser incluida en un plan de reorganización por mandato de un tribunal, dado que ni está sujeta al régimen de la insolvencia ni será objeto del procedimiento abierto, pueden darse circunstancias en las que la inclusión en el plan de una empresa solvente resulte conveniente y, de hecho, dicha inclusión suele hacerse en la práctica. Cabe que una empresa solvente sea incluida, a título voluntario, en un plan de reorganización a fin de facilitar la reorganización de otras empresas del mismo grupo. La decisión por la que una empresa solvente del grupo acepta participar en un plan de reorganización sería adoptada en el curso normal del negocio de dicha empresa, por lo que no será necesario recabar el consentimiento de sus acreedores, salvo que el derecho interno de sociedades lo exija. Respecto de toda nota informativa que se adjunte a un plan en el que se haya incluido una empresa solvente, deberá obrarse con cautela al dar al público información concerniente a dicha empresa solvente del grupo.

55. Cabe que el régimen de la insolvencia haya previsto las consecuencias de que no se apruebe un plan de reorganización, conforme se indica en la recomendación 158 de la *Guía Legislativa*. El régimen aplicable en cierto país prevé, por ejemplo, que la no aprobación de un plan dará lugar a que se proceda a la liquidación de todas las empresas insolventes del grupo. De haberse incluido, previo consentimiento de la misma, una empresa solvente del grupo en dicho plan, tal vez proceda prever alguna regla que impida que alguien saque algún provecho indebido de dicha liquidación.

## **Recomendaciones**

### **Finalidad de las disposiciones legales**

Las disposiciones relativas a un plan de reorganización concertado en el contexto de un grupo de empresas tienen por objeto:

a) facilitar el restablecimiento coordinado de los negocios de las empresas de un mismo grupo declaradas en situación de insolvencia, a fin de preservar el empleo y, siempre que proceda, amparar el valor de las inversiones;

b) facilitar la negociación y aprobación de un plan de reorganización único en el marco de los procedimientos de insolvencia abiertos respecto de dos o más empresas de un mismo grupo.

## Contenido de las disposiciones legales

### *Plan de reorganización*

31. El régimen de la insolvencia debería permitir que se apruebe un único plan de reorganización en el marco de los procedimientos abiertos respecto de dos o más empresas de un mismo grupo.

32. El régimen de la insolvencia debería permitir que una empresa que no se haya declarado insolvente podrá participar en el plan de reorganización propuesto para dos o más empresas del mismo grupo que si hayan sido declaradas insolventes. Lo previsto con arreglo a este párrafo no debe menoscabar derecho alguno de los acreedores o accionistas de la empresa solvente.

*[La serie A/CN.9/WG.V/WP.82 presenta la práctica actual en materia de grupos de empresas; el Add.1 se ocupa de la solicitud y de la apertura de un procedimiento de insolvencia (presentación de una solicitud conjunta y coordinación procesal); el Add.2 se ocupa del régimen aplicable a los bienes de una empresa a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia (protección y preservación de la masa de la insolvencia, utilización y enajenación de los bienes, financiación posterior a la apertura de un procedimiento), así como de la impugnación judicial de ciertos actos y de la subordinación de ciertos créditos; y el Add.4 se ocupa de cuestiones internacionales.]*