

**Asamblea General**

Distr. limitada
23 de febrero de 2016
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
49º período de sesiones
Nueva York, 2 a 6 de mayo de 2016

Régimen de la insolvencia**Obligaciones de los directores en el período cercano a la
insolvencia: grupos de empresas****Nota de la Secretaría****Índice**

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
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. Naturaleza de las obligaciones	15-18	7
Recomendaciones 267 y 268		9
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



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; lo que constituye un grupo de empresas por referencia a conceptos 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 características de 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 claramente existían en esa esfera y de que las 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 cuidado las posibles soluciones a fin de que no obstaculizaran la recuperación de las empresas, no crearan dificultades a los directores para que siguieran tratando de facilitar esa recuperación, ni influyeran en ellos 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 frente a su propia empresa y los intereses del grupo).

3. Las deliberaciones sobre este 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), y continuaron en su 47º período de sesiones (mayo de 2015) sobre la base de un proyecto revisado (A/CN.9/WG.V/WP.129).

4. La presente nota ha sido preparada por la Secretaría teniendo en cuenta las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo en su 47º período de sesiones (A/CN.9/835, párrs. 13 a 21). A continuación figura una versión revisada de los proyectos de recomendación 267 a 270 y del comentario respectivo. Las propuestas de agregados y modificaciones que se sugiere introducir en el comentario se indican entre corchetes y, cuando procede, se añaden explicaciones en notas a pie de página.

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. Poniendo énfasis en la naturaleza de las obligaciones y las medidas que podrían adoptarse para cumplirlas (como se establece en las recomendaciones 255 y 256), en la presente sección se propone el modo en que se podría ajustar el texto de esas recomendaciones para que fuesen 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, a los efectos de esta nueva sección, las remisiones que se hacen en esas recomendaciones a las recomendaciones 255 y 256 deberían entenderse referidas a las recomendaciones 267 y 268.
2. En esta sección se han incluido dos nuevas recomendaciones (las recomendaciones 269 y 270) para contemplar la situación en que un director es nombrado para un cargo ejecutivo o de gestión, o lo ocupa, en más de una empresa de un mismo grupo y surgen conflictos a la hora de cumplir las obligaciones contraídas por ese director con cada una de esas empresas.
3. En la presente sección se utiliza la misma terminología que en las demás partes de la *Guía Legislativa*. Para orientar al lector, la presente sección debería leerse junto 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 algunas jurisdicciones 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 debate¹. 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 un rápido deterioro de su situación y facilitar su rehabilitación y reorganización. También se apunta que si bien en muchos países la legislación sobre la insolvencia se ha reajustado debidamente para dar más opciones de acción temprana, se ha prestado poca atención a brindar a los directores los incentivos adecuados para que adopten esas medidas². En la primera sección se promueve la creación de incentivos adecuados al determinar, para incluirlas en la legislación relativa a la insolvencia, las obligaciones básicas que puede tener el

¹ *Guía Legislativa*, cuarta parte, cap. I, párrs. 8 a 10.

² *Ibid.*, párr. 6.

director de una empresa en el período cercano a la insolvencia y las medidas que se podrían 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 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 de una o más empresas pertenecientes a esos grupos sigue siendo algo confusa³.

6. En la tercera parte de la *Guía Legislativa*, que se ocupa del trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, 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 cada una de las empresas que los componen, plantean varios problemas a los directores de las 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 que puedan tener 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 el desempeño 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), es probable que sea difícil, o incluso imposible en algunos casos, hacer frente a las dificultades financieras de esa empresa en forma aislada. [De hecho, una interpretación demasiado restringida de las obligaciones de los directores puede llevar al fracaso que se desea evitar.] 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 a nivel más amplio⁴.

7. La obligación de un director de actuar en interés de la empresa que dirige 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

³ En el párrafo 40 del documento A/CN.9/WG.V/WP.115 se describe brevemente la manera en que se regula esta cuestión en distintas jurisdicciones.

⁴ *Guía Legislativa*, tercera parte, cap. I.

determinar cuáles son los intereses de cada una de esas empresas del grupo y tratarlos de manera aislada. [Además, los intereses de esas empresas pueden verse afectados por las metas o necesidades económicas, posiblemente en pugna, de otras empresas del grupo y las de todo el grupo en su conjunto. Es posible que sea necesario evaluar las consecuencias a corto y largo plazo para los intereses de las distintas empresas del grupo, y que para ello se deba incluso aceptar, aunque solo sea a corto plazo, algún menoscabo de los intereses de algunas empresas del grupo para lograr un beneficio a más largo plazo para todo el grupo al que pertenecen esas empresas. Cuando se busca una solución colectiva de la insolvencia de un grupo, es razonable que se prevean algunas salvaguardias⁵.]

8. Cabe citar, como ejemplos de situaciones en que los intereses de algunas empresas de un grupo podrían verse afectados por los intereses del grupo a nivel más amplio, los casos en que una empresa perteneciente a un grupo es un proveedor clave de otra empresa del mismo grupo o le proporciona financiación, o actúa como garante de la financiación proporcionada por un prestamista externo a otra empresa del mismo grupo, en un intento por mantener a flote al grupo en su conjunto, incluida su propia empresa; o la situación en que una empresa perteneciente a un grupo conviene en traspasar sus negocios o activos o cederle una oportunidad comercial a otra empresa del mismo grupo o contratar con esa empresa en condiciones que no podrían considerarse viables desde el punto de vista comercial, pero cuando esa medida puede, en última instancia, beneficiar los negocios de la empresa del grupo que acepta hacer el traspaso; o el caso en que una empresa perteneciente a un grupo constituye garantías recíprocas con otras empresas del mismo grupo para ayudar al grupo en su conjunto a hacer un uso más eficaz de sus activos para financiar actividades colectivas del grupo.

9. Esas consideraciones pueden ser oportunas en el período cercano a la insolvencia, cuando tal vez sea necesario ejercer 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 más vulnerables y dependientes de un grupo para beneficiar a otras empresas del mismo grupo, por ejemplo mediante el traspaso de bienes, la desviación de oportunidades comerciales y la utilización de esas empresas 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, un director puede necesitar 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 un director en esas circunstancias sea razonable y ayude a evitar la insolvencia o a minimizar sus efectos en la empresa que dirige, ese director no debería incurrir en responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones. [Cuando, una vez sopesados los intereses opuestos de las empresas del grupo de las que es director, el modo de actuar escogido plantee un conflicto entre las obligaciones contraídas por el director con cada una de esas empresas, se deberá

⁵ Los cambios introducidos en este párrafo dan respuesta a algunas de las preocupaciones expresadas durante el 47º período de sesiones, A/CN.9/835, párr. 17.

informar del conflicto a las empresas afectadas del grupo. Para resolver ese tipo de conflictos podría ser necesario recurrir a la mediación o la negociación de los intereses en pugna.]

11. Si bien, como se señaló 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, es posible que en algunas jurisdicciones se permita que un director tome 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 su empresa dependen del bienestar del grupo en su conjunto. Generalmente, sin embargo, el beneficio colectivo no es por sí solo justificación suficiente [de los actos considerados perjudiciales para los acreedores]. Además, se podría exigir también al director que tuviese en cuenta cualquier perjuicio que fuese razonable prever para su empresa como consecuencia de la medida que haya decidido adoptar y que tomase en consideración 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 [, sobre todo cuando la supervivencia de esa otra empresa del grupo no es de importancia crítica para la solvencia de la empresa que otorga la garantía o la fianza].

12. En otras jurisdicciones 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 que permita a las empresas del grupo ejercer cierto grado de influencia en las decisiones generales]; 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 perjuicio 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 siempre que esté autorizado a hacerlo, ya sea por los estatutos de la sociedad o por los accionistas. Conforme a esas legislaciones, para que el director de una empresa perteneciente a un grupo no incurra en responsabilidad, la empresa 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 el director de una empresa perteneciente a un grupo puede tener en cuenta factores ajenos a la empresa que dirige a los efectos del 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 que podrían establecerse en la legislación en lo que respecta 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. En la presente sección no se aborda la cuestión de la responsabilidad que puede corresponder a los directores en el ámbito del derecho penal, el derecho de sociedades o el derecho de la responsabilidad civil de origen extracontractual. Se concentra solamente en las obligaciones que podrían establecerse en la legislación relativa a la insolvencia y que 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. Naturaleza de las obligaciones

15. La justificación para imponer obligaciones a los directores en el período inmediatamente anterior a la insolvencia se expone 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 de los directores de empresas pertenecientes 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 de que se trate 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 podrían 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 diseñando una solución para las dificultades financieras del grupo que se aplique a todo el grupo o a algunas de sus partes. Una solución de ese tipo tal vez exija que el director de una empresa del grupo que tiene 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 mayor aumento posible de su valor. Adoptar esas mismas medidas en circunstancias en las que no sea probable que beneficien a la empresa que tiene 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 podrían tener en cuenta los directores al evaluar las medidas que deberían 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. La recomendación 255 exige a los directores que tengan debidamente en cuenta los intereses de los acreedores y demás interesados de la empresa. Los intereses de los acreedores de la empresa del grupo pueden protegerse

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 adoptado⁶.

17. En la primera sección de la cuarta parte se examinan los tipos de medidas que cabría razonablemente esperar que adoptase un director para hacer frente a las dificultades financieras, evitar que la empresa caiga en la insolvencia y, en los casos en que sea inevitable, reducir al mínimo sus efectos (véase la 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 podría efectivamente exigir cierto grado de asistencia recíproca y 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 para algunas de sus partes que adoptando medidas que se refieran únicamente a la empresa individual. Cabría considerar la posibilidad de evaluar las obligaciones, tanto financieras como jurídicas, contraídas por la empresa dirigida 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 [(tanto en el período inmediatamente anterior a la insolvencia como después de la apertura oficial del procedimiento)]⁷, en particular si la empresa dirigida puede proporcionarla a otras empresas del grupo; y las consecuencias de las posibles soluciones, ya sea que se apliquen 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 diseñar 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

⁶ El Grupo de Trabajo tal vez desee evaluar si es necesario que las salvaguardias previstas en este proyecto de texto sean congruentes con las del proyecto que se está preparando en relación con la insolvencia transfronteriza de los grupos de empresas. Véase, por ejemplo, el artículo 8 del proyecto que figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP.137/Add.1, que se refiere a la protección adecuada de los acreedores en el contexto de la elaboración de una solución colectiva de la insolvencia del grupo. Véase también la cláusula relativa a la finalidad que figura en las recomendaciones 267 y 268 y la recomendación 267 *infra*.

⁷ El texto que figura entre paréntesis se ha añadido para ampliar el alcance de las cuestiones que habrán de examinarse al período posterior a la apertura del procedimiento (como surge de la redacción actual y del empleo de las palabras “financiación posterior a la apertura”) a fin de incluir la financiación que pudiera requerirse en el período cercano a la insolvencia, antes de que la empresa del grupo inicie el procedimiento oficial, así como después de que se haya solicitado la apertura del procedimiento oficial y una vez que este se haya iniciado. Esto abarcaría tanto la financiación posterior a la solicitud como la financiación posterior a la apertura del procedimiento, como se señala en la *Guía Legislativa*, tercera parte. El mismo cambio se refleja en la recomendación 268, párr. 1 b).

del grupo y coordinar procesalmente las actuaciones, como se explica en la tercera parte⁸.

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 perteneciente a un grupo, 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 en las obligaciones que tienen los responsables de adoptar decisiones sobre la gestión de esa empresa, incluidos los casos en que también sean los responsables de adoptar decisiones sobre la gestión de otras empresas del mismo grupo; y
- d) permitir que, cuando proceda, se gestione una empresa perteneciente a 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 adopten medidas razonables para garantizar 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.

Los apartados a) a d) deberían aplicarse de modo tal que:

- a) no redunden 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 algunas de sus partes, como la posición de esa empresa dentro del grupo y el grado de integración entre las empresas del grupo;
- b) ni desalienten la participación en la gestión de las empresas, especialmente de las que experimenten dificultades financieras;
- c) ni impidan que se aplique un buen criterio empresarial o que se asuma un riesgo comercial razonable.

⁸ *Guía Legislativa*, tercera parte, recomendaciones 202 a 210.

Contenido de las disposiciones legislativas

Las obligaciones

267. a) En la legislación relativa a la insolvencia se debería especificar que las obligaciones establecidas en la recomendación 255 se aplicarán a los directores de empresas pertenecientes a un grupo.

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 de algunas de sus partes. Al hacerlo, el director podrá tener en cuenta 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 y, al mismo tiempo, adoptar medidas razonables para garantizar que los acreedores y demás interesados de esa empresa del grupo no queden en una situación más desfavorable que si la empresa no hubiese sido gestionada de manera de promover esa solución.

Medidas razonables a los efectos de la recomendación 267

268. A los efectos de las recomendaciones 255 y 267, y en la medida en que ello no sea incompatible con las obligaciones del director frente a 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:

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 [incluso cuando se esté por iniciar un procedimiento oficial]⁹;

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;

e) mantener y participar en negociaciones oficiosas con los acreedores, por ejemplo negociaciones voluntarias de reestructuración¹⁰, cuando se organicen para el grupo de empresas en su conjunto o para algunas de sus partes; y

f) cuando se prevea iniciar un procedimiento oficial de insolvencia, evaluar en qué tribunal debería entablarse, si es posible o procedente presentar

⁹ Véase una explicación de esta modificación en la nota 7 de pie de página.

¹⁰ *Guía Legislativa*, primera parte, cap. II, párrs. 2 a 18.

una solicitud conjunta¹¹ con otras empresas pertinentes del grupo y si debería haber una coordinación procesal de las actuaciones¹².

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

19. En el contexto de un grupo de empresas, determinar quiénes son los responsables 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 dos o más 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 otra empresa del mismo grupo que tiene una posición dominante; cuando una de las empresas del grupo controla la gestión y la adopción de decisiones financieras del grupo; o 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 que lo integran, debido a 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 virtuales¹³ de esa otra empresa. Aunque algunas legislaciones no permiten que una empresa de un grupo sea nombrada oficialmente directora de otra empresa del mismo grupo, se le podría no obstante considerar director virtual de esa otra empresa cuando influye en las actividades de esa empresa del grupo o las dirige.

22. En los párrafos 13 a 16 de la primera sección de la cuarta parte se examinan las partes en las que recaen las obligaciones analizadas más arriba. La recomendación 258 está formulada en términos amplios, al establecer que

¹¹ *Ibid.*, tercera parte, recomendaciones 199 a 201.

¹² *Ibid.*, tercera parte, recomendaciones 202 a 210.

¹³ *Ibid.*, cuarta parte, nota 11 de pie de página en relación con el párr. 13.

debería incluir a cualquier persona designada oficialmente como director o que ejerza el control de hecho y desempeñe las funciones de director. En el párrafo 15 del comentario se señalan los tipos de funciones que cabría esperar que cumpliera esa persona. Estas consideraciones serían aplicables también en el contexto de los grupos de empresas que se examina en esta parte.

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 de parentesco dentro del grupo o algún otro aspecto de la manera en que están organizadas la actividad o actividades comerciales del grupo¹⁴. Cualquiera sea el motivo, un director que es miembro de las juntas directivas [o es responsable de la administración] 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 una de esas empresas. 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, por ejemplo, un director es miembro de las juntas directivas de la empresa matriz y de las empresas que esta controla, necesita 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 a nivel más amplio 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 que los directores que se enfrentan a un conflicto de ese tipo actúen de manera razonable y tomen las medidas que resulten procedentes y adecuadas para tratar de resolver la situación. Con ese fin, y dependiendo de las circunstancias del caso, un director podría tener que determinar la naturaleza y el alcance del conflicto con arreglo al derecho aplicable y la forma en que podría resolverse. En algunas situaciones puede bastar con que el director comunique información pertinente con respecto al conflicto, en particular su naturaleza y alcance, a las juntas directivas afectadas, mientras que en otras circunstancias puede ser razonable comunicarlo más ampliamente a los acreedores y demás interesados,

¹⁴ Véase la *Guía Legislativa*, tercera parte, cap. I, párrs. 6 a 15.

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.

26. En algunas situaciones 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 [y que se deje constancia de su abstención como un criterio deliberado acordado con los demás directores, y no como una omisión]. En algunos casos tal vez sea 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 alguna de las juntas directivas afectadas. Esa posibilidad 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. Como se señaló en la primera sección de la cuarta parte, la renuncia de un director a la junta directiva no lo exime de responsabilidad, ya que, conforme a algunos regímenes legales, ese director puede exponerse a que se considere que su dimisión estuvo relacionada con la insolvencia o que no adoptó medidas razonables para reducir al mínimo las pérdidas para los acreedores ante la insolvencia inminente¹⁵.

27. [Una buena gestión empresarial que respalde el análisis de la situación de las respectivas empresas del grupo que dan lugar al conflicto y que deje constancia de los motivos de las medidas adoptadas puede ser de vital importancia para que el director cumpla sus obligaciones en lo que respecta al conflicto. No obstante, una política de gestión empresarial no sustituye ni limita las obligaciones de los directores frente a la empresa o empresas del grupo. Simplemente da una idea de las medidas que se consideran razonables para manejar el conflicto. Las diferencias que pueden existir entre las políticas y normas de gestión empresarial de las diversas empresas de un grupo también pueden dar lugar a soluciones y resultados opuestos, que los directores deberán examinar y evaluar cuidadosamente¹⁶.]

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. Esas situaciones pueden, en el período cercano a la insolvencia, dar lugar a 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.

¹⁵ *Guía Legislativa*, cuarta parte, cap. II, párr. 27.

¹⁶ Los cambios introducidos en este párrafo tienen por objeto responder a las preocupaciones expresadas durante el 47º período de sesiones (A/CN.9/835, párr. 18) e incorporan texto adicional sugerido.

Contenido de las disposiciones legislativas

Conflictos de obligaciones

269. La legislación 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 un conflicto 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

270. En la legislación relativa a la insolvencia se podría establecer que un director que se enfrente a un conflicto de obligaciones de ese tipo deberá adoptar medidas razonables para manejarlo. Esas medidas razonables podrían ser, entre otras, las siguientes:

- a) obtener asesoramiento para determinar la naturaleza y el alcance de las distintas obligaciones;
- b) determinar a qué partes se deberá informar del conflicto de obligaciones y comunicar la información pertinente, indicando, en particular, la naturaleza y el alcance del conflicto;
- c) determinar en qué casos el director no debería: i) participar en decisión alguna de la junta directiva de ninguna de las empresas afectadas del grupo que se refiera a las cuestiones que dieron lugar al conflicto, 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 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, dimitir de la junta o juntas directivas correspondientes.