

**LA INSOLVENCIA DE LOS GRUPOS COMO POSIBLE LABOR FUTURA DE
LA CNUDMI**

Juan Sánchez-Calero Guilarte*

Publicado en:

Anuario de Derecho Concursal nº 6 (2005), pp. 339-349

ISSN 1698-997X

* Catedrático de Derecho Mercantil
Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
jscalero@der.ucm.es
<http://www.ucm.es/info/mercantil>

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://www.ucm.es/eprints>

**LA INSOLVENCIA DE LOS GRUPOS COMO POSIBLE LABOR FUTURA DE LA
CNUDMI**

**Juan Sánchez-Calero Guilarte
Catedrático de Derecho mercantil**

SUMARIO:

I.- ANTECEDENTES DE LA PROPUESTA SOBRE INSOLVENCIA DE GRUPOS	3
II.- LOS GRUPOS Y LA NECESARIA COORDINACIÓN INTERNACIONAL DE LA INSOLVENCIA	4
III.- UN APUNTE SOBRE EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL COMPARADO DE LA INSOLVENCIA DE GRUPOS	7
IV.- LOS PROBLEMAS DE NECESARIA CONSIDERACIÓN	9
V.- EL CONTENIDO DE LA FUTURA LABOR DE LA CNUDMI	11
VI.- ALGUNOS APUNTES DESDE LA GUÍA LEGISLATIVA	14
VII.- RESPONSABILIDAD POR DEUDAS EXTERNAS	17
VIII.- RECAPITULACIÓN	19

I.- ANTECEDENTES DE LA PROPUESTA SOBRE INSOLVENCIA DE GRUPOS.

1. En los trabajos preparatorios de su 38º período de sesiones la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI) ha presentado distintas materias vinculadas con el régimen de la insolvencia que pueden ser objeto de su labor futura. Nueva labor que debe de continuar la realizada hasta la fecha en dicho ámbito¹, debiendo recordarse que en el precedente período de sesiones se adoptó la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* de 2004. Buena parte de esas materias integran propuestas de organizaciones internacionales que animan a la CNUDMI a abordarlas de manera inmediata². Entre las propuestas presentadas, se enuncia la del *“Tratamiento de los grupos empresariales en caso de insolvencia”*, a cuya exposición dedicamos esta reseña, a partir de la consideración general referida a la evidente importancia y complejidad del tema³.

2. La presentación de la propuesta que nos ocupa se ha formalizado hasta ahora por medio de dos documentos. El primero, que recoge la *Propuesta de la International Association of Restructuring Insolvency and*

¹ v., al respecto, OLIVENCIA, M., "El tema de la Insolvencia en la Agenda de Uncitral", RDBB 62 (1996), p. 411 y ss.

² Una enunciación de las materias sugeridas puede encontrarse en el documento *Posible labor futura en la esfera del régimen de la insolvencia*, A/CN.9/582, de 15 de mayo de 2005; éste y otros documentos que citaremos a lo largo de esta nota pueden consultarse a través de la página www.uncitral.org

³ Apuntada desde esta misma revista en SÁNCHEZ-CALERO, J., "Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades", ADCo 5 (2005), p. 7 y ss.

*Bankruptcy Professionals (INSOL). Tratamiento de los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia*⁴. Lo que se solicita por INSOL es que la CNUDMI examine la viabilidad de un proyecto que examine los efectos de la insolvencia en el tratamiento de los grupos de sociedades mercantiles y empresas conexas cuando uno o más de sus miembros se ven afectados por una situación de insolvencia. Recuerda la organización proponente que la pertinencia de abordar esta cuestión la confirma la propia Guía Legislativa de la CNUDMI que, aún reconociendo que la tarea propuesta excedía ampliamente entonces de su objeto, ya contenía importantes reflexiones que destacaban la importancia de la cuestión. Lo que conduce al segundo documento preparado, que es precisamente el extracto de esos apartados de la Guía Legislativa⁵. A pesar de su carácter preliminar y sintético, ambos documentos resultan sumamente útiles a la hora de destacar los problemas principales que conlleva la proyección del concurso sobre una o más sociedades pertenecientes a un mismo grupo.

II.- LOS GRUPOS Y LA NECESARIA COORDINACIÓN INTERNACIONAL DE LA INSOLVENCIA.

3. Con frecuencia los problemas importantes arrancan de evidencias sencillas. Es lo que sucede en el presente caso, en el que se subraya por INSOL que la globalización económica provoca la formación de grupos empresariales que recurren a la creación de filiales en un número creciente de

⁴ A/CN.9/582/Add.1, 26 de abril de 2005, 5 pp.

⁵ Los apartados 82 a 92 integran el documento A/CN.9/582/Add.2.

Estados. Ante esa realidad empresarial, que hace que muchos casos de insolvencia transfronteriza partan del concurso de grupos, la preocupación por la eficacia de las normas en materia de insolvencia conduce a reclamar un marco legislativo que permita conocer el tratamiento que el grupo recibirá en el caso de crisis de uno o más de sus miembros y, además, que los procedimientos se desarrollen de la mejor forma posible. El panorama legislativo de los distintos Estados o el internacional no ofrecen un panorama mínimamente satisfactorio.

4. Para empezar, las legislaciones estatales se caracterizan por una generalizada imprevisión hacia el concurso de grupos, deficiencia que comparten los instrumentos multilaterales sobre insolvencia transfronteriza⁶. Ello lleva a un diagnóstico tan sencillo como contundente: en el plano legislativo, existe *“una ausencia relativa, tanto a nivel interno como internacional, de directrices que indiquen en qué circunstancias podría preverse la aplicación de un procedimiento único a las sociedades mercantiles pertenecientes a un mismo grupo, ni cómo deberían abordarse cuestiones como la jurisdicción, la presentación de las demandas, los procedimientos secundarios y la repartición (sic)”*⁷. La relatividad de esa laguna se justifica porque en un número creciente de jurisdicciones, es principalmente la acción de los Tribunales la que trata de dar respuesta al problema concursal del grupo. Construcción jurisprudencial que, con contadas excepciones (caso de Holanda) se ha desarrollado en el mundo del

⁶ Lo mismo el Reglamento (CE) 134/2000 que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza de 1997; v. FARLEY, C., "An Overview, Survey, and Critique of Administrating Cross-Border Insolvencies", *Houston Journal of International Law* 27 (2004), p. 181 y ss.

⁷ v. *Propuesta Insol*, apdo. 9.

common law.

5. Con respecto al panorama legislativo español, es preciso recoger aquí la opinión que dejamos expuesta⁸ sobre el avance que ha supuesto la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC): de ésta no debía esperarse una regulación sustantiva de los grupos, función reservada al Derecho de sociedades. La LC sí ha llevado a efecto, sin embargo, una imprescindible consideración específica del grupo como eventual protagonista del concurso, contemplando la iniciación, acumulación, tramitación y finalización de ese supuesto de insolvencia, con la primordial pretensión de que el concurso de sociedades vinculadas merezca una coordinación adecuada para la mejor culminación de los fines del concurso y, a través de ello, la tutela de los intereses de los acreedores. No precisa de gran argumentación la afirmación de que en la insolvencia de grupos aparece con toda su complejidad el problema de la convivencia y preferencia entre procedimientos concursales⁹.

6. Proponer una labor futura que aborde la insolvencia de los grupos motivará con toda probabilidad la objeción fundada en la dificultad de tratar de la coordinación de un concreto –aunque importante– aspecto del régimen de los grupos, cuando el tratamiento sustantivo de éstos en el Derecho de sociedades se caracteriza por la discrepancia de soluciones. Argumento que, a pesar de su evidente fundamento, no debe atenderse. La disparidad de

⁸ v. "Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades", ADCo. 5 (2005) p. 60.

⁹ En relación con estas cuestiones, v. los trabajos de RAJAK, H., "The Inter-Relationship between Main and Secondary Bankruptcies under the E.U. Regulation"; WESSELS, B., "International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, in particular against (Groups of) Companies" y VAN GALEN, R., "The European Insolvency Regulation and Groups of Companies". Dichos trabajos pueden consultarse en www.iiiglobal.org

regímenes nacionales no puede tener efectos paralizantes para los trabajos de armonización internacional. Sobre todo cuando ésta la reclame una realidad incuestionable: los grupos actúan cada vez más en un ámbito internacional¹⁰ – superando las divergencias legislativas estatales- en el que implican a un número creciente de intereses. La tutela de éstos ante la crisis del grupo o de alguno de sus miembros se va a ver fortalecida si existe un marco regulador que supere los problemas procesales y materiales que depara la consideración aislada de la insolvencia de sociedades vinculadas.

III.- UN APUNTE SOBRE EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL COMPARADO DE LA INSOLVENCIA DE GRUPOS.

7. En su propuesta, INSOL no duda en calificar de prácticas creativas las adoptadas por los Tribunales de países que, como Inglaterra o Australia, han llevado a lo que se describen como “*acuerdos de fondo común*” o, con un concepto más ilustrativo, como una suerte de consolidación sustancial¹¹ (que es el utilizado por algunos Tribunales norteamericanos): “*el archivo y el pasivo de dos o más sociedades conexas de un grupo se convierten, de hecho, en un solo conjunto de activos y un solo conjunto de obligaciones*”. Esto supone una obvia superación de la personalidad jurídica de las sociedades vinculadas o dependientes y somete a los acreedores de todas ellas a la eventual satisfacción de sus créditos a partir de un patrimonio conjunto.

¹⁰ v. WESTBROOK, J.L., "Multinational Enterprises in General Default: Chapter 15, The ALI Principles, and the EU Insolvency Regulation". Para consulta de este trabajo v. www.iiiglobal.org

¹¹ Para una aproximación a la figura, v., BAIRD, D., "Substantive Consolidation of Corporations". Puede consultarse este trabajo en www.iiiglobal.org

8. Llegar a esa solución pasa por la consideración de criterios, cuestiones o síntomas habituales en el concurso del grupo o en el grupo. La Propuesta destaca cuatro: (i) la apariencia del grupo frente a los acreedores, que han tratado con éste “como entidad económica única”; (ii) una vinculación tan estrecha de las actividades del grupo que su consideración unitaria beneficiará a todos los acreedores; (iii) la relación entre las ventajas e inconvenientes del tratamiento unitario favorece a las primeras; (iv) la existencia de una “*apropiación indebida*” (sic) de los activos de una entidad en provecho de otra. Catálogo de justificaciones que permite adivinar que la consolidación concursal apuntada tiene dos razones principales: su adopción como sanción o su utilización como presupuesto del buen fin del procedimiento. La primera orientación se advierte con claridad allí donde ha sido el propio grupo el que ha desarrollado una actividad y ha adoptado una estructura corporativa y patrimonial que fomentaba la consideración unitaria del mismo como una única empresa policorporativa, en donde los acreedores no podían discernir razonablemente qué activos pertenecían a una u otra sociedad. Lo mismo cabe señalar cuando se producen prácticas apropiatorias, de manera que se trate de burlar a los acreedores de una sociedad mediante la traslación de sus principales activos patrimoniales a otras sociedades del grupo en mejor situación.

9. Algunos de esos criterios han merecido un reconocimiento legislativo pionero. Tal parece ser el caso de Australia y Nueva Zelanda. En la referencia que se hace de la primera se indica un punto esencial: la responsabilidad concursal de la matriz por su influencia sobre la filial, en especial cuando esa dirección consistió en consentir la continuidad de actividades de la filial insolvente. Una segunda medida es reconocer una legitimación para

impugnar y solicitar la anulación de las operaciones previas a la insolvencia que se hubieren celebrado entre la sociedad insolvente y los demás miembros del grupo.

IV.- LOS PROBLEMAS DE NECESARIA CONSIDERACIÓN.

10. La Propuesta dedica algunos apartados a los “factores que deberían tenerse en cuenta”, pero que en realidad son los problemas de partida con los que se encuentra siempre el problema de la insolvencia de los grupos. Algunos de esos problemas son ajenos a la responsabilidad concursal y constituye un enfoque erróneo pretender de éste que solvente situaciones indeseables que tienen su explicación, cuando no su incentivo, en otro tipo de disposiciones. Una manifestación relevante de esa relación entre ordenamientos se expresa con claridad al recordar que la legislación fiscal es, con frecuencia, la que motiva tanto la estructura del grupo, como algunas de las principales decisiones de gestión que se adoptan en su seno. Tal sucede con las políticas de aprovisionamiento o suministro, con la financiación o con la organización productiva, que encomiendan a cada una de las sociedades una determinada tarea. Con acierto se señala que es la política de fijación de precios dentro del grupo la que determina *“la repartición del activo y el pasivo en el seno de esos grupos”*¹².

11. Como en todo proceso de coordinación o armonización internacional, la Propuesta no ignora la dificultad de pretender conciliar tradiciones jurídicas muy distintas, como son las correspondientes a los

¹² v. *Propuesta*, apdo.10.

ordenamientos de países de tradición civilista, frente a los pertenecientes en el *common law*, si bien se concretan las diferencias relevantes en dos aspectos que podemos definir como clásicos: la gestión o el control del grupo y la responsabilidad de los administradores y directivos.

12. Tampoco han podido quedar fuera de los problemas principales que la Propuesta atisba en su planteamiento inicial, lo que se describe como “conflictos de intereses y la aplicación de un procedimiento único o principal”. A pesar de presentarse vinculados, se trata de cuestiones con una complejidad propia, aún cuando sea fácil encontrar un punto de conexión entre ambos. Si analizamos el primero, lo que se está advirtiendo es que todo concurso en el grupo puede tener en su origen un enfrentamiento entre los intereses vinculados con cada una de las sociedades (los de sus accionistas y acreedores, esencialmente). Pero también que ese conflicto pervive a la iniciación del concurso. Para su ilustración basta con una remisión al interés de los acreedores de la sociedad insolvente por incorporar al concurso a otras sociedades del grupo solventes. Interés abiertamente contrario al de los acreedores de éstas que no aceptarán que sobre el patrimonio suficiente de sus deudoras pueda proyectarse la satisfacción de los créditos de otras filiales. Conflictos que siguen en el caso de una pluralidad de concursos, en especial cuando se afronta su terminación, pues tanto el convenio, como la liquidación pueden dar lugar a disparidades y discrepancias entre las sociedades en concurso y sus acreedores.

13. Para la superación del riesgo de los conflictos señalados ha de considerarse igualmente la existencia de uno o varios procedimientos concursales. La propuesta contempla la aplicación a las sociedades

insolventes del grupo de un procedimiento único o principal, que pudiera servir para un tratamiento conjunto de la insolvencia y un tratamiento paritario de los acreedores de las sociedades deudoras. Procedimiento único o coordinado al que puede llegarse por distintas vías, como enseña la LC, que contempla tanto la declaración conjunta de sociedades insolventes de un mismo grupo (art. 3.5), como la acumulación de procedimientos (art. 25.1), resolviendo además en ambos casos la competencia del juez del lugar de la sociedad dominante (art. 10.4).

14. Un último factor o problema que se apunta es el de la repercusión que el concurso del grupo puede tener para los acreedores y operaciones garantizados. Se trata de hacer compatible un procedimiento concursal que alcance a dos o más patrimonios objeto de una consideración conjunta, con la existencia de privilegios constituidos a favor de determinados acreedores. Permitir a estos acreedores ejercitar de forma separada los derechos sobre los bienes objeto de garantía puede dar lugar a una severa perturbación de la propia utilidad del concurso del grupo.

V.- EL CONTENIDO DE LA FUTURA LABOR DE LA CNUDMI

15. Al proponer la actuación futura en este ámbito, INSOL considera que la CNUDMI es el foro adecuado para llevarla a cabo. Lo es en especial por su experiencia en este terreno, que además de resultados concretos a través de la Ley Modelo¹³ y de la Guía Legislativa¹⁴, ha permitido establecer una red de

¹³ La Ley Modelo ha impulsado la promulgación de distintas leyes basadas en ella, destacando su incorporación al nuevo Capítulo 15 del Código de Quiebras de Estados Unidos, que entrará en vigor el 17 de octubre de 2005: v. *Situación actual de las Convenciones y*

vínculos con Estados, organizaciones y expertos, en cuyo seno se han podido alcanzar acuerdos sobre soluciones técnicas que concilien los divergentes enfoques que en cada uno de los ordenamientos jurídicos viene recibiendo el tratamiento de los grupos. Además, el hecho de que la CNUDMI incluya en su futura agenda este tema sirve de llamada de atención colectiva sobre la importancia de la cuestión. En concreto, como primera medida se propone un estudio detallado de las distintas soluciones existentes actualmente para el tratamiento de los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia, que pudiera incluir una amplia consulta a través de la organización de un próximo coloquio multinacional¹⁵.

16. El proyecto que se propone puede tener como contenido mínimo el

Leyes modelo, 9 de mayo de 2005, A/CN.9/583, p. 19 y *Evolución del régimen de la insolvencia: adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza*, 17 de junio de 2005, A/CN.9/580/Add.2.

v. CLIFT, J., "The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency; a Legislative Framework to Facilitate Coordination and Cooperation in Cross-Border Insolvency", *Tulane Journal of International and Comparative Law* 12 (2004), p. 307 y ss.; SHIDLOWITSKY, L., "Adoption of Chapter 15; a Necessary Step in International Bankruptcy Reform", *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* 10 (2003-2004), p. 171 y ss. y "UNCITRAL Law on Cross-Border Insolvency", *INSOL World, The Quarterly Journal of INSOL International* (3er. trimestre 2004), p. 31 y ss.

¹⁴ COOPER, N., "The UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law; a Success Story", *INSOL World, The Quarterly Journal of INSOL International* (1er. trimestre 2005), p. 3; KLAUSER, A., "UN beschliesst Gesetzesleitfaden zum nationalen Insolvenzrecht; der UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law", *Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz* 1 (2005), p. 26 y ss.; LAUBSER, A., "Aiding the Development of a New Insolvency Law in South Africa; the UNCITRAL Draft Legislative Guide on Insolvency Law", *South African Mercantile Law Journal* 15 (2003), p. 396 y ss.; SANDERSON, R./COOPER, N., "United Nations Guide on Insolvency Law", *INSOL World, The Quarterly Journal of INSOL International* (3er. trimestre 2004), p. 22 y "Le guide législatif de la CNUDMI sur le droit de l'insolvabilité; vers l'harmonisation du droit de la faillite?", *Recueil Dalloz* 180 (2004), p. 2420 y ss.

¹⁵ Acerca de iniciativas similares y precedentes, v. GUILARTE GUTIERREZ, A., "Quinto coloquio judicial UNCITRAL-INSOL, sobre insolvencia transfronteriza", *RDBB* 95 (2004), p. 256 y ss.

estudio de soluciones relativas a dos cuestiones de gran relevancia. En primer lugar, una propuesta legislativa que permita lo que se describe como *“la no aplicación o el apartamiento del principio de la separación de entidades”*, es decir, la consideración unitaria del grupo en el orden jurídico-patrimonial. En segundo lugar, como corolario de la anterior, habría de abordarse la cuestión de la integración patrimonial de las sociedades de un grupo facilitando *“la formación de un fondo común del activo y el pasivo”*. Desde la perspectiva que ofrece el ordenamiento español no cabe duda de que ambos puntos tienen un significado extraordinario.

17. Además de ese contenido mínimo, INSOL propone que el proyecto podría afectar a otro tipo de cuestiones susceptibles también de merecer directrices en la labor que desarrolle la CNUDMI. Estos puntos adicionales arrancan de los que ya se han apuntado y de la posición favorable que se adivina a favor de un tratamiento unitario del grupo en la insolvencia. INSOL menciona la conveniencia de adoptar medidas orientativas en los siguientes extremos: (i) autorizar al representante de la insolvencia de la sociedad matriz (representante que pudiera ser el Juez o, principalmente, los administradores concursales) la adopción o dirección de medidas que alcancen a la sociedad filial también insolvente; con ello se mantendría una suerte de jerarquía o dependencia societaria también en el concurso, aún cuando la titularidad del poder de control se trasladaría desde los administradores de la matriz, a los órganos concursales; (ii) el tratamiento de la insolvencia del grupo en varias jurisdicciones; la experiencia ya ha demostrado la importancia que cobra desde ese punto de vista el concepto del centro de los intereses principales (cfr. art. 10 LC); es también merecedora de ser destacada la experiencia que ya

recogen algunos documentos de la CNUDMI¹⁶ sobre los protocolos transfronterizos convenidos entre los tribunales de Estados ante los que se venían desarrollando insolvencias transfronterizas; (iii) el reconocimiento de acciones específicas que pueden ejercitar los administradores concursales para dejar sin efecto aquellas operaciones intra grupo que impliquen un perjuicio para los acreedores; (iv) finalmente, nada menos que la posibilidad de establecer la responsabilidad de la sociedad dominante por las deudas de una filial insolvente. En suma, lo que se advierte es que estamos ante un proyecto sumamente ambicioso puesto que desde un principio propone afrontar y resolver algunos de los problemas fundamentales de la insolvencia de grupos.

VI.- ALGUNOS APUNTES DESDE LA GUÍA LEGISLATIVA

18. Quedó indicado que el tratamiento de los grupos ya había merecido atención en el capítulo V, apartado C de la Guía Legislativa. Allí se partía de la insolvencia de grupos como un supuesto frecuente y de la insatisfacción que conllevaba el tratamiento como personas jurídicas independientes de las distintas sociedades vinculadas. La Guía comenzaba detectando problemas “*complejos y difíciles de resolver*”, apreciación que se repite en varios pasajes alertando de la importancia de las distintas cuestiones. El tratamiento autónomo de las sociedades del grupo puede resultar contradictorio allí donde ha existido un poder de dirección efectivo por parte de la sociedad dominante, así como cuando los fondos de una sociedad no pueden utilizarse

¹⁶ v. AC/CN.9/580, p. 5 y ss.

para satisfacer las deudas contraídas por otra sociedad vinculada o dependiente, o en el caso en el que ha sido la primera la que ha gestionado directamente a la segunda y cabe incluso considerar que esa gestión es la que ha desencadenado en el concurso. Por último, nos encontramos con la enunciación del problema que supone la intrincada estructura de algunos grupos, que determina la dificultad de definir con qué empresa del grupo en concreto se habían vinculado los acreedores.

19. Al abordar la cuestión del tratamiento unitario –que como tantos otros temas es definido por la Guía Legislativa como “*sumamente complejo*”–, se expone la diferencia existente entre los regímenes que optan a favor o en contra de ese tratamiento, del que se dice que implica levantar “*el velo de la responsabilidad limitada (veil of incorporation)*”¹⁷. En algunos casos se dice que se aplica un criterio restrictivo, primando la personalidad jurídica y la autonomía patrimonial de las sociedades como regla general. En otros, que ya hemos apuntado en anteriores apartados de esta nota, se remite a la decisión jurisdiccional la solución, dando lugar este modelo a una gran diversidad de supuestos. En ambos modelos aparece como característica común la de tomar en consideración la naturaleza de la relación entre la sociedad insolvente y las demás sociedades del grupo, con particular atención a la titularidad del poder de control y administración de la primera.

20. La Guía se hace eco de los pros y contras del tratamiento unitario del grupo ante la insolvencia de uno o más de sus integrantes. A favor de ese tratamiento se señala que su acogimiento normativo implicará un incentivo para la supervisión en el grupo de las actividades de cada una de sus filiales y

¹⁷ Apartado 84 de la Guía.

para la reacción inmediata ante las dificultades financieras graves. Suponemos que esa reacción inmediata consistirá bien en la aportación por el grupo de nuevos recursos que permitan superar las dificultades o en la oportuna iniciación del procedimiento concursal. En contra de la adopción legislativa de esa solución unitaria se apunta el daño que puede suponer para la financiación de las sociedades, toda vez que resultará difícil delimitar los riesgos u obligaciones atribuibles a cada sociedad. La Guía alerta sobre el considerable grado de incertidumbre que conllevaría dejar en manos de la decisión judicial, en cada caso concreto, la determinación de a quién hacer responsable por las deudas sociales. Riesgo que no sólo se plantea en el marco de una insolvencia previsible o efectiva, sino en situaciones de normalidad. Téngase en cuenta que la eventualidad de que una sociedad del grupo llegue a responder por las obligaciones de otra, ha de tener la correspondiente cobertura contable (en la sociedad deudora y en la que, sin serlo, responderá de la deuda).

21. El futuro régimen de la insolvencia debe de abordar esta cuestión con un detalle suficiente para asegurar una ineludible seguridad jurídica. La Guía formula ese principio y apunta que el tratamiento de los grupos quizás no pase únicamente por decidir de manera directa la responsabilidad del grupo ante la insolvencia, sino por adoptar otras medidas relativas a las relaciones del y entre el grupo en esa situación. Se señala, en ese sentido, la posibilidad de reconocer acciones impugnatorias a los acreedores contra las operaciones entre el grupo y la sociedad insolvente o, también, la subordinación de los créditos del grupo. La Guía habla de personas "*allegadas*", en términos equiparables con la noción de persona especialmente relacionada con el concursado que establece nuestra legislación concursal,

que ya tuvo en consideración las dos medidas propuestas en la Guía en el art. 71.3 LC, dentro de las acciones de reintegración y en el tratamiento como créditos subordinados de aquellos de los que fuera titular alguna de las sociedades del mismo grupo (arts. 92.5 y 93.2, 3º LC).

VII.- RESPONSABILIDAD POR DEUDAS EXTERNAS

22. Son deudas externas las contraídas por la sociedad insolvente y de las que se plantea hacer responsable a las demás sociedades del mismo grupo. La Guía enuncia los supuestos conforme a los que en los distintos ordenamientos se establece esa responsabilidad por deudas: existencia de garantías, operaciones de carácter fraudulento intragrupo o la consideración de que la sociedad insolvente ha actuado como un mero agente de la sociedad dominante.

23. Ahora bien, lo que señala la Guía al recoger sobre todo la construcción jurisprudencial en este punto, es que el tratamiento del grupo como un único sujeto en el orden patrimonial y la consiguiente consolidación sustancial del patrimonio de sus integrantes tienen un carácter instrumental o finalista. Esa decisión se suele adoptar para facilitar la reorganización del grupo o la recuperación de la sociedad insolvente, rechazándose allí donde el efecto puede ser contrario, esto es, que den lugar a la extensión de la insolvencia a otras sociedades del grupo.

24. Aparece aquí la ya apuntada advertencia acerca de los riesgos que la consolidación sustancial del grupo conlleva para los intereses que dice proteger. Invocar a los acreedores muchas veces puede resultar equívoco,

puesto que favorecer a los de una sociedad conlleva el perjuicio para los de la otra. Por eso la Guía dice que los intereses colectivos de los acreedores de las distintas sociedades entrarán en conflicto allí donde la consolidación de los patrimonios de las sociedades deudoras pongan en riesgo el propio fin del procedimiento de insolvencia. Por eso se somete con frecuencia la oportunidad de esa decisión a la determinación del beneficio conjunto de tal medida y de su capacidad de compensar los perjuicios que pudieran sufrir los intereses de algunos acreedores. Dice la Guía que el principio común a favor de la consolidación se expresa en la regla según la que, *“si (el tribunal) no la dicta, los acreedores sufrirían un perjuicio mayor que el que sufrirían las empresas insolventes y los acreedores disconformes”*¹⁸.

25. Es cierto que la consolidación también tiene ventajas desde el punto de vista de los costes del procedimiento. El mantenimiento de procedimientos independientes implica un incremento de los costes y de la duración de los mismos y, subraya la Guía, reduce la masa patrimonial a disposición de los acreedores. Puede llegarse al caso conforme al cual la tramitación separada implique que los accionistas de la sociedad insolvente se beneficien de determinados bienes que escapan a los acreedores de otras empresas del grupo.

26. Como una solución intermedia se habla de la posibilidad de una consolidación parcial. El rasgo característico principal de ésta viene dado por el hecho de que no afectaría a ciertos créditos, que serían satisfechos con determinados activos de la sociedad insolvente. Separación del procedimiento a favor de determinados acreedores que entraña dificultades

¹⁸ v. apartado 90

fácilmente comprensibles y que han dado lugar a una muy escasa difusión de la llamada consolidación parcial.

VIII.- RECAPITULACIÓN

27. Los trabajos que la CNUDMI ha desarrollado hasta el momento presente en el ámbito de la insolvencia han registrado estimables resultados. Parece que lo que ahora se está proponiendo es la iniciación de una etapa que suponga abordar aspectos específicos de la insolvencia, especialmente importantes desde una perspectiva internacional y para los que la existencia de un Derecho uniforme se percibe como una clara necesidad. Tal sucede con el tratamiento de la insolvencia de los grupos. La propuesta de INSOL no ignora la complejidad de su invitación a la CNUDMI para que ésta se adentre en un terreno plagado de dudas y problemas. Pero creemos que es una invitación oportuna y que la CNUDMI debe aceptar iniciando los trabajos correspondientes, cuya culminación ha de conllevar un mayor grado de seguridad jurídica y de eficiencia en los procedimientos concursales que afecten en dos o más Estados a un mismo grupo de sociedades.