Naciones Unidas A/CN.9/WG.V/WP.129

Asamblea General

Distr. limitada
13 de marzo de 2015
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
47º período de sesiones
Nueva York, 26 a 29 de mayo de 2015

Régimen de la insolvencia

Obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia: grupos de empresas

Nota de la Secretaría

Índice

		Párrafos	*Página*
	Introducción	1-4	2
	Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, cuarta parte: Obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia: grupos de empresas	1-27	3
I.	Antecedentes	4-14	3
II.	Elementos de las obligaciones de los directores de empresas pertenecientes a un grupo en el período cercano a la insolvencia	15-27	7
	A. La naturaleza de las obligaciones	15-18	7
	Recomendaciones 267 y 268		8
	B. Determinación de las partes en las que recaen las obligaciones	19-22	11
	C. Conflictos de obligaciones	23-27	12
	Recomendaciones 269 y 270		13

V.15-01755 (S) 080415 080415

Se ruega reciclar

Introducción

1. En la tercera parte de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia se examina el trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia y se ofrece información de antecedentes acerca de la naturaleza de los grupos de empresas; las razones para gestionar la actividad comercial por conducto de un grupo de empresas; la definición de un grupo de empresas mediante conceptos tales como la participación en el capital social y el control de una empresa; y la reglamentación de los grupos de empresas. La cuarta parte de la Guía Legislativa se ocupa de las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia y examina cuestiones relacionadas con las obligaciones de los directores en ese período y, en particular, el motivo por el que se imponen obligaciones específicas en ese período en virtud del régimen de la insolvencia, y no en virtud del derecho de sociedades. En ninguna de las dos partes se regulan las cuestiones específicas que podrían afectar a las obligaciones de los directores que desempeñan esa función para una o más empresas de un grupo.

2. En su 44º período de sesiones (diciembre de 2013), el Grupo de Trabajo convino en la importancia de que se examinaran las obligaciones de los directores de empresas pertenecientes a un grupo en el período cercano a la insolvencia, habida cuenta de las dificultades prácticas que existían claramente en esa esfera y de que las eventuales soluciones serían muy beneficiosas para el funcionamiento de regímenes de insolvencia eficaces. Al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo señaló que era preciso examinar con cautela las posibles soluciones, a fin de que no obstaculizaran la recuperación de las empresas, no crearan dificultades a los directores en sus esfuerzos por seguir facilitando esa recuperación o no influyeran en los directores induciéndolos a abrir prematuramente procedimientos de insolvencia. A la luz de esas consideraciones, el Grupo de Trabajo convino en que sería útil examinar la forma en que podría aplicarse la cuarta parte de la Guía Legislativa en el contexto de los grupos de empresas y determinar otras cuestiones que convendría abordar (por ejemplo, los conflictos entre las obligaciones de un director respecto de su propia empresa y los intereses del grupo de empresas).

3. Las deliberaciones sobre ese tema comenzaron en el 46º período de sesiones del Grupo de Trabajo (diciembre de 2014), sobre la base de un proyecto preparado por la Secretaría después de consultar con un grupo oficioso de expertos, conforme a lo solicitado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.V/WP.125).

4. La presente nota ha sido preparada por la Secretaría sobre la base de las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo en su 46º período de sesiones (diciembre de 2014) (A/CN.9/829, párrs. 12 a 32). A continuación figura una versión revisada de los proyectos de recomendación 267 a 270 (anteriormente numerados como 255 (Grupos de empresas), 256 (Grupos de empresas), 256 (Grupos de empresas) *bis* y 256 (Grupos de empresas) *ter*), junto con el primer proyecto de un comentario adjunto. De conformidad con la decisión del Grupo de Trabajo, el texto ha sido preparado como una sección adicional de la cuarta parte de la Guía Legislativa. A pie de página se incluyen notas para el Grupo de Trabajo sobre los cambios introducidos en las recomendaciones.

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, cuarta parte: Obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia: grupos de empresas

Introducción y finalidad de esta sección

1. La presente sección de la cuarta parte toma como base las recomendaciones 255 a 266 de la primera sección, que se refieren a las obligaciones de los directores de una empresa individual en el período cercano a la insolvencia. Centrándose en la naturaleza de las obligaciones y las medidas que cabría adoptar para cumplirlas (como se establece en las recomendaciones 255 y 256), en la presente sección se propone el modo en que se podrían revisar esas recomendaciones para que fueran aplicables en el contexto de los grupos de empresas. Las recomendaciones 257 a 266 de la primera sección de la cuarta parte siguen siendo aplicables en el contexto de los grupos de empresas tal como están redactadas; sin embargo, las remisiones que se hacen en esas recomendaciones a las recomendaciones 255 y 256 deben entenderse como una remisión a las recomendaciones 267 y 268.

2. Se han redactado dos recomendaciones más (recomendaciones 269 y 270) para tratar de la situación en la que un director es nombrado para un cargo ejecutivo o de gestión, o lo ocupa, en más de una empresa del grupo y surgen conflictos en el cumplimiento de las obligaciones contraídas con las distintas empresas pertenecientes al grupo.

3. En la presente sección se utiliza la misma terminología que en las demás partes de la Guía Legislativa. Para proporcionar orientación al lector, la presente sección se ha de leer en conjunción con la tercera parte y con la primera sección de la cuarta parte.

I. Antecedentes

4. En la primera sección de la cuarta parte de la Guía Legislativa se examinan las obligaciones de los directores de empresas individuales en el período cercano a la insolvencia y se ofrece información sobre la forma en que están reglamentadas esas obligaciones en las legislaciones actuales. Si bien en algunos ordenamientos jurídicos se han elaborado disposiciones para imponer obligaciones a los directores en el período cercano a la insolvencia, las ventajas y desventajas relativas de esos regímenes siguen siendo objeto de debate[1]. En la primera sección de la cuarta parte se subraya la necesidad de actuar con prontitud cuando las empresas se enfrentan a dificultades financieras, a fin de evitar una degradación rápida y facilitar la rehabilitación y reorganización. También se apunta que si bien en muchos países los regímenes de la insolvencia se han reajustado debidamente para dar más opciones de acción temprana, se ha prestado poca atención a brindar a los directores los incentivos adecuados para que recurran a esos procedimientos[2]. En la primera sección se alienta a establecer incentivos adecuados determinando, para incluirlas en la legislación relativa a la insolvencia, las obligaciones básicas que puede tener

[1] *Ibid*., párrs. 8 a 10.

[2] Guía Legislativa, cuarta parte, párr. 6.

el director de una empresa en el período cercano a la insolvencia y las medidas que cabría adoptar para cumplirlas. Esas obligaciones solo serían exigibles una vez abierto el procedimiento de insolvencia.

5. En el contexto de los grupos de empresas, la cuestión de las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia no parece haber sido tratada en forma clara ni tampoco ampliamente en la legislación nacional. El concepto de grupos de empresas se ha examinado y desarrollado en muchas jurisdicciones, pero la cuestión de las obligaciones de los directores en esas situaciones sigue siendo algo confusa[3].

6. En la tercera parte de la Guía Legislativa, que se ocupa del tratamiento de la insolvencia de los grupos de empresas, se señala que un grupo de empresas se suele caracterizar por diversos grados de integración económica (de altamente centralizada a relativamente independiente) y tipos de estructura organizativa (vertical u horizontal) que crean relaciones complejas entre las empresas del grupo y pueden implicar distintos niveles de participación en el capital social y control. Esos factores, junto con la adhesión al principio de la entidad jurídica individual y la falta generalizada de cualquier reconocimiento explícito de la realidad de los grupos en la legislación aplicable a las empresas individuales del grupo, plantean varios problemas a los directores de empresas pertenecientes a un grupo. La adhesión al principio de la entidad jurídica individual suele exigir a los directores que promuevan el éxito y defiendan los intereses de la empresa que dirigen, respetando la responsabilidad limitada de esa empresa y velando por que sus intereses no sean sacrificados a los del grupo de empresas, independientemente de los intereses del grupo en su conjunto, la posición de la empresa del director en la estructura del grupo, el grado de independencia o integración entre las empresas del grupo y la incidencia de la participación en el capital social y el control. Pero cuando la actividad comercial de esa empresa forma parte de un grupo de empresas y depende, por lo menos en cierta medida, de otras empresas del grupo para la prestación de funciones esenciales (por ejemplo, para la financiación, la contabilidad, los servicios jurídicos, los proveedores, los mercados, la dirección administrativa, la adopción de decisiones de gestión o los derechos de propiedad intelectual), hacer frente a las dificultades financieras de esa empresa de manera aislada será probablemente difícil, o incluso, en algunos casos, imposible. En la tercera parte se examinan con cierto detalle la realidad económica actual de los grupos de empresas y, en el contexto de la insolvencia, los efectos de tratar a las empresas pertenecientes a un grupo como entidades no relacionadas entre sí al intentar solucionar las dificultades financieras de algunas empresas del grupo o del grupo más en general[4].

7. La obligación de actuar en interés de la empresa dirigida puede complicarse aún más en el contexto de los grupos cuando el director de una empresa del grupo desempeña esa función u ocupa un cargo ejecutivo o de gestión en otras empresas del grupo. En esa situación, al director puede resultarle difícil determinar cuáles son los intereses de cada una de esas empresas del grupo y darles un trato aislado: será necesario encontrar un equilibrio entre los intereses de cada una de esas empresas,

---

[3] A/CN.9/WG.V/WP.115, párr. 40. En este documento se describe brevemente la manera en que se trata esa cuestión en distintos ordenamientos jurídicos.

[4] Guía Legislativa, tercera parte, cap. I.

entre esos intereses y los objetivos económicos o las necesidades, probablemente en pugna, de otras empresas del grupo, y entre esos intereses y los de todo el grupo de empresas considerado colectivamente. Además, es posible que para lograr ese equilibrio sea necesario evaluar las consecuencias a corto y a largo plazo para los intereses de las distintas empresas del grupo e incluso que se acepte algún menoscabo, aunque solo sea a corto plazo, de los intereses de algunas empresas del grupo a fin de lograr un beneficio a más largo plazo.

8. Entre otros ejemplos de situaciones en las que un director tal vez necesite encontrar un equilibrio entre los intereses de las distintas empresas del grupo y los del grupo en general, cabe citar los casos en que una empresa del grupo proporciona financiación a otra empresa del grupo o actúa como garante de la financiación proporcionada por un prestamista externo a otra empresa del grupo, en un intento por mantener a flote al grupo en su conjunto, incluidas sus propias operaciones; cuando una empresa del grupo conviene en traspasar sus negocios o activos o cederle una oportunidad comercial a otra empresa del grupo o contratar con esa empresa del grupo en condiciones que no podrían considerarse viables desde el punto de vista comercial, pero cuando hacerlo puede, en última instancia, beneficiar los negocios de la empresa del grupo que acuerda el traspaso; o cuando una empresa del grupo constituya garantías recíprocas con otras empresas del mismo grupo para ayudar a todo el grupo a aprovechar mejor sus activos en la financiación de operaciones del grupo en sí.

9. Esas consideraciones pueden ser oportunas en el período cercano a la insolvencia, cuando tal vez se necesiten un control y una coordinación mayores de las actividades de los grupos a fin de obtener la máxima eficiencia y concebir soluciones para resolver las dificultades financieras del grupo en su conjunto o de algunas de sus partes. En esos momentos, puede haber también más oportunidades de aprovecharse de las empresas del grupo más vulnerables y dependientes para beneficiar a otras de las empresas, por ejemplo mediante la transmisión de bienes, la desviación de oportunidades comerciales y la utilización de esas empresas del grupo para realizar operaciones o actividades más arriesgadas o para absorber pérdidas y activos desvalorizados.

10. A fin de proteger los intereses de la empresa del grupo que dirige, el director tal vez necesite un cierto grado de flexibilidad para sopesar los diversos intereses en pugna y actuar en beneficio de otras empresas del grupo o del grupo en su conjunto, cuando ello coincida con los intereses de la empresa que dirige. En la medida en que el modo de actuar por el que opte el director en esas circunstancias sea razonable y ayude a evitar la insolvencia o a minimizar sus efectos en la empresa del grupo que dirige, el director no debería incurrir en responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones

11. Si bien, como se ha señalado más arriba, pocas legislaciones se ocupan de las obligaciones de los directores en el contexto de los grupos de empresas, los tribunales de diferentes jurisdicciones han otorgado distintos grados de reconocimiento a la realidad práctica de la forma en que operan los grupos de empresas. Aunque el énfasis sigue recayendo en el director que ejerce sus facultades en beneficio de su propia empresa o empresas del grupo, algunos ordenamientos jurídicos permiten que el director tenga en cuenta, por ejemplo, los beneficios comerciales directos o indirectos que tiene para su empresa una determinada operación con otras empresas del grupo y en qué medida la prosperidad o

supervivencia de ella dependen del bienestar del grupo en su conjunto. Generalmente, sin embargo, el beneficio colectivo no es por sí solo justificación suficiente. Además, se podría exigir también al director que tomase en consideración cualquier perjuicio que fuese razonable prever para su empresa como consecuencia de la actuación que haya decidido y que tuviese en cuenta la situación de los acreedores no garantizados de su empresa, especialmente cuando pudiera verse afectada la solvencia de esa empresa. Esta última consideración es de particular importancia cuando la operación consiste en dar una garantía o una fianza por un préstamo concedido a otra empresa del mismo grupo.

12. En otros ordenamientos jurídicos se permite que el director de una empresa perteneciente a un grupo actúe en interés de todo el grupo cuando se dan determinadas condiciones, como por ejemplo que el grupo tenga una estructura equilibrada y firmemente establecida; que la empresa haya participado en la política coherente y de largo plazo del grupo; y que de buena fe el director haya supuesto razonablemente que cualquier detrimento sufrido por su empresa se vería oportunamente compensado con otras ventajas. Otro enfoque admite que el director de una empresa de un grupo actúe en interés de la empresa matriz siempre que no menoscabe la capacidad de su empresa de pagar a sus propios acreedores, y el director esté autorizado, ya sea por los estatutos de la sociedad o por los accionistas, según que la empresa sea de propiedad total o parcial de la empresa matriz. Conforme a esas legislaciones, la empresa perteneciente al grupo no debe ser insolvente en el momento en que actúa el director y tampoco debe caer en la insolvencia a causa de esa actuación.

13. En la presente sección se indica hasta qué punto puede el director de una empresa perteneciente a un grupo tener en cuenta factores ajenos a la empresa que dirige, en el cumplimiento de sus obligaciones en el período cercano a la insolvencia y las salvaguardias que deberían aplicarse. Esos factores reflejarán, en mayor o menor medida, aspectos de la realidad económica del grupo de empresas. En esta sección se proponen principios para incluirlos en la legislación relativa a las obligaciones de los directores de empresas pertenecientes a un grupo en el período cercano a la insolvencia. Esos principios pueden servir de puntos de referencia y ser aplicados por los responsables de la formulación de políticas al examinar y elaborar los marcos jurídicos y reguladores pertinentes. Aunque se reconoce la conveniencia de alcanzar los objetivos del régimen de la insolvencia (enunciados en la primera parte, capítulo I, párrafos 1 a 14, y en la recomendación 1) mediante una acción temprana y una conducta adecuada de los directores, está claro también que unas normas excesivamente draconianas pueden entrañar escollos y amenazas para los emprendedores.

14. La presente sección no trata de las obligaciones de los directores que puedan ser aplicables en el ámbito del derecho penal, el derecho de sociedades o el derecho de la responsabilidad civil. Se concentra solamente en las obligaciones que podrían establecerse en la legislación relativa a la insolvencia y serían exigibles una vez iniciado un procedimiento de insolvencia.

II. Elementos de las obligaciones de los directores de empresas pertenecientes a un grupo en el período cercano a la insolvencia

A. La naturaleza de las obligaciones

15. La justificación para imponer obligaciones a los directores en el período inmediatamente anterior a la insolvencia se explica en la primera sección de la cuarta parte, párrafos 1 a 7, y sigue siendo igualmente aplicable en el contexto de los grupos de empresas. Las obligaciones del director de una empresa perteneciente a un grupo siguen siendo las mismas obligaciones básicas establecidas en la recomendación 255, pero se podrían incluir disposiciones que permitieran tener en cuenta el contexto más amplio de la realidad económica del grupo de empresas al determinar las medidas que debería adoptar un director para no incurrir en responsabilidad por el incumplimiento de esas obligaciones. Entre los factores pertinentes que habrían de tenerse en cuenta cabe citar la posición de la empresa dentro del grupo, el grado de integración entre las empresas del grupo (como se menciona en la recomendación 217 de la tercera parte) y la posibilidad de maximizar el valor dentro del grupo concibiendo una solución para las dificultades financieras del grupo que incluya a todo el grupo o a algunas de sus partes. Esas soluciones tal vez exijan que el director de una empresa del grupo que atraviesa dificultades financieras adopte medidas que puedan parecer, a primera vista, perjudiciales para esa empresa, pero que, en última instancia, logren mejores resultados y garanticen la continuación de su actividad comercial y el aumento máximo de su valor. Adoptar esas mismas medidas en circunstancias en las que no sea probable que beneficien a la empresa del grupo que atraviesa dificultades financieras puede exponer a los directores a incurrir en responsabilidad por no cumplir sus obligaciones de manera razonable.

16. Uno de los elementos que deberían tener en cuenta los directores al evaluar las medidas que cabría adoptar para hacer frente a las dificultades financieras de la empresa del grupo es el efecto de esas medidas en los acreedores de esa empresa en particular, especialmente cuando se haya de atender también a los intereses del grupo en general. En la recomendación 255 se exige a los directores tener debidamente en cuenta los intereses de los acreedores y demás interesados. Los intereses de los acreedores de la empresa del grupo pueden salvaguardarse estableciendo el criterio de las condiciones “no más desfavorables”, es decir, que las medidas que se adopten no coloquen a los acreedores en una situación más desfavorable que si no se hubiesen adoptado.

17. En la primera sección de esta parte se examinan los tipos de medidas que cabe razonablemente esperar que adopte un director para hacer frente a las dificultades financieras, evitar el inicio de la insolvencia y, en los casos en que sea inevitable, reducir al mínimo sus efectos (cuarta parte, cap. II, párr. 5). Esas medidas seguirían siendo aplicables en el contexto de los grupos de empresas y podrían complementarse con medidas adicionales, en función de la situación de hecho, que exigirá efectivamente un cierto grado de asistencia mutua y la cooperación con otras empresas del grupo. Esas medidas adicionales podrían verse afectadas por la posición de la empresa dentro del grupo y exigir que se determine si podría mantenerse o crearse más valor ayudando a aplicar una solución para el grupo de

empresas en su conjunto o algunas de sus partes que adoptando medidas que se refieran únicamente a la empresa individual. Cabría considerar la posibilidad de evaluar las obligaciones, financieras y jurídicas, de la empresa dirigida para con otras empresas del grupo; las operaciones que debería (o no) celebrar con otras empresas del grupo; las posibles fuentes de financiación y su disponibilidad tras la apertura del procedimiento, en particular si la empresa dirigida puede proporcionarla a otras empresas del grupo; y las consecuencias de las posibles soluciones, aplicables solamente a la empresa dirigida o al grupo en general, para los acreedores y demás interesados de la empresa dirigida. El director también podría considerar la posibilidad de adoptar medidas para organizar negociaciones oficiosas con los acreedores, como negociaciones voluntarias de reestructuración, con vistas a concebir una solución para el grupo de empresas en su conjunto o para algunas de sus partes cuando ello redunde en beneficio de la empresa que dirige.

18. Cuando la insolvencia sea inevitable y se haya de incoar el procedimiento oficial, el director podría estudiar en qué tribunal debería iniciarse, especialmente cuando exista la posibilidad de presentar una solicitud conjunta con otras empresas del grupo y coordinar procesalmente las actuaciones, como se explica en la tercera parte[5].

Recomendaciones 267 y 268

Finalidad de las disposiciones legislativas

Estas disposiciones relativas a las obligaciones de los responsables de adoptar decisiones acerca de la gestión de una empresa que sea miembro de un grupo de empresas, que nacen cuando la insolvencia es inminente o inevitable, tienen por finalidad:

a) proteger los intereses legítimos de los acreedores y demás interesados de la empresa del grupo;

b) velar por que los responsables de adoptar decisiones acerca de la gestión de una empresa del grupo conozcan las funciones y responsabilidades que les incumben en esas circunstancias;

c) reconocer que la posición de una empresa dentro del grupo repercute en la manera en que se debería gestionar esa empresa para hacer frente a su insolvencia inminente o inevitable, así como las obligaciones que tienen los responsables de adoptar decisiones acerca de la gestión de esa empresa, incluidas las situaciones en que también sean los responsables de adoptar decisiones acerca de la gestión de otras empresas del grupo; y

d) permitir que, cuando proceda, se gestione una empresa de un grupo de modo que se maximice el valor en el grupo de empresas promoviendo métodos de solución de la insolvencia para el grupo de empresas en su conjunto o para algunas de sus partes, al tiempo que se garantice que los acreedores y demás interesados de esa empresa del grupo no queden en una situación menos favorable que si la empresa no hubiese sido gestionada de manera de promover esos métodos de solución de la insolvencia.

---

[5] Guía Legislativa, tercera parte, recomendaciones 202 a 210.

Los apartados a) a d) se aplicarán de modo que:

a) no resulten innecesariamente en perjuicio de la reorganización satisfactoria de la empresa perteneciente al grupo, teniendo en cuenta tanto los posibles beneficios de maximizar el valor del grupo de empresas y de promover una solución de la insolvencia para el grupo de empresas en su conjunto o para alguna de sus partes, como la posición de esa empresa dentro del grupo y el grado de integración entre las empresas del grupo;

b) no desalienten la participación en la gestión de las empresas, especialmente de las que experimenten dificultades financieras; o

c) no impidan que se aplique un buen criterio empresarial o que se asuma un riesgo comercial razonable.

Contenido de las disposiciones legislativas

Las obligaciones[6]

Variante 1

267. (255) La ley relativa a la insolvencia debería especificar que, a partir del momento mencionado en la recomendación 257, las personas determinadas de acuerdo con la recomendación 258 quedarán obligadas a tener debidamente en cuenta los intereses de los acreedores y demás interesados de la empresa del grupo de la que sean directores y, en la medida en que no sea incompatible con esa obligación, podrán adoptar medidas para promover una solución de la insolvencia para el grupo de empresas en su conjunto o para alguna de sus partes. Entre las medidas razonables que adopten con ese fin podrán estar las dirigidas a:

a) evitar la insolvencia de su empresa; y

b) cuando la insolvencia de esa empresa del grupo sea inevitable, reducir al mínimo sus repercusiones en los acreedores y demás interesados de la empresa, teniendo en cuenta tanto los posibles beneficios de maximizar el valor del grupo de empresas en su conjunto, como la posición de esa empresa dentro del grupo y el grado de integración entre las empresas del grupo.

---

[6] **Nota para el Grupo de Trabajo**:
La variante 1 es análoga a la recomendación 255 de la cuarta parte, con algún texto adicional que se refiere al contexto de los grupos y consideraciones adicionales en el apartado b) que se ocupan específicamente del contexto de los grupos, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo en su 46º período de sesiones (A/CN.9/829, párrs. 16 a 19).
La variante 2 ha sido preparada por la Secretaría para poner de relieve la importancia primordial de las obligaciones del director para con las empresas que dirige. En consecuencia, en la variante 2 se especifica, en el párrafo a), que la recomendación 255 es el punto de partida para las obligaciones de un director en el contexto de los grupos. El párrafo b), que introduce el contexto de los grupos, incluye palabras del encabezamiento y del apartado b) de la variante 1 que amplían las consideraciones que deben tenerse en cuenta para cumplir las obligaciones enunciadas en la recomendación 255 a fin de incluir aspectos específicos del contexto de los grupos y dar efecto a varias sugerencias formuladas en el 46º período de sesiones (por ejemplo, A/CN.9/829, párr. 18).

Variante 2

267. (255) a) La ley relativa a la insolvencia debería especificar que las obligaciones establecidas en la recomendación 255 se aplicarán al director de una empresa que sea miembro de un grupo de empresas.

b) En la medida en que ello no sea incompatible con esas obligaciones, el director de una empresa del grupo podrá adoptar medidas razonables para promover una solución para la insolvencia del grupo de empresas en su conjunto o algunas de sus partes. Al hacerlo, el director podrá tener en cuenta tanto los posibles beneficios de maximizar el valor del grupo de empresas en su conjunto como la posición de esa empresa dentro del grupo y el grado de integración entre las empresas del grupo, a la vez de garantizar que los acreedores y demás interesados de esa empresa del grupo no queden en una situación más desfavorable que si no se hubiesen adoptado medidas para promover esa solución.

Medidas razonables a los efectos de la recomendación 267[7]

268. (256) A los efectos de las recomendaciones 255 y 267, y en la medida [de lo posible] [en que ello no sea incompatible con las obligaciones del director ante la empresa del grupo de la que es director en el contexto de los grupos de empresas se podrían adoptar, entre otras, las medidas razonables siguientes, además de las señaladas en la recomendación 256:

1. a) evaluar la situación financiera actual de la empresa y del grupo al que pertenece a fin de determinar si se podría mantener o crear más valor estudiando la posibilidad de aplicar una solución para el grupo de empresas en su conjunto o para algunas de sus partes;

b) examinar las obligaciones financieras y de otra índole de la empresa frente a las demás empresas del grupo, la conveniencia o no de concertar operaciones con otras empresas del grupo y las posibles fuentes de financiación y su disponibilidad tras la apertura del procedimiento;

c) evaluar si los acreedores y demás interesados de la empresa del grupo saldrían más favorecidos si se aplicara una solución de la insolvencia para el grupo en su conjunto o para algunas de sus partes;

d) colaborar en la puesta en práctica de una solución de la insolvencia para el grupo en su conjunto o para algunas de sus partes; y

e) mantener y participar en negociaciones oficiosas con los acreedores, por ejemplo negociaciones voluntarias de reestructuración[8], cuando se organicen para el grupo de empresas en su conjunto o para algunas de sus partes.

2. cuando se prevea iniciar un procedimiento oficial de insolvencia, examinar en qué tribunal debería entablarse, si es posible o procedente presentar una solicitud

---

[7] **Nota para el Grupo de Trabajo**: El proyecto de recomendación 268 se ha revisado conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo en su 46º período de sesiones (A/CN.9/829, párrs. 21 a 24).

[8] Guía Legislativa, primera parte, párrafos 2 a 18.

conjunta[9] con otras empresas pertinentes del grupo y si debería haber una coordinación procesal de las actuaciones[10].

B. Determinación de las partes en las que recaen las obligaciones

19. En el contexto de un grupo de empresas, determinar quién es responsable de las decisiones de gestión puede ser más complejo que en el caso de una empresa individual. Los diversos niveles de gestión e influencia pueden afectar a los asuntos de cualquiera de las empresas del grupo y la manera en que cada una de ellas lleva a cabo sus operaciones, en particular en el período inmediatamente anterior a la insolvencia. Esa influencia puede menoscabar la capacidad de los directores de una empresa del grupo de adoptar medidas apropiadas para hacer frente a las dificultades financieras de la empresa que dirigen o implicar a esa empresa en las dificultades financieras de otras empresas del grupo, en detrimento de los acreedores de la empresa de la que son directores. Esto puede ocurrir en numerosas circunstancias, como por ejemplo cuando las juntas directivas de las dos empresas están integradas prácticamente por las mismas personas; cuando la mayoría de los miembros de la junta directiva de una empresa del grupo es nombrada por la otra empresa, que tiene una posición dominante; cuando una de las empresas del grupo controla la gestión y la adopción de decisiones financieras del grupo; y cuando una empresa del grupo interfiere de manera sostenida y generalizada en la gestión de otra empresa del grupo, lo que suele darse en el caso de una empresa matriz que controla a una empresa de su grupo.

20. Puede haber también algunos grupos en los que sea difícil trazar fronteras precisas entre las empresas del grupo, ya que las responsabilidades de gestión en las diferentes juntas directivas están poco definidas. Además, los ejecutivos y encargados de la adopción de decisiones correspondientes pueden ser empleados de otras empresas del grupo bastante alejadas de la empresa en cuestión y es posible que la identidad y la responsabilidad separadas de esa empresa del grupo no se tengan generalmente en cuenta en las actividades cotidianas del grupo. En esas situaciones, pueden surgir problemas graves en cuanto a las obligaciones de esas personas con respecto a la actividad comercial efectiva de la empresa en cuestión y sus obligaciones frente a la empresa de la que son empleadas.

21. Entre las personas que podrían considerarse directores en el contexto de los grupos de empresas cabría incluir a otra empresa del grupo o al director de otra empresa del grupo, incluidos los directores virtuales[11] de esa otra empresa. Aunque algunas legislaciones no permiten que una empresa de un grupo sea designada oficialmente directora de otra empresa del mismo grupo, se le podría no obstante considerar director virtual de esa otra empresa cuando ejerce influencia sobre él o dirige las actividades de esa empresa del grupo.

22. En los párrafos 13 a 16 de la primera sección de esta parte de la Guía se examinan las partes en las que recaen las obligaciones examinadas más arriba. En la recomendación 258 se adopta una formulación amplia y se establece que debería incluir a todo director designado oficialmente o a cualquier otra persona que ejerza

---

[9] *Ibid*., tercera parte, recomendaciones 199 a 201.
[10] *Ibid*., tercera parte, recomendaciones 202 a 210.
[11] *Ibid.*, cuarta parte, nota de pie de página 11 del párr. 13.

el control *de facto* y que desempeñe las funciones de director. En el párrafo 15 del comentario se señalan los tipos de funciones que cabe esperar que realice esa persona.

C. Conflictos de obligaciones

23. A menudo puede ocurrir en los grupos de empresas que un director desempeñe esa función u ocupe un cargo ejecutivo o de gestión en más de una empresa del grupo, como consecuencia de la participación en el capital social y la estructura de control del grupo, las alianzas entre empresas del grupo, los lazos familiares dentro del grupo o algún otro aspecto de la manera en que están organizadas la actividad o actividades comerciales del grupo[12]. Cualquiera sea el motivo, un director que es miembro de las juntas directivas de varias empresas diferentes del mismo grupo puede tener, en el período cercano a la insolvencia, posibles conflictos entre las obligaciones contraídas con esas empresas al intentar determinar el modo de actuar con mayores probabilidades de mantener el valor y proporcionar la mejor solución para las dificultades financieras de cada empresa del grupo. La naturaleza y la complejidad de los conflictos pueden depender de la posición de las entidades que dirige en la jerarquía del grupo, el grado de integración entre las empresas del grupo y la incidencia del control y la participación en el capital social. Cuando un director es miembro de las juntas directivas de la empresa matriz y de las empresas que esta controla, por ejemplo, tal vez necesite poder demostrar que toda operación celebrada con la empresa matriz tuvo en cuenta a la empresa controlada y fue justa y razonable para esta última.

24. Además, los intereses de las empresas del grupo que son dirigidas por el director pueden estar estrechamente entrelazados con el grupo en general y exigir que se tome en cuenta la realidad económica del grupo en su conjunto. En esas circunstancias, medidas que podrían considerarse perjudiciales para la empresa que actúa como una entidad autónoma pueden ser razonables cuando se consideran en ese contexto más amplio. El negocio de una filial, por ejemplo, puede depender en general de las actividades comerciales del grupo en su conjunto y puede ser conveniente que esa filial proporcione financiación a corto plazo a otras empresas del grupo a fin de mantener a flote la actividad comercial de conjunto y, en última instancia, salvar el negocio de la propia filial.

25. Cabe esperar de los directores que se enfrentan a un conflicto de ese tipo que actúen de manera razonable y tomen las medidas que resulten procedentes y adecuadas para tratar de resolver la situación. Ello podría exigirle al director, según las circunstancias del caso, que determine la naturaleza exacta del conflicto de conformidad con el derecho aplicable y la forma en que podría resolverse. En algunas circunstancias puede bastar con que el director comunique el conflicto a las juntas directivas afectadas, mientras que en otras circunstancias puede ser conveniente comunicarlo más ampliamente a los acreedores y demás interesados, incluidas las juntas directivas de otras empresas del grupo. Esa comunicación puede ser suficiente para demostrar que el director siempre mantuvo la integridad, y la falta de la imparcialidad o la independencia exigidas podrán evaluarse en función de las circunstancias comunicadas.

---

[12] Véase Guía Legislativa, tercera parte, párrs. 6 a 15.

26. En algunas circunstancias puede ser apropiado que el director se abstenga de participar en toda decisión relativa al conflicto que hayan de adoptar las juntas directivas afectadas o de asistir a las reuniones en que se examinarán cuestiones conexas. En algunos casos será posible nombrar a un miembro adicional de la junta directiva o a un suplente y, si el conflicto no puede resolverse, el director podrá plantearse, como último recurso, la posibilidad de dimitir de una u otra de las juntas directivas afectadas. Esto podría incluir la renuncia a un cargo en la junta directiva de una empresa insolvente o solvente del grupo. La opción de dimitir puede liberar al director del dilema, pero al mismo tiempo elude el problema más profundo y puede agravar la situación, especialmente en el período cercano a la insolvencia, si deja a la empresa o empresas afectadas del grupo sin los conocimientos especializados necesarios para hacer frente a sus dificultades financieras.

27. Una buena actuación de la junta directiva, en la que se analice la situación de las empresas respectivas del grupo que dan lugar al conflicto y se deje constancia de los motivos de las medidas adoptadas, puede ayudar al director a cumplir sus obligaciones con respecto al conflicto.

Recomendaciones 269 y 270

Finalidad de las disposiciones legislativas

La finalidad de las disposiciones relativas a los conflictos de obligaciones es regular las situaciones en que un director de una empresa de un grupo ocupe también ese cargo o un cargo ejecutivo o de gestión en otra u otras empresas del mismo grupo, ya sea la empresa matriz o una empresa controlada. Dichas situaciones pueden, en el período cercano a la insolvencia, provocar conflictos entre las obligaciones contraídas con distintas empresas del grupo, lo que puede influir en las medidas que habrán de adoptarse para cumplir esas obligaciones.

Contenido de las disposiciones legislativas

[Conflicto de obligaciones] [Obligaciones en conflicto]

269. (256 *bis*) La ley relativa a la insolvencia debería prever aquellas situaciones en que, en el período cercano a la insolvencia, un director de una empresa de un grupo que ocupe también ese cargo o un cargo ejecutivo o de gestión en otra u otras empresas del mismo grupo se encuentre ante conflictos entre las obligaciones contraídas con los acreedores y demás interesados de esas distintas empresas del grupo.

Medidas razonables a los efectos de la recomendación 269

Variante 1[13]

270. (256 *ter*) La ley relativa a la insolvencia podrá especificar que un director que se enfrente a tales conflictos de obligaciones deberá adoptar medidas razonables para gestionar esos conflictos, en particular: obtener asesoramiento para determinar

[13] **Nota para el Grupo de Trabajo**: La **variante 1** incluye cambios acordados por el Grupo de Trabajo en su 46º período de sesiones (A/CN.9/829, párrs. 27 a 29). Puesto que el nombramiento de un director adicional podría no estar dentro de las atribuciones del director afectado por el conflicto, se propone una redacción diferente para esa medida.

la naturaleza exacta de las distintas obligaciones; poner en conocimiento de los acreedores, otros directores de las empresas pertinentes y demás interesados aquellas situaciones que puedan originar conflictos de obligaciones; no participar en decisión alguna de la junta directiva de la misma empresa del grupo que se refiera a las cuestiones que dieron lugar a esos conflictos; [solicitar el nombramiento de] [nombrar] un director adicional en caso de que no se puedan resolver los conflictos de obligaciones; y, como último recurso, dimitir cuando no exista otra salida y esa dimisión no agrave la situación.

Variante 2[14]

270. (256 *ter*) La ley relativa a la insolvencia podrá especificar que un director que se enfrente a conflictos de obligaciones deberá adoptar medidas razonables para gestionar esos conflictos. Dichas medidas podrán consistir en obtener asesoramiento profesional para determinar la naturaleza exacta de las distintas obligaciones en conflicto y la forma de gestionarlas, y en poner en conocimiento de los demás directores, los acreedores y demás interesados la índole del conflicto y las situaciones en que probablemente se plantearía el conflicto. A fin de determinar si los conflictos se gestionan adecuadamente, un director debería evaluar si las medidas adoptadas son suficientes para asegurar que los acreedores y demás interesados de las empresas del grupo de las que es director no queden en una situación más desfavorable que en la que estarían si los conflictos no hubiesen surgido. Como último recurso, el director podría tener que dimitir del cargo que ocupe en cualquier empresa del grupo respecto de la cual el conflicto no se pueda gestionar adecuadamente.

Variante 3[15]

270. (256 *ter*) La ley relativa a la insolvencia podrá especificar que un director que se enfrente a conflictos de obligaciones de ese tipo deberá adoptar medidas razonables para gestionar esos conflictos. Esas medidas razonables podrán ser, entre otras, las siguientes:

a) Obtener asesoramiento para determinar la naturaleza exacta de las distintas obligaciones;

---

[14] **Nota para el Grupo de Trabajo**: La **variante 2** se propuso en el 46º período de sesiones, pero no se examinó por falta de tiempo (A/CN.9/829, párr. 30).

[15] **Nota para el Grupo de Trabajo**: La **variante 3** es una propuesta de redacción preparada por la Secretaría. Se basa en la variante 1, pero procura especificar con mayor detalle las medidas que deberían adoptarse. En lugar de enumerar, por ejemplo, las personas concretas a las que el director debería comunicar el conflicto de intereses, se indica que las medidas razonables consisten en determinar las partes a las que debería comunicárseles y luego proporcionarles la información pertinente. En el comentario de la recomendación se podrían indicar algunas de las partes a las que correspondería comunicárselo, como otros miembros de las juntas directivas de las empresas afectadas del grupo y tal vez las juntas directivas de otras empresas del grupo. El apartado c) aprovecha algunas fórmulas añadidas en el 46º período de sesiones, a fin de prever la posibilidad de que el director se ausente de la reunión en la que se examinen las cuestiones a las que se refiere el conflicto. En el apartado d), puesto que el nombramiento de un director adicional podría no estar dentro de las atribuciones del director afectado por el conflicto, se propone una redacción diferente.

b) Determinar las partes a las que se deberá comunicar el conflicto de obligaciones y la información pertinente;

c) Determinar en qué casos el director no debería: i) participar en decisión alguna de la junta directiva de ninguna de las empresas del grupo que se refiera a las cuestiones que dieron lugar a esos conflictos, ni ii) estar presente en ninguna reunión de una junta directiva en la que se hayan de examinar esas cuestiones;

d) [Solicitar el nombramiento de] [Nombrar] un director adicional en caso de que no se puedan resolver los conflictos de obligaciones; y

e) Como último recurso, cuando no exista otra salida y la renuncia no agrave la situación, dimitir de la junta o juntas directivas correspondientes.