

REFLEXIONES ACERCA DE LA REGULACIÓN DE LA INSOLVENCIA DE LOS GRUPOS INTERNACIONALES DE SOCIEDADES EN LA UNIÓN EUROPEA*

Laura García Gutiérrez**

Resumen: A pesar de que los grupos de sociedades son una forma de organización empresarial muy común en la práctica internacional actual, no existe una regulación adecuada de las situaciones de insolvencia en que pueden verse incursos. Los planteamientos de los que puede partirse para su regulación son: la separación de procedimientos, la consolidación procesal, la consolidación sustantiva y la cooperación procesal. Las medidas de consolidación exigirían la adopción de una definición de COMI para todo el grupo. Mientras se llega a un acuerdo sobre la definición de ese ECOMI, lo más adecuado es avanzar hacia medidas de cooperación procesal, favorecidas mediante la adopción de protocolos consensuados. La Propuesta de la Comisión Europea de nuevo Reglamento de Insolvencia de 2012 avanza en la línea de la cooperación procesal, descartando mecanismos de consolidación más allá de los procesales en supuestos en que exista CJI en relación con todas las sociedades del grupo.

Palabras clave: Insolvencia; Grupos de sociedades; Derecho Internacional Privado; Reglamento UE sobre procedimientos de insolvencia.

Abstract: Although corporate groups are a very common form of business organization in the current international practice, there is no appropriate regulation of the insolvency situations in which they may incur. The approaches that can be used for their regulation are: separation of procedures, procedural consolidation, substantive consolidation and procedural cooperation. Consolidation measures would require the adoption of a definition of COMI for the entire group. While agreement is reached on the definition of that ECOMI, it is best to move towards judicial cooperation measures, favored by the adoption of consensual protocols. The European Commission Proposal for a new Regulation on Insolvency Proceedings 2012 moves towards procedural cooperation, disregarding consolidation mechanisms beyond procedural ones where the same State has jurisdiction over all companies of the same group.

Keywords: Insolvency; Groups of companies; Private International Law; EU Regulation on Insolvency Proceedings.

* Fecha de recepción: 15 de octubre de 2014.

Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2014.

Este artículo se enmarca en el proyecto de investigación DER 2012-36806, "Dimensión internacional del concurso de acreedores: nuevas perspectivas y soluciones", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

** Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad Autónoma de Madrid, laura.gutierrez@uam.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA REGULACIÓN DE LA INSOLVENCIA DE LOS GRUPOS INTERNACIONALES DE SOCIEDADES: LOS CUATRO PLANTEAMIENTOS TEÓRICAMENTE POSIBLES; III. LA SITUACIÓN EN EL MARCO DEL REGLAMENTO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA; IV. LAS RECOMENDACIONES FORMULADAS EN LA GUÍA DE LA COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL; V. LA EXPERIENCIA DE LOS PAÍSES ANGLOSAJONES: LOS PROTOCOLOS NEGOCIADOS ENTRE LAS PARTES AFECTADAS; VI. CONCLUSIONES; VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, predominan en la práctica los grupos de sociedades como forma de organización de los operadores económicos. La mayor parte de las grandes empresas no son entidades individuales, sino grupos.

Los grupos de sociedades son formas de organización empresarial en las que una pluralidad de entidades jurídicas separadas se somete a una dirección económica unitaria¹. Nos encontramos, por tanto, ante varias entidades con personalidad jurídica propia que, como consecuencia de un pacto contractual o de una situación fáctica, operan en el mercado de acuerdo con una política empresarial unificada. Estas estructuras pueden operar como grupos por subordinación o como grupos por coordinación, en función de la existencia o no de una relación de dominación o dependencia entre las sociedades que integran el grupo².

En el Derecho español, no existe una regulación sistemática de esta figura³. Falta un concepto de grupo y una visión global del mismo. En el art. 42 del Código de Comercio se incluye una definición restringida, a los efectos de establecer la obligación de presentar cuentas consolidadas. Asimismo, existe una regulación sectorial en dife-

¹ ANTUNES, J. E., *Liability of Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, EU and German Law. An International and Comparative Perspective*, Kluwer, Deventer, 1994, p. 158; ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L., *Derecho de grupos de sociedades*, 2ª ed, Thomson/Civitas, 2009, p. 88; FERNÁNDEZ MARKAIDA, I., *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*, Edersa, Madrid, 2001, p. 32; MIGUENS, H. J., *Extensión de la quiebra y responsabilidad en los grupos de sociedades*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 44-45; SÁNCHEZ CALERO, F./SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 36ª ed, 2013, p. 307.

² KEUTGEN, G. *Le droit des groupes de sociétés dans la CEE*, Bruylant, Bruselas, 1973, pp. 31 y ss. y pp. 58 y ss; MIGUENS, H. J., *Extensión de la quiebra...*, *op. cit.* nota 2, p. 54. EMBID IRUJO prefiere distinguir entre grupos en los que existe un vínculo jerárquico y grupos en los que se da un vínculo paritario. *Vid.* “Ante la regulación de los grupos de sociedades en España”, *RDM*, 284/2012, p. 37. La mayoría de los grupos societarios lo son por subordinación (*vid.* ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L., *Derecho de grupos...*, *op. cit.* nota 2, p. 101).

³ ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L., *Derecho de grupos...*, *op. cit.* nota 2, p. 27; LÓPEZ APARCERO, A., “Grupo de sociedades y concurso”, *ADCo*, 26/2012, p. 253; SEBASTIÁN QUETGLAS, R., *El concurso de acreedores de grupos de sociedades*, Aranzadi, 2009, p. 39.

rentes leyes especiales. En primer lugar, se ocuparon de ella leyes fiscales y laborales⁴ y, posteriormente, leyes mercantiles, como la ley de cooperativas⁵. No obstante, el nuevo Código Mercantil, cuyo Anteproyecto de Ley se aprobó en el Consejo de Ministros del 30 de mayo del presente año, ya incluye más normas generales sobre grupos e incorpora una definición más amplia de los mismos⁶. Con ello, nos aproximaremos en cierta medida a otros países de nuestro entorno que sí han efectuado una regulación sistemática de los grupos de sociedades, como Alemania, Portugal, Hungría o Italia.

A este respecto, es importante poner de relieve que, a pesar de lo habituales que son en la práctica estas estructuras⁷, dado que permiten aprovechar las economías de escala⁸, no se ha producido una armonización de la regulación de las mismas en el seno de la Unión Europea (en adelante, UE). Tampoco parece que a corto plazo esta regulación común se vaya a llevar a cabo.

Desde el punto de vista del presente trabajo, nos interesan los grupos de sociedades a que nos venimos refiriendo cuando se desbordan las fronteras nacionales. Casi todas las empresas de un cierto tamaño se constituyen en grupos de sociedades para operar internacionalmente⁹. Se trata, por lo tanto, de grupos en los que las distintas sociedades que los integran están domiciliadas en diferentes Estados. Típicamente, hay al menos una entidad por cada país en el que opera el grupo. A este respecto, nos ocuparemos, en particular, de la regulación de las situaciones de insolvencia que pueden afectar a dichos grupos, cuyas dificultades se han ido poniendo especialmente de manifiesto como consecuencia de la actual crisis económica¹⁰.

⁴ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “Los grupos de sociedades en Derecho español”, *RDM*, 1996, pp. 457 y ss; FERNÁNDEZ MARKAIDA, I., *Los grupos...*, *op. cit.* nota 2, p. 207.

⁵ Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas. En su art. 78, se plasma con claridad la idea de la dirección unitaria como elemento definitorio del grupo, como han indicado, entre otros, ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L., *Derecho de grupos...*, *op. cit.* nota 2, p. 86; EMBID IRUJO, J. M., “Ante la regulación...”, *op. cit.* nota 3, p. 33; y FERNÁNDEZ MARKAIDA, I., *Los grupos...*, *op. cit.* nota 2, p. 217.

⁶ Arts. 291-1 a 291-37 del Anteproyecto de Ley.

⁷ Así, por ejemplo, en la UE, las sociedades tienden a operar a través de filiales más que de sucursales. *Vid.* Doc. SWD (2012) 416 final, *Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Document Revision of Regulation (EC) No 1346/2000 on Insolvency Proceedings doc COM (2012) 744 final*, p. 28.

⁸ En efecto, la cooperación y la concentración que se produce en el caso de los grupos, implican un incremento de la producción reduciendo los costes. Además, también se concentra el I & D y se favorece la integración de los mercados (*vid.* KEUTGEN, G., *Le droit des groupes...*, *op. cit.* nota 3, p. 5).

⁹ Por ejemplo, el grupo Parmalat operaba en más de treinta países a través de más de cien entidades. De hecho, un grupo bien organizado se estructura utilizando subgrupos de sociedades en cada país. Por ejemplo, en el grupo Daisytek había siete personas jurídicas para sus operaciones en Estados Unidos, doce para Reino Unido, tres para Alemania y una para Francia (*vid.* BUFFORD, S. L., *United States International Insolvency Law*, Oxford University Press, 2008-2009, pp. 557-558).

¹⁰ BELLISIMO, J. J./POWER JOHNSTON, S., “Cross-border Insolvency Protocols: Developing an International Standard”, *Norton Ann. Rev. of Intl. Insolvency*, 2010, Art. 2.

Por consiguiente, lo que nos proponemos es analizar cuál sería la fórmula más adecuada para regular la insolvencia de los grupos internacionales de sociedades. Para ello, partiremos de explicar las distintas posibilidades de regulación de este fenómeno que se presentan *de lege ferenda*. Después, pasaremos a estudiar qué reflejo han tenido en el Reglamento de la UE sobre procedimientos de insolvencia¹¹ (en adelante, RPI) y en la Propuesta de la Comisión Europea de reforma del mismo¹². Asimismo, valoraremos la regulación que se propone para la insolvencia transfronteriza de los grupos de sociedades en la Guía elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI). En tercer lugar, nos referiremos a los Protocolos en materia de insolvencia transfronteriza que se han venido utilizando típicamente en los países anglosajones. Y, finalmente, formularemos unas conclusiones en las que haremos hincapié en cuál es la solución que nos parece más adecuada.

II. LA REGULACIÓN DE LA INSOLVENCIA DE LOS GRUPOS INTERNACIONALES DE SOCIEDADES: LOS CUATRO PLANTEAMIENTOS TEÓRICAMENTE POSIBLES

A la hora de regular la insolvencia de los grupos internacionales de sociedades se pueden adoptar cuatro modelos de regulación¹³. Estos cuatro modelos teóricamente posibles son: la separación de procedimientos, la consolidación procesal, la consolidación sustantiva y la cooperación procesal. A continuación, explicaremos en qué consiste cada uno de ellos.

La separación de procedimientos es el planteamiento más extendido en la actualidad en el ámbito internacional¹⁴. Supone mantener que, a pesar de que económicamente los grupos de sociedades suelen actuar como una sola empresa, difuminándose así las fronteras nacionales, desde el punto de vista jurídico y, en particular en las situaciones de insolvencia¹⁵, debe efectuarse un estricto tratamiento entidad por entidad con personalidad jurídica. Ello supone, a la postre, el desmantelamiento del grupo en las situaciones de insolvencia. Es decir, ignorar la estructura grupal en el concurso.

La idea es que, al carecer el grupo de personalidad jurídica, no debe llevarse a cabo un tratamiento conjunto en el ámbito de la insolvencia. Para explicar este planteamiento regulativo suele utilizarse la máxima “una persona, un patrimonio, un concurso”¹⁶.

¹¹ Reglamento (CE) núm. 1346/2000, de 29 de mayo de 2000.

¹² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia: Doc. COM (2012)744 final.

¹³ En este mismo sentido, *vid.* MCCORMACK, G., “Reforming the European Insolvency Regulation: A Legal and Policy Perspective”, *Journal of Private International Law*, 1/2014, pp. 56 y ss.

¹⁴ MOSS, G., “Group Insolvency – Choice of Forum and Law: the European Experience under the influence of English Pragmatism”, *Brooklyn Journal of International Law*, 32/2007, p. 1005.

¹⁵ *Vid.* esta misma idea en CLIFT, J., “Treatment of Enterprise Groups in Insolvency: the UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law”, *Norton Ann. Rev. of Intl. Insolvency*, 2011, p. 11.

¹⁶ ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *Procedimientos de insolvencia y grupos multinacionales de sociedades*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 41.

De acuerdo con este planteamiento, se abriría pues una multiplicidad de procedimientos concursales; tantos como sociedades del grupo se encuentren en situación de insolvencia. Ello supone, evidentemente, un incremento notable de los costes procesales¹⁷. Piénsese, por ejemplo, en la insolvencia del grupo Enron, que tenía miles de filiales, la del grupo Maxwell, que contaba con más de cuatrocientas filiales o en la insolvencia del grupo Lehman Brothers, cuya matriz estaba en Nueva York, pero tenía ochenta filiales en dieciséis países diferentes.

Por otra parte, se dificulta la optimización del reparto de los activos del grupo, si el procedimiento es de liquidación, y, cuando se pretenda una reestructuración, se complica la posibilidad de alcanzar la mejor solución posible para el grupo en su conjunto.

Debe tenerse en cuenta, además, que cuando los grupos atraviesan situaciones de insolvencia, ésta no suele afectar a entidades aisladas¹⁸. En los casos individuales, los problemas suelen poder afrontarse a través del grupo. Lo más común es, por consiguiente, que se produzca una situación generalizada de insolvencia de varias o todas las sociedades del grupo.

Parece pues que el planteamiento basado en la separación de procedimientos reflejaría la profunda contradicción entre el carácter económico unitario y el carácter jurídico pluralista del grupo internacional de sociedades¹⁹. Lo cual podría estar motivado por el deseo de los Estados de no ceder soberanía en el ámbito de la insolvencia. Como ha señalado algún autor²⁰, además, la idea de la autonomía patrimonial de la que parte esta postura sería ficticia, pues cierta confusión patrimonial es inherente al funcionamiento de los grupos.

Entre las razones que suelen aducirse para justificar la separación de procedimientos se encuentra la idea de proteger las expectativas de los acreedores frente a su posible desconocimiento de la estructura interna del grupo. Desde nuestro punto de vista, este argumento habría perdido peso en la actualidad, en un mundo con tanta información y tan globalizado como el nuestro. Frente a ello, otros argumentos a los que nos hemos referido anteriormente como la economía procesal o la buena administración de justicia, sobre todo en los casos de reorganización, habrían ido adquiriendo poco a poco un mayor peso.

Por lo tanto, a nuestro juicio, la separación radical de procedimientos sólo tendría sentido respecto de aquellas sociedades del grupo que operaran con cierta autonomía dentro del mismo²¹.

¹⁷ En este mismo sentido, *vid.* MEVORACH, I., *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, Oxford Univ. Press, 2009, p. 209; MOSS, G., “Group Insolvency...”, *op. cit.* nota 15, p. 1008.

¹⁸ En este mismo sentido, *vid.* BUFFORD, S. L., “Centre of Main Interests, International Insolvency Case Venue and Equality of Arms. The Eurofood Decision of the European Court of Justice”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, 27/2007, p. 407.

¹⁹ BODE, M., *Le groupe international de sociétés*, Peter Lang, 2010, p. 23.

²⁰ ANTUNES, J. E., *Liability of...*, *op. cit.* nota 2, p. 80.

²¹ *Vid.* esta misma idea en BUFFORD, S. L.: “International Insolvency Case Venue in the European Union: the Parmalat and Daisytek Controversies”, *Columbia Journal of European Law*, 12/2006, p. 466.

Una segunda posibilidad que se presenta teóricamente a la hora de regular la insolvencia de los grupos internacionales de sociedades es la que denominaremos consolidación procesal²². Se trata de permitir la acumulación de procedimientos de insolvencia relativos a distintas sociedades del grupo ante un mismo órgano jurisdiccional. Ello podría ir acompañado, además, del nombramiento de un único administrador concursal para todos los procedimientos.

En este planteamiento, no se unifican las masas activas y pasivas de los concursos, respetándose así la autonomía patrimonial de las distintas sociedades, pero podría conocer de todos ellos un mismo juez. Ello supondría una disminución de los costes asociados a la apertura de una multiplicidad de procedimientos en diferentes Estados y permitiría que la información fluyera con mayor facilidad entre todos los procedimientos²³.

No obstante, este planteamiento no estaría exento de problemas. La principal cuestión que habría que resolver para que este modelo resultara operativo sería qué órgano jurisdiccional sería competente para conocer de los procedimientos²⁴. Ello supondría formular una regla sobre la determinación del centro de intereses principales (en adelante, COMI) del grupo. Lo que se ha denominado por algunos autores el ECOMI²⁵. A este respecto, la mayor parte de los defensores de este planteamiento, se muestra partidaria de que conozca el juez del COMI de la matriz²⁶. Desde nuestro punto de vista, esta regla solucionaría el problema de la competencia judicial internacional (en adelante, CJI) en la mayoría de los supuestos. Quedarían fuera todos aquellos casos en los que la matriz no fuera insolvente. En dichos casos, podría formularse una regla de acuerdo con la cual conociera el juez de la sociedad con mayor pasivo.

Esta solución es la que ha adoptado el legislador español en el ámbito interno para la declaración conjunta de concurso de sociedades del mismo grupo tras la reforma de la Ley Concursal²⁷ (en adelante, LC) operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Esta Ley introdujo en la Ley Concursal española un nuevo Capítulo III en el Título I con la rúbrica “Los concursos conexos” (arts. 25, 25 bis y 25 ter LC)²⁸. Además, la Ley Concursal espa-

²² Explicado, por ejemplo, por B. WESSELS en : “Insolvency of Groups of Companies: The Present Debate in Europe”, *Norton Ann. Rev. of Intl. Insolvency*, 3/2012, p. 21.

²³ En este mismo sentido, *vid.* BODE, M., *Le groupe international...*, *op. cit.* nota 20, p. 489.

²⁴ En este mismo sentido, *vid.* MEVORACH, I., *Insolvency within Multinational...*, *op. cit.* nota 18, p. 70 y p. 328.

²⁵ *Vid.* por ejemplo, MEVORACH, I., “The «Home Country» of a Multinational Enterprise Group Facing Insolvency”, *Norton Ann. Rev. of Intl. Insolvency*, 3/2012, pp.16 y ss.

²⁶ *Vid.* por ejemplo, BODE, M., *Le groupe international...*, *op. cit.* nota 20, pp. 491-492; CLIFT, J., “Treatment of Enterprise...”, *op. cit.* nota 16, p. 24 o PETER, H., “Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: When and How?”, en PETER, H./JEANDIN, N./KILBORN, J., *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, Schulthess, 2006, p. 209.

²⁷ Ley 22/2003, de 9 de julio.

²⁸ Un estudio exhaustivo de la regulación de los concursos conexos en el Derecho español, incluido el supuesto de los grupos de sociedades, puede encontrarse en FLORES SEGURA, M., *Los concursos conexos*, tesis inédita, Universidad Autónoma de Madrid, 2013.

ñola también prevé la acumulación a posteriori de concursos ya abiertos sobre sociedades del mismo grupo. En ese caso, también se prevé la competencia del tribunal del COMI de la matriz y, si ésta no estuviera incurso en un procedimiento de insolvencia, del juez que primero hubiera conocido del concurso de cualquiera de las sociedades del grupo.

Una solución similar podría adoptarse en los supuestos internacionales, pero es cierto que podría plantear importantes problemas prácticos. Por ejemplo, habría que contar con el dato de que muchos grupos de sociedades que operan en la UE tienen su matriz en Estados Unidos. La participación en los procedimientos se volvería excesivamente costosa para muchos acreedores. Algunas veces podría también resultar complicado determinar cuál es la sociedad matriz²⁹.

Otros problemas que plantea la consolidación procesal se refieren a la unificación de la administración concursal. Por un lado, ser el único administrador de varios (en ocasiones, muchos) procedimientos podría resultar un trabajo ingente y que requiriera una gran cualificación profesional. Esta carga de trabajo, sin embargo, podría verse disminuida si lo que se previera fuera el nombramiento de un coordinador de los administradores concursales de los distintos procedimientos, como veremos más adelante que se propone en la Posición en primera lectura del Parlamento Europeo de 5 de febrero de 2014. Esta opción evitaría además otro de los problemas que puede plantear el nombramiento de un administrador único en la cooperación procesal: el conflicto de intereses que puede presentarse en determinadas situaciones a dicho administrador³⁰.

Otra cuestión que surge al hilo de la consolidación procesal es la de cuál sería la ley aplicable a los procedimientos. A este respecto, la doctrina se encuentra dividida entre los que consideran que, con carácter general, la regla de base debería consistir en partir de la aplicación a todos los procedimientos de una misma ley³¹, la *lex fori concursus* y quienes entienden que ciertos aspectos del procedimiento deberían quedar sometidos a la ley del domicilio social de cada filial³². El problema es ciertamente complejo, pues si bien la primera solución parecería resultar en principio más sencilla, la segunda sería más acorde con la protección de las expectativas de todos los afectados por el procedimiento, pero complicaría bastante el trabajo del juez y del administrador concursal.

Por todo ello, parece prudente concluir que, aunque teóricamente la consolidación procesal presenta claros atractivos, las dificultades de su implementación práctica en el plano internacional resultarían evidentes si no se llega a un acuerdo sobre la determinación del ECOMI y de la ley aplicable a los procedimientos.

²⁹ En este mismo sentido, *vid.* BODE, M., *Le groupe international...*, *op. cit.* nota 20, p. 536.

³⁰ BODE, M., *Le groupe international...*, *op. cit.* nota 20, p. 535. También en torno a este problema en los procedimientos meramente internos *vid.* FLORES SEGURA, M., *Los concursos...*, *op. cit.* nota 29, p. 177 y ss.

³¹ *Vid.* por ejemplo, BODE, M., *Le groupe international...*, *op. cit.* nota 20, p. 495.

³² *Vid.* esta idea en BUFFORD, S. L., “International Insolvency Case...”, *op. cit.* nota 22, p. 467.

Estas dificultades también se presentan en el tercer modelo teórico de regulación, que hemos denominado consolidación sustantiva. La diferencia con el planteamiento anterior es que, en este caso, no se mantendrían separadas las masas activas y pasivas de los procedimientos de insolvencia, sino que éstas se integrarían y, por lo tanto, en este caso, la ley aplicable como regla de base sí que sería necesariamente única. En este modelo, se presentaría de nuevo el problema de la determinación del ECOMI, que podría solucionarse en el mismo sentido que hemos propuesto más arriba en el caso de la consolidación procesal. Es decir, acudiendo al COMI de la matriz o, para el caso de que ésta no estuviera inmersa en una situación de insolvencia, al COMI de la sociedad con mayor pasivo.

En la consolidación sustantiva, al integrarse todos los aspectos del procedimiento, el administrador también debería ser único. Pero, a nuestro juicio, en este caso, su tarea no resultaría tan compleja y desaparecerían los conflictos de intereses a los que nos referíamos en el caso de la consolidación procesal, pues se trataría de un procedimiento de insolvencia totalmente unificado.

En relación con este tercer planteamiento, nos parece evidente que no puede defenderse como solución general a los problemas que plantea la insolvencia de los grupos internacionales de sociedades. Principalmente, porque afectaría de plano a los intereses de los acreedores afectados³³: es una solución injusta para aquellos acreedores que tienen que quedar en la misma posición que otros de entidades del grupo menos solventes³⁴. Sin embargo, puede ser la solución más adecuada si todas las partes están de acuerdo en la consolidación³⁵ o para supuestos en los que la confusión patrimonial entre sociedades del mismo grupo sea tal que se complique exageradamente la identificación de los activos y de las obligaciones de cada sociedad³⁶. Por lo tanto, sí nos parece que, para casos excepcionales, ésta podría ser la solución óptima³⁷.

En este sentido, por ejemplo, el legislador español también ha previsto la posibilidad de una consolidación sustantiva, en casos excepcionales, para los supuestos meramente internos. Concretamente, cuando exista “confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados” (art. 25 ter LC).

³³ En este sentido, *vid.* para los supuestos internos, VATTERMOLI, D., “Grupos insolventes y consolidación de patrimonios”, *ADCo*, 24/2011, p. 30.

³⁴ En este sentido, *vid.* CLIFT, J., “Treatment of Enterprise...”, *op. cit.* nota 16, p. 21.

³⁵ En este sentido, *vid.* PETER, H., “Insolvency in a...”, *op. cit.* nota 27, p. 209.

³⁶ *Vid.* esta misma idea en BUFFORD, S. L., “International Insolvency...”, *op. cit.* nota 22, p. 429; VAN GALEN, R., “The European Insolvency Regulation and Groups of Companies”, *INSOL Europe Annual Congress. Cork. Ireland*. Octubre 16-18, 2003, publicado en <http://www.iiiiglobal.org>, p. 15 o ZIEGEL, S., “Corporate Groups and Cross-border Insolvency A Canada-United States Perspective”, *Fordham J. Corp. & Fin. L.*, 7/2002, p. 392.

³⁷ En este mismo sentido, para los supuestos internos, *vid.* PAULUS, C., “Überlegungen zu einem modernen Konzerninsolvenzrecht”, *ZIP*, 44/2005, pp. 1948-1955; PETER, H., “Insolvency in a...”, *op. cit.* nota 27, p. 204.

En el ámbito internacional, también se han dado algunos supuestos de consolidación sustantiva. Por ejemplo, entre sociedades de Estados Unidos y Canadá, como es el caso del asunto Bramalea³⁸. Hay que tener en cuenta que la consolidación sustantiva es un planteamiento bastante extendido en Estados Unidos en el caso de los concursos internos por vía jurisprudencial³⁹. Otro ejemplo es el caso de Australia, donde se denomina *pooling*⁴⁰, y también se admite en casos excepcionales en el Reino Unido⁴¹.

Finalmente, vamos a referirnos a un cuarto planteamiento posible en la regulación de la insolvencia de los grupos internacionales de sociedades: la cooperación procesal. En este modelo, se descartaría la localización de un ECOMI. De tal manera que, en un principio, este planteamiento coincidiría con el de la separación de procedimientos. Determinaríamos el COMI de cada sociedad para atribuir la CJI y cada procedimiento se sometería, en principio, a su propia *lex fori concursus*. Pero, en un segundo momento, la diferencia con el modelo de separación radicaría en que se potenciarían las denominadas tres “ces”⁴²: cooperación, coordinación y comunicación. Esto afectaría no sólo a los administradores concursales, sino también a los jueces⁴³. Se permitirían, por ejemplo, las audiencias conjuntas, la propuesta de planes de reorganización coordinados o la cooperación voluntaria entre síndicos.

Una forma de canalizar este deber de coordinación son los protocolos sobre insolvencia transfronteriza típicos de la práctica anglosajona, a los que nos referiremos más adelante. La cooperación procesal puede evitar la apertura de procedimientos duplicados y facilitar una solución global para la insolvencia de los grupos, sin que se presenten los problemas inherentes a la consolidación procesal: determinación de un único COMI, nombramiento de un único administrador y decisión en torno a la ley aplicable a los distintos procedimientos. En nuestra opinión, este es el acercamiento más realista al problema de la insolvencia de los grupos internacionales de sociedades en la actualidad⁴⁴. Esta cooperación debería

³⁸ Vid. referencia en MEVORACH, I., *Insolvency within Multinational...*, op. cit. nota 18, p. 233 y en ZIEGEL, J. S., “Corporate Groups...”, op. cit. nota 37, p. 385. También explicado por LOPUCKI, L. M., “Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach”, 84/1999, *Cornell L. Rev.*, p. 718.

³⁹ No se prevé expresamente en el *Bankruptcy Code*, pero se apoya en una jurisprudencia asentada. Al respecto, vid. BAIRD, D. G., *Elements of Bankruptcy*, The Foundation Press, Nueva York, 2010, pp. 158 y ss., y “Substantive Consolidation Today”, *Boston College Law Review*, 47/2006, pp. 5-22; BUFFORD, S. L., *United States International...*, op. cit. nota 10, pp. 567 y ss. Datos sobre la *substantive consolidation* en Estados Unidos pueden encontrarse también en WIDEN, W. H., “The Reality of Substantive Consolidation”, *Am. Bankr. Inst. J.*, 26/2007, pp. 14 y ss.

⁴⁰ BUFFORD, S. L., *United States International...*, op. cit. nota 10, p. 570.

⁴¹ MOSS, G., “Group Insolvency...”, op. cit. nota 15, p. 1005.

⁴² OPOLSKY, J., “Court-to-Court Communication and Cross-Border Insolvency Protocols”, *Norton Ann. Rev. of Intl. Insolvency*, 2011, p. 29.

⁴³ En los últimos tiempos se está incrementando la cooperación “espontánea” entre jueces. Sirva como ejemplo el asunto Benq, en el que se dudaba de si debía abrirse el procedimiento en Alemania o en Holanda y se llegó a una solución tras la puesta en contacto de los dos jueces (AG Munich, 5.2.2007 – 1503 IE 4371/07 ZIP 2007, p. 495).

⁴⁴ En este mismo sentido, vid. BODE, M., *Le groupe international...*, op. cit. nota 20, p. 538 o VAN GALEN, R., “The European Insolvency ...”, op. cit. nota 37. También LOPUCKI es partidario de potenciar

combinarse con la consolidación sustantiva para supuestos excepcionales de confusión patrimonial y con la consolidación procesal allí donde ésta sea posible⁴⁵ (al menos cuando de hecho coincida el COMI de distintas sociedades de un mismo grupo).

III. LA SITUACIÓN EN EL MARCO DEL REGLAMENTO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

Tras varias décadas de negociación, el RPI entró en vigor en todos los países de la UE, excepto Dinamarca, el 31 de mayo de 2002⁴⁶. Este Reglamento no tenía como objetivo uniformar los Derechos materiales de los Estados miembros, sino que unificó las normas de dichos Estados sobre CJI, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones y coordinación de procedimientos en materia de insolvencia transfronteriza intracomunitaria⁴⁷

A pesar de que gran parte de las insolvencias a las que se aplica el Reglamento (los concursos intraUE) se refieren a grupos de sociedades⁴⁸, éste no contiene normas sobre grupos. Probablemente, ante la complejidad de esta cuestión, esta omisión respondiera a la intención de evitar que la aprobación del Reglamento se enquistara⁴⁹. Evidentemente, tampoco se regulaba esta cuestión en el Convenio sobre procedimientos de insolvencia de 1995⁵⁰ en el que este Reglamento tiene su origen⁵¹ y del que están tomadas sus reglas.

El Informe explicativo VIRGÓS/SCHMIT hacía hincapié en que la ausencia de normas sobre grupos se justificaba por el hecho de que cada persona jurídica debía considerarse por

la cooperación frente a una posición universalista en la que habría que buscar el *home-country* del grupo. *Vid.* “Cooperation in International...”, *op. cit.* nota 39, p. 696.

⁴⁵ Haciendo hincapié en la necesidad de promover la consolidación de procedimientos siempre que sea posible, *vid. American Law Institute/ International Insolvency Institute, Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases: Report to the ALI*, 30.3.2012, p. 53.

⁴⁶ Art. 47 RPI.

⁴⁷ En efecto, en contra de lo que ocurre en el caso de otros Reglamentos de la UE, como el Reglamento 593/2008 «Roma I», sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Reglamento 864/2007 «Roma II», sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, el RPI no es un Reglamento universal. Sus normas se aplican cuando el COMI del deudor se encuentra situado en la UE (excluida Dinamarca) (*vid.* Considerando 14 RPI). Sobre el ámbito de aplicación del RPI, *vid.* por ejemplo, VIRGÓS SORIANO, M./ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 29 y ss.

⁴⁸ MENJUCQ, M./DAMMANN, R., “Regulation 1346/2000 on Insolvency Proceedings: Facing the Companies Group Phenomenon”, *Business Law International*, 9/2008, p. 146.

⁴⁹ WESSELS, B./MARKELL, B. A./KILBORN, J. J., *International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters*, Oxford University Press, 2009, p. 131.

⁵⁰ BALZ, M., “Das neue Europäische Insolvenzübereinkommen”, *ZIP*, 22/1996, pp. 949 y 503; VIRGÓS SORIANO, M., “The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: An Insider’s View”, *Forum international*, 25/1998, p. 14.

⁵¹ Este Convenio no llegó a entrar en vigor debido a que el Reino Unido no lo firmó. No obstante, su Informe explicativo sigue siendo una herramienta útil para la interpretación del RPI.

separado a la hora de determinar su COMI⁵². Un planteamiento que parece entroncar con la teoría de la separación estricta de procedimientos a la que nos hemos referido anteriormente. Este planteamiento, según el citado Informe, sólo se vería modificado si se aprobaba una normativa sobre grupos de sociedades en la UE que determinara una interpretación en otro sentido.

No obstante, la ausencia de normas expresas sobre esta cuestión intentó ser suplida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Así, algunos autores defendieron que ni la consolidación de procedimientos, ni la cooperación procesal quedaban excluidas por el Reglamento. Por lo que se refiere a la consolidación, ésta sí sería posible, aunque quedaría limitada por el RPI a los supuestos en los que se dieran dos condiciones previas⁵³. Primero, el tribunal que fuese a llevar a cabo la consolidación debía tener atribuida CJI sobre cada una de las sociedades afectadas, de acuerdo con las reglas sobre competencia del Reglamento. Es decir, el COMI de todas las sociedades involucradas debía estar localizado en ese mismo Estado miembro. Y segundo, la consolidación debería ser posible de acuerdo con la ley del foro.

Respecto de la coordinación de procedimientos, diversos autores proponían una interpretación analógica de las normas del Reglamento que regulan la coordinación entre el procedimiento principal y los procedimientos secundarios⁵⁴, para extender su aplicación a los distintos procedimientos principales sobre las sociedades insolventes del grupo⁵⁵. Solución difícil de implementar en la práctica si tenemos en cuenta que en el caso de los grupos de sociedades todos los procedimientos implicados serían principales y, sin embargo, las reglas de coordinación del RPI estaban pensadas para una relación procedimiento principal *versus* procedimiento/s secundario/s. No obstante, este tipo de planteamientos ponía ya de manifiesto la existencia de una necesidad de coordinación de los procedimientos concursales de sociedades de un mismo grupo. Coordinación que no sólo debía corresponder a los administradores concursales, como indica el art. 31 RPI, sino también a los jueces⁵⁶.

En cuanto a la jurisprudencia, los tribunales ingleses fueron los primeros que promovieron un tratamiento global de los procedimientos de insolvencia de los grupos de sociedades. Para ello, efectuaban una determinación del ECOMI atendiendo a las denominadas

⁵² WESSELS, B., “International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, In Particular Against (Groups of) Companies”, Working Papers Series, Institute for Law and Finance, Johann Wolfgang Goethe University, publicado en <http://www.iiiiglobal.org>.

⁵³ En este sentido, VIRGÓS SORIANO, M., “The 1995 European...”, *op. cit.* nota 51, p. 14; VIRGÓS SORIANO, M./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Comentario al Reglamento...*, *op. cit.* nota 47, p. 34, n. marg. 31 y p. 54 n. marg. 62.

⁵⁴ Arts. 30 y ss. RPI.

⁵⁵ *Vid.* por ejemplo, VIRGÓS SORIANO, M./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Comentario al Reglamento...*, *op. cit.* nota 48, p. 55 n. marg. 63.

⁵⁶ *Vid.* esta misma idea en BODE, M., *Le groupe international...*, *op. cit.* nota 20, p. 544; y EHRICKE, U., “Die neue Europäische Insolvenzordnung und grenzüberschreitende Konzerninsolvenzen”, *EWS*, 2002, p. 103.

“*head-office-functions*”⁵⁷. Esto es, aglutinaban el tratamiento de la insolvencia de todas las entidades sometidas a una misma administración en el mismo Estado. Se trataba de localizar el Estado desde el cuál se adoptaban las decisiones más relevantes o estratégicas relativas a la administración, a la planificación financiera y el marketing del grupo y no a su gestión ordinaria. De esta forma se efectuaba una consolidación, a veces procesal y otras veces incluso sustantiva, de los procedimientos de insolvencia sobre las sociedades del mismo grupo. Así ocurrió, por ejemplo, en los asuntos Enron⁵⁸, BRAC Rent-A-Car⁵⁹, Daisytek⁶⁰, Rover⁶¹, Crisscross Telecommunications⁶² y Collins & Aikman⁶³.

Algún autor llegó a calificar de “imperialista”⁶⁴ esta forma de proceder de los tribunales británicos. Pero lo cierto es que esta tendencia pronto se extendió también a la Europa continental. Así, cabe mencionar, por ejemplo, el asunto Eurotunnel⁶⁵ o el asunto EMTEC⁶⁶.

Sin embargo, cuando la cuestión llegó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) éste no se mostró partidario de un tratamiento global de la insolvencia de los grupos. En efecto, en el año 2006, en el asunto Eurofood IFSC⁶⁷, el Tribunal rechazó la idea de localizar un ECOMI para todo un grupo. Ni siquiera el dato de que una filial fuera controlada al 100% por la matriz le pareció suficiente para destruir la presunción a favor de la competencia de los tribunales del domicilio social de la filial. El Tribunal dio mayor peso al lugar donde se lleva a cabo la actividad empresarial de la filial de una forma perceptible para los terceros, frente a la idea de las “*head-office-functions*”. Por consiguiente, el mero hecho de que una sociedad sea parte de un grupo no le parece suficiente al TJUE para destruir la presunción a favor del domicilio social de la filial para determinar el COMI⁶⁸.

⁵⁷ También se ha llamado a esta aproximación a la insolvencia de los grupos la “*mind of management theory*”. Vid. HESS/OBERHAMMER/PFEIFFER External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings, p. 235.

⁵⁸ High Court of England and Wales (Ch) Enron Directo SA, unreported (vid. información en <http://www.iiiglobal.org>). Al respecto, vid. HIGHTOWER, J., “The Consolidation of the Consolidations in Bankruptcy”, *Georgia Law Review*, 38/2003, pp. 459-488.

⁵⁹ High Court of England and Wales (Ch) Re BRAC Rent-A-Car International Inc (2003) 2 *All ER* 201.

⁶⁰ High Court of England and Wales (Ch) Re Daisytek-ISA Ltd and others, *Bankruptcy and Personal Insolvency Reports* (2004), p. 30.

⁶¹ High Court of Justice (Chancery Division Birmingham) 18.4.2005, confirmada por otra sentencia de 11.5.2005.

⁶² High Court of London, Chancery Division, 20.5.2003.

⁶³ High Court of Justice (Chancery Division Companies Court) 15.7.2005, [2005], *EWHC* 1754, [2006] B.C.C. 606 (Eng).

⁶⁴ Esta calificación fue utilizada por el profesor PAULUS en la Conferencia INSOL Europe en Cork de 2003. Más adelante prefirió hablar de soluciones “pragmáticas” en el II Congreso Anual sobre Insolvencia en Alemania (Berlín).

⁶⁵ Cour Com. Paris. 2.8.2006, INSOL EIR-case Register Nr.142. Vid. también el as. Hettlage, AG Munich 4.5.2004, IE 1276/04, *ZInsO* 2004, p. 691 o el as. Hulka Werke, AG Offenburg, 2.8.2004, *NZI*, 2004, p. 673.

⁶⁶ TC Nanterre, 14 y 15.2.2006, *D.* 2006, p. 651.

⁶⁷ Sentencia de 2.5.2006, As. C-341/04.

⁶⁸ Vid. esta idea en ARMOUR, J., “Abuse of European Insolvency Law? A Discussion”, en FERIA, R. DE LA/VOGENAUER, S., *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law*, Hart, 2011, p. 159.

Esta decisión del TJUE, sin embargo, no ha frenado que en la práctica los tribunales hayan seguido dando un tratamiento global a la insolvencia de los grupos; solución que es más ventajosa desde el punto de vista económico y puede permitir la reestructuración de grupos de sociedades muy integradas⁶⁹. Sirvan como ejemplo el asunto Lennex⁷⁰ o al asunto Belvédère⁷¹, posteriores a Eurofood.

En el año 2011, en un caso en el que se presentaba una confusión de patrimonios (el asunto Rastelli⁷²), el TJUE negó la posibilidad de extender el procedimiento de insolvencia abierto contra la entidad Mediasucre en Francia a la sociedad Rastelli, con domicilio social en Italia, por no situarse el COMI de la segunda en Francia. La confusión de patrimonios, de acuerdo con la opinión del Tribunal, no podría dar lugar a la destrucción de la presunción a favor del domicilio social a la hora de determinar el COMI, salvo que se demostrara que la administración de la sociedad, de forma perceptible por los terceros, se llevaba a cabo desde un Estado distinto. Esta decisión no parece favorecer tampoco la idea de la consolidación sustantiva en supuestos de confusión patrimonial.

Desde luego, lo que esta situación ponía de manifiesto era la necesidad de abordar el tema de la insolvencia de los grupos internacionales de sociedades al hilo de la reforma del RPI.

De acuerdo con el artículo 46 del RPI, la Comisión Europea debía presentar un Informe sobre la aplicación del Reglamento antes del 1 de junio de 2012 y, después, cada cinco años. Este Informe debía ir acompañado, de ser preciso, de una Propuesta de modificación del Reglamento. La Comisión presentó su Informe el 12 de diciembre de 2012⁷³ y, en la misma fecha, propuso la modificación del Reglamento⁷⁴.

Con carácter general, en el Informe se estima que el Reglamento es un instrumento satisfactorio para la coordinación de procedimientos de insolvencia transfronterizos en la UE⁷⁵. No obstante, la Comisión detecta algunos puntos problemáticos en la aplicación del Reglamento y uno de ellos es el tema de los grupos⁷⁶.

Resumiremos a continuación los principales aspectos de la reforma propuesta. En primer lugar, conviene destacar que la definición de grupo que se propone en los arts. 2.i y j de la Propuesta se circunscribiría únicamente a los que hemos denominado “grupos por subordinación”. En este sentido, el concepto de grupo del que se partiría sería más estrecho que el del Derecho de sociedades de muchos Estados miembros. Así, en el caso de España,

⁶⁹ MENJUCQ, M./DAMMANN, R., “Regulation 1346/2000 on Insolvency...”, *op. cit.* nota 49, p. 148.

⁷⁰ High Court of Justice, 20.6.2008 (case no.5024/ 5025/ 5026/ 5027).

⁷¹ Asunto explicado por BODE, M., *Le groupe international...*, *op. cit.* nota 20, p. 519.

⁷² Sent. de 15.12.2011, as. C-191/10.

⁷³ Doc. COM (2012) 743 final.

⁷⁴ Doc. COM (2012) 744 final.

⁷⁵ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo y el Comité Económico y Social sobre la aplicación del Reglamento 1346/2000, p. 4.

⁷⁶ Doc. SWD (2012) 416 final, *cit.* nota 8.

el Anteproyecto de Código Mercantil de 2013, como ya hemos señalado más arriba, incluye también el concepto de grupo por coordinación.

En segundo lugar, la reforma no aborda la elaboración de un concepto de ECOMI. Se descarta, por tanto, en principio, tanto la consolidación procesal como la sustantiva y se opta claramente por la cooperación procesal⁷⁷. Así, en el nuevo Capítulo IVbis se deja la puerta abierta a la adopción de acuerdos o protocolos de cooperación. En dicho Capítulo, se establece que si se abren procedimientos de insolvencia sobre sociedades de un mismo grupo, tanto los síndicos como los tribunales de los distintos procedimientos deben cooperar entre sí y comunicarse⁷⁸. Además, los síndicos podrían solicitar ser oídos en el procedimiento de otro miembro del grupo, solicitar la suspensión de otros procedimientos y proponer un plan de reestructuración de los miembros del grupo que son objeto de procedimientos de insolvencia (art. 42.d). Tan sólo si se demuestra que distintas sociedades de un mismo grupo tienen su COMI en un mismo Estado se podrían abrir varios procedimientos de insolvencia ante una misma jurisdicción y nombrar para todos ellos a un mismo síndico⁷⁹.

El nuevo Reglamento, de prosperar estas propuestas y según lo que hemos explicado más arriba, avanzaría pues en la dirección correcta. Sin embargo, podría haberse dado un paso más, admitiéndose ciertos supuestos de consolidación.

Si lo comparamos, por ejemplo, con lo establecido en otros supuestos de integración regional, como es el caso del NAFTA, comprobamos que puede avanzarse más en el ámbito de la consolidación procesal y sustantiva. Así, el Principio Procesal número 23 de los *Principles of Cooperation among the Nafta Countries in Transnational Insolvency* del *American Law Institute* prevé la posibilidad de solicitar la declaración de insolvencia para una filial en el mismo Estado que para la matriz, pudiendo entonces procederse a la consolidación procesal o sustantiva en función de lo establecido en la ley aplicable. Esta posibilidad se contempla junto con medidas de cooperación cuando de hecho se abran procedimientos de insolvencia sobre las diversas sociedades del grupo en distintos Estados.

Por otro lado, no queda claro en estas normas si el tribunal y el administrador concursal de la matriz tendrían un cierto papel de dirección, lo cual podría facilitar la coordinación en aquellos casos en los que también la matriz fuese insolvente. Parece más bien optarse por la inexistencia de un síndico con poderes de coordinación del resto, en el sentido propuesto en el Informe de los profesores HESS/OBERHAMMER y PFEIFFER⁸⁰.

⁷⁷ EIDENMULLER, H., "A New Framework for Business Restructuring in Europe: The EU Commission's Proposals for a Reform of the European Insolvency Regulation and Beyond", *Maastricht Law Journal*, núm. 1, vol. 20, 2013, p. 148.

⁷⁸ El Informe del Comité de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo de 11.9.2103 (Informe Lehne 2) preveía además el nombramiento de un coordinador.

⁷⁹ Considerando 20 ter de la Propuesta.

⁸⁰ External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings, p. 234.

En relación con la modificación del Reglamento de la UE sobre procedimientos de insolvencia, debemos referirnos también a las propuestas formuladas por el Parlamento Europeo en su Posición en primera lectura de 5 de febrero de 2014.

Frente a la Propuesta de la Comisión, el Parlamento es partidario de la supresión de la posibilidad de que los síndicos propongan un plan de rescate en los procedimientos relativos a otros miembros del grupo. Sin embargo, se prevería la posibilidad de nombrar un coordinador encargado de presentar un plan de coordinación del grupo. La apertura del procedimiento de coordinación, a propuesta de los síndicos de los procedimientos de insolvencia de las distintas entidades del grupo, correspondería al tribunal competente en relación con la insolvencia de un miembro del grupo que desempeñe “*funciones esenciales*” dentro del mismo. Así, la posibilidad de proponer la suspensión de un procedimiento de insolvencia que afecte a un miembro del grupo quedaría supeditada a la aprobación del coordinador, que también podría solicitar el levantamiento de las suspensiones en curso.

En todo caso, conviene tener en cuenta que el Parlamento Europeo no ha querido dotar de un carácter vinculante a las medidas sugeridas en el plan de coordinación. Según el art. 42 quinquies propuesto, los síndicos podrían decidir apartarse de las mismas justificando los motivos para ello ante la junta de acreedores o cualquier otro órgano ante el que sean responsables.

IV. LAS RECOMENDACIONES FORMULADAS EN LA GUÍA DE LA COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

Al igual que el Reglamento de la UE, la ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza de 1997 tampoco contenía normas sobre grupos. El tema de la insolvencia de los grupos de sociedades se consideró excesivamente complejo durante la preparación de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia de 2004. Por ello, se dejó apartado hasta que fue retomado en el año 2006. En 2010, finalmente, se publicó la parte III de la Guía de la CNUDMI sobre el tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia.

Esta Guía consta de dos partes. Una primera parte, la más extensa, se refiere a la insolvencia de los grupos de sociedades a nivel interno. La segunda parte está dedicada a la insolvencia transfronteriza de los grupos de sociedades. En ella, las recomendaciones se centran en impulsar ciertos aspectos de lo que hemos denominado consolidación procesal al mismo tiempo que ciertos mecanismos de cooperación procesal en este tipo de supuestos. La consolidación sustantiva, que en la Guía se denomina consolidación patrimonial, también es objeto de análisis, pero aparece referida solamente a los supuestos de insolvencia meramente internos.

A este respecto, la Guía parte de la idea del respeto de la identidad jurídica propia de cada sociedad del grupo⁸¹, pero ello no impide proponer la consolidación patrimonial cuando exista una mezcla indiscriminada de bienes o un plan fraudulento en aras del cual se hubiera creado la estructura del grupo⁸². Incluso se contempla la posibilidad de extender esta consolidación a entidades aparentemente solventes del grupo⁸³.

En el nivel interno, cuando no se den las dos condiciones en las que se aconseja la consolidación sustantiva, se prefieren claramente las medidas de consolidación procesal. Concretamente se proponen las siguientes actuaciones: la posibilidad de solicitud conjunta de la apertura de procedimientos de insolvencia que afecten a sociedades del mismo grupo; la formación de un único comité de acreedores; el nombramiento de un representante de la insolvencia que asumiría el cometido de coordinar al resto de los administradores concursales o bien el nombramiento de un único administrador concursal. Asimismo, como medida de cooperación procesal, se propone la elaboración de un mismo plan de reorganización para todas las empresas del grupo o bien planes de reorganización coordinados para todas ellas.

En el plano internacional, tan sólo se propone una medida de consolidación procesal: el nombramiento de un único representante de la insolvencia para todos los procedimientos. No obstante, se hace hincapié en la posibilidad de que respecto de dicho administrador concursal puedan surgir ciertos conflictos de intereses. Por ejemplo en relación con deudas y créditos internos del grupo o garantías recíprocas⁸⁴. En relación con este riesgo de que el administrador concursal pudiera perder su independencia o su neutralidad se propone dar cierto papel de intervención al juez. Se trataría de exigir al administrador concursal que se comprometiera a recabar el parecer del tribunal en todo supuesto en el que se apreciase que podría haber un conflicto de intereses⁸⁵. El problema que surge entonces es establecer a quién se atribuiría el deber de determinar que existe un tal conflicto de intereses.

El resto de medidas que se propone para la insolvencia transfronteriza de grupos de sociedades son medidas de cooperación procesal. Concretamente, se sugieren las siguientes: comunicación directa entre tribunales, realización de audiencias coordinadas y adopción de acuerdos de insolvencia transfronteriza con el fin de facilitar la cooperación y la coordinación internacional de los múltiples procedimientos de insolvencia que se puedan entablar. Estos acuerdos, que nosotros hemos denominado protocolos, tratarían sobre todo cuestiones procesales y de gestión de los procedimientos, pero podrían incluso referirse a aspectos sustantivos. Así, entre los contenidos que se podrían incluir en este tipo de acuerdos⁸⁶, se encontraría la elección de la ley aplicable a determinadas cuestiones. En relación con este tipo de acuerdos se afirma en la Guía que “es conveniente que, para mejorar la cooperación

⁸¹ V. p. 79 de la Guía.

⁸² V. especialmente pp. 67 y 78 de la Guía.

⁸³ V. p. 68 de la Guía.

⁸⁴ P. 118 de la Guía.

⁸⁵ P. 85 de la Guía.

⁸⁶ P. 121 de la Guía.

transfronteriza, el régimen de la insolvencia autorice a las partes... a celebrar acuerdos de insolvencia transfronteriza... y que permita a los tribunales aprobar y ejecutar esos acuerdos, teniendo en cuenta el contexto del grupo". Vamos a detenernos en el análisis de este tipo de acuerdos en el siguiente punto del trabajo.

V. LA EXPERIENCIA DE LOS PAÍSES ANGLOSAJONES: LOS PROTOCOLOS NEGOCIADOS ENTRE LAS PARTES AFECTADAS

En el mundo cada vez más globalizado de los años noventa del siglo XX, empiezan a aparecer los protocolos en los supuestos de insolvencia transfronteriza de grupos de sociedades⁸⁷. A pesar de los esfuerzos, no se pudo llegar a adoptar convenios internacionales para paliar las dificultades cuando un grupo de sociedades internacional se encontraba en situación de insolvencia. Es en ese contexto en el que surgen los protocolos⁸⁸, precisamente para corregir esa carencia. En efecto, los protocolos favorecen lo que, como ya hemos indicado más arriba, se ha denominado como las "tres ces": cooperación, coordinación y comunicación.

El objetivo de los protocolos es optimizar las masas a través de la cooperación procesal⁸⁹. Otra ventaja que presentan es que previenen litigios, por ejemplo, en cuanto a la competencia, pues en los países anglosajones el Protocolo puede incluso permitir que las partes se pongan de acuerdo sobre donde localizar el COMI. También pueden utilizarse para someterse a un plan similar de reorganización en diferentes jurisdicciones⁹⁰.

El contenido de los protocolos se fija caso por caso. No obstante, se han propuesto también protocolos estándar⁹¹ y se han publicado muchos de ellos que pueden utilizarse como modelo⁹². Por ejemplo, una cláusula que suele incluirse en los protocolos es aquella en virtud de la cual si un juez es competente sobre una cuestión que requiere la aplicación de un Derecho extranjero puede dirigirse al juez extranjero para pedirle consejo sobre su aplicación.

⁸⁷ El primer Protocolo moderno se pactó en el asunto *Maxwell Communication Corporation* (In re Maxwell Communication Corporation plc, 93 F.3d 1036, 29 Bankr. Ct. Dec 788 (2nd Cir. (N.Y.) 21.8.1996) (No 1527, 1530, 95-5078, 1528, 1531, 95-5082, 1529, 95-5076, 95-5084). En él, había procedimientos abiertos simultáneamente en Nueva York y en Londres. Se nombró un *examiner* como mediador y facilitador de la cooperación. Esta persona fue la encargada de negociar después el protocolo, que fue aprobado por los tribunales británico y estadounidense.

⁸⁸ OPOLSKY, J., "Court-to-Court Communication...", *op. cit.* nota 42, p.12.

⁸⁹ BODE, M., *Le groupe international...*, *op. cit.* nota 20, p. 543.

⁹⁰ Por ejemplo, Protocolo de Lehman Brothers Holdings Inc, United States Bankruptcy Court, S.D.N.Y Case No. 08-13555(JMP) at para. 10.1.

⁹¹ Por ejemplo, *vid.* BELLISIMO, J. J./POWER JOHNSTON, S., "Cross-border Insolvency...", *op. cit.* nota 11 o JOHNSTON, S./HAN, J., "A Proposal for Party-Determined COMI in Cross-Border Insolvencies of Multinational Corporate Groups", *Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice*, 16/2007, p. 16.

⁹² *Vid.* por ejemplo, los protocolos publicados por el *International Insolvency Institute* en <http://www.iiiglobal.org/international/protocols.html>.

La mayoría de estos Protocolos se ha elaborado entre países de *Common Law*, especialmente en casos relativos a sociedades de Estados Unidos y de Canadá⁹³. Pero los hay también entre Estados Unidos e Israel⁹⁴, Estados Unidos y Suiza, etc.

En la Propuesta de nuevo RPI de la Comisión Europea se deja la puerta abierta a la utilización de este tipo de acuerdos⁹⁵ que deberían favorecer un mejor desenvolvimiento de los procedimientos de insolvencia de los grupos de sociedades en la UE. Veremos cuál será su recorrido en la práctica continental en un futuro próximo y si su uso resultará ser tan frecuente como lo está siendo en la actualidad en la práctica de los países de *Common Law*.

VI. CONCLUSIONES

La insolvencia de un grupo internacional de sociedades es una situación compleja en la que se ven afectados los intereses de múltiples personas localizadas en diversos lugares del mundo. En su regulación, se pueden adoptar distintos planteamientos que van desde la separación radical de los procedimientos de la matriz y las filiales hasta la consolidación sustantiva de los mismos. En este trabajo, se defiende la necesidad de coordinar los procedimientos de insolvencia de las distintas sociedades del grupo favoreciendo la cooperación y la comunicación de los jueces y de los administradores concursales.

En este sentido avanza también la Propuesta de reforma del RPI. Pero esta reforma es aún tibia por lo que se refiere al favorecimiento de la consolidación de procedimientos. Nada se dice en ella sobre la posibilidad de consolidación sustantiva para casos excepcionales, como el de la confusión de patrimonios. Y tan solo se prevé la posibilidad de consolidación procesal cuando exista CJI sobre todos los concursos de las sociedades del grupo.

El principal argumento que se ha venido manejando para no avanzar en la consolidación de procedimientos es la protección de las expectativas de los acreedores. Pero es obvio que, con carácter general, la información con la que éstos cuentan en la actualidad no es comparable a la que disponían cuando se formularon los principios clásicos de personalidad jurídica separada y responsabilidad limitada. Por ello, pensamos que no debería abandonarse totalmente la idea de determinar un ECOMI para todas las sociedades insolventes de un mismo grupo que presente un cierto grado de integración.

No obstante, por el momento y mientras se avanza más hacia la consolidación de procedimientos, resulta muy útil el recurso a los protocolos consensuales de cooperación

⁹³ Al respecto, *vid.* MABEY, R. R./POWER JOHNSTON, S., “Coordination among Insolvency Courts in the Rescue of Multinational Enterprises”, *Norton Ann. Rev. of Intl. Insolvency*, 2009, p. 13; OPOLSKY, J., “Court-to-Court Communication...”, *op. cit.* nota 43, p. 17.

⁹⁴ *Vid.* por ejemplo in re Nakash, USA-Israel 1996. Fue el primer Protocolo entre un país de Civil Law y un país de Common Law.

⁹⁵ Art. 42bis.1 *in fine*.

transfronteriza, que permiten llegar a través de los pactos a donde aún no llega el Derecho positivo.

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANTUNES, J. E., *Liability of Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, EU and German Law, An International and Comparative Perspective*, Kluwer, Deventer, 1994.
- ARMOUR, J., “Abuse of European Insolvency Law? A Discussion”, en FERIA, R. DE LA/VOGENAUER, S., *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law*, Hart, 2011, pp. 157-168.
- ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L., *Derecho de grupos de sociedades*, 2ª ed, Thomson/Civitas, 2009.
- BALZ, M., “Das neue Europäische Insolvenzübereinkommen”, *ZIP*, 17/1996, pp. 948-955.
- BAIRD, D. G., *Elements of Bankruptcy*, The Foundation Press, Nueva York, 2010.
- “Substantive Consolidation Today”, *Boston College Law Review*, 47/2006, pp. 5-22.
- BELLISIMO, J. J./POWER JOHNSTON, S., “Cross-border Insolvency Protocols: Developing an International Standard”, *Norton Ann. Rev. of Intl. Insolvency*, 2010, Art. 2.
- BODE, M., *Le groupe international de sociétés*, Peter Lang, 2010.
- BUFFORD, S. L., *United States International Insolvency Law*, Oxford University Press, 2008-2009.
- “International Insolvency Case Venue in the European Union: the Parmalat and Daisytek Controversies”, *Columbia Journal of European Law*, 12/2006, pp. 429-485.
- “Centre of Main Interests, International Insolvency Case Venue and Equality of Arms. The Eurofood Decision of the European Court of Justice”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, 27/2007, pp. 351- 419.
- CLIFT, J., “Treatment of Enterprise Groups in Insolvency: the UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law”, *Norton Ann. Rev. of Intl. Insolvency*, 2011, pp. 9 y ss.
- EMBED IRUJO, J. M., “Ante la regulación de los grupos de sociedades en España”, *RDM*, 284/2012, pp. 25-52.

- EHRICKE, U., “Die neue Europäische Insolvenzordnung und grenzüberschreitende Konzerninsolvenzen”, *EWS*, 2002, pp. 101-107.
- EIDENMULLER, H., “A New Framework for Business Restructuring in Europe: The EU Commission’s Proposals for a Reform of the European Insolvency Regulation and Beyond”, *Maastricht Law Journal*, núm. 1, vol. 20, 2013, pp. 133-150.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *Procedimientos de insolvencia y grupos multinacionales de sociedades*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- FERNÁNDEZ MARKAIDA, I., *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*, Edersa, Madrid, 2001.
- FLORES SEGURA, M., *Los concursos conexos*, tesis inédita, Universidad Autónoma de Madrid, 2013.
- HIGHTOWER, J., “The Consolidation of the Consolidations in Bankruptcy”, *Georgia Law Review*, 38/2003, pp. 459-488.
- JOHNSTON, S./HAN, J., “A Proposal for Party-Determined COMI in Cross-Border Insolvencies of Multinational Corporate Groups”, *Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice*, 16/2007, Art. 7.
- KEUTGEN, G., *Le droit des groupes de sociétés dans la CEE*, Bruylant, Bruselas, 1973.
- LÓPEZ APARCERO, A., “Concepto de grupo de sociedades y concurso”, *ADCo*, núm. 26, 2012, pp. 251-272.
- LOPUCKI, L. M., “Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach”, 84/1999, *Cornell L. Rev.*, pp. 696 y ss.
- MABEY, R. R./POWER JOHNSTON, S., “Coordination among Insolvency Courts in the Rescue of Multinational Enterprises”, *Norton Ann. Rev. of Intl. Insolvency*, 2009, pp. 3 y ss.
- MCCORMACK, G., “Reforming the European Insolvency Regulation: A Legal and Policy Perspective”, *Journal of Private International Law*, 1/2014, pp. 41-67.
- MENJUCQ, M./DAMMANN, R., “Regulation 1346/2000 on Insolvency Proceedings: Facing the Companies Group Phenomenon”, *Business Law International*, 9/2008, pp. 145-158.
- MEVORACH, I., *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, Oxford Univ. Press, 2009.
- “The «Home Country» of a Multinational Enterprise Group Facing Insolvency”, *Norton Ann. Rev. of Intl. Insolvency*, 3/2012, pp. 5 y ss.

- MIGUENS, H. J., *Extensión de la quiebra y responsabilidad en los grupos de sociedades*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
- MOSS, G., “Group Insolvency – Choice of Forum and Law: the European Experience under the influence of English Pragmatism”, *Brooklyn Journal of International Law*, 32/2007, pp. 1005-1020.
- OPOLSKY, J., “Court-to-Court Communication and Cross-Border Insolvency Protocols”, *Norton Ann. Rev. of Intl. Insolvency*, 2011, pp. 10-80.
- PAULUS, C., “Überlegungen zu einem modernen Konzerninsolvenzrecht”, *ZIP*, 44/2005, pp. 1948-1955.
- PETER, H., “Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: When and How?”, en PETER, H./JEANDIN, N./KILBORN, J., *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, Schulthess, 2006, pp. 199-212.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “Los grupos de sociedades en Derecho español”, *RDM*, 1996, pp. 457-484.
- SÁNCHEZ CALERO, F./SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 36ª ed, 2013.
- SEBASTIÁN QUETGLAS, R., *El concurso de acreedores de grupos de sociedades*, Aranzadi, 2009.
- VAN GALEN, R., “The European Insolvency Regulation and Groups of Companies”, *INSOL Europe Annual Congress. Cork. Ireland*. Octubre 16-18, 2003, publicado en <http://www.iiiglobal.org>.
- VATTERMOLI, D., “Grupos insolventes y consolidación de patrimonios”, *ADCo*, 24/2011, pp. 19-48.
- VIRGÓS SORIANO, M./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Civitas, Madrid, 2003.
- VIRGÓS SORIANO, M., “The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: An Insider’s View”, *Forum international*, 25/1998, pp. 1-66.
- WESSELS, B., “Insolvency of Groups of Companies: The Present Debate in Europe”, *Norton Ann. Rev. of Intl. Insolvency*, 2012, pp. 3 y ss.
- “International Jurisdiction to Open Insolvency Proceedings in Europe, In Particular Against (Groups of) Companies”, Working Papers Series, Institute for Law and Finance, Johann Wolfgang Goethe University publicado en <http://www.iiiglobal.org>.

WESSELS, B./MARKELL, B. A./KILBORN, J. J., *International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters*, Oxford University Press, 2009.

WIDEN, W. H., “The Reality of Substantive Consolidation”, *Am. Bankr. Inst. J.*, 26/2007, pp. 14 y ss.

ZIEGEL, J. S., “Corporate Groups and Cross-border Insolvency A Canadá-United States Perspective”, 7/2002, *Fordham J. Corp. & Fin. L.*, pp. 367 y ss.