



Asamblea General

Distr. limitada
14 de febrero de 2013
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
43° período de sesiones
Nueva York, 15 a 19 de abril de 2013

Régimen de la Insolvencia

Grupos de empresas — Obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción.....	1-7	2
II. Diferentes enfoques nacionales de las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia en el contexto de los grupos de empresas. . . .	8-39	4
A. Argentina.....	8-11	4
B. Australia.....	12-14	5
C. Bélgica.....	15-16	6
D. Brasil.....	17-18	6
E. Colombia.....	19-21	7
F. Francia.....	22-24	7
G. Alemania.....	25-26	8
H. Italia.....	27-31	8
I. España.....	32-33	9
J. Suiza.....	34-35	9
K. Estados Unidos de América.....	36-39	10
III. Cuestiones que deben examinarse.....	40-41	12



I. Introducción

1. En su 42º período de sesiones (celebrado en noviembre de 2012), el Grupo de Trabajo examinó las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia (A/CN.9/763, párrs. 66 a 91) basándose en la información contenida en el documento A/CN.9/WG.V/WP.108, en el que también figuraba información sobre cuestiones relativas a los directores de empresas pertenecientes a un grupo en el período cercano a la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.108, párrs. 52 a 60). El Grupo de Trabajo convino en que si bien este último tema planteaba cuestiones difíciles y complejas, particularmente en cuanto a los aspectos que vinculaban a la insolvencia con el derecho de sociedades, la posibilidad de una futura labor al respecto merecía examinarse con suma atención una vez que se hubiera terminado el examen de las recomendaciones 1 a 10 y el comentario correspondiente. A solicitud del Grupo de Trabajo, la Secretaría ha preparado el presente documento sobre los distintos enfoques y soluciones nacionales relativos a las obligaciones de los directores en el contexto de un grupo de empresas en el período cercano a la insolvencia¹ a fin de proporcionar información complementaria y facilitar las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el tema (A/CN.9/763, párr. 92).

2. El Grupo de Trabajo recordará que al preparar la tercera parte de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia había reconocido que era cada vez más frecuente que la actividad mercantil de las sociedades se gestionara en el marco de grupos de empresas. Según se explicó, los grupos de empresas abarcaban distintas formas de organización económica edificadas sobre la base de la entidad jurídica individual y compuestas de dos o más entidades jurídicas cuya vinculación consistía en alguna forma de control directo o indirecto o de participación en su capital social respectivo. Se reconoció que los grupos de empresas estaban omnipresentes tanto en los mercados desarrollados como en los incipientes, y presentaban la característica común de llevar a cabo sus operaciones en un gran número de sectores que con frecuencia no eran afines; algunas veces pertenecían a una familia y combinaban esa forma de propiedad con distintos grados de participación de inversionistas externos. Además, se dijo que las principales entidades económicas del mundo no eran solo Estados, sino también diversos grupos de empresas multinacionales que podían generar un porcentaje elevado del producto nacional bruto a escala mundial y cuyas tasas de crecimiento anual y volumen de operaciones sobrepasaban los de muchos Estados².

3. En su anterior período de sesiones (celebrado en noviembre de 2012), el Grupo de Trabajo reconoció diversas cuestiones que podían plantearse con respecto a las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia en el contexto de un grupo (A/CN.9/WG.V/WP.108, párr. 52). Se señalaron en particular dos cuestiones principales a fin de someterlas a examen y debate, a saber:

¹ La Secretaría basó este documento en los estudios disponibles existentes sobre el tema de las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia y sobre toda información adicional en el contexto de los grupos de empresas (en particular, INSOL, *Directors in the Twilight Zone III*, 2009), así como en la información presentada a la Secretaría por algunos Estados Miembros. Solo se incluyeron en este documento los Estados respecto de los cuales se disponía de información pertinente proveniente de esas fuentes.

² Tercera parte de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia), Sección IA, párrs. 2, 4 y 5, y párrs. 1 a 39 en general.

- i) cuál es la definición adecuada de director y las circunstancias en que las otras empresas del grupo pueden quedar integradas en esa definición, especialmente cuando entra en juego la relación entre la sociedad matriz y las filiales de propiedad total o controladas (A/CN.9/WG.V/WP.108, párrs. 58 y 59); y
 - ii) si debe prevalecer el principio de la entidad individual y sus consecuencias cuando haya conflicto entre la actuación en interés de la empresa de la que se sea director y los intereses del grupo al que esa empresa pertenece (A/CN.9/WG.V/WP.108, párrs. 53 a 57).
4. El Grupo de Trabajo tal vez desee recordar el análisis que figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP.113 con respecto a las personas en quienes recaen las obligaciones en el período cercano a la insolvencia (párrs. 26 a 29 y recomendación 4), denominadas “directores” en el presente documento.
5. El Grupo de Trabajo tal vez desee recordar también la información preparada para su consideración en el anterior período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.108, párr. 53), en la que se indicaba que si bien los intereses de un miembro del grupo tenían particular importancia cuando la solvencia de ese miembro del grupo de empresas pudiera plantear un problema o se convirtiera en un problema después de realizada una operación destinada a beneficiar al grupo en su totalidad, la estructura del grupo podía exigir que los directores actuaran en beneficio de todo el grupo. En ese contexto, los directores tendrían que equilibrar los intereses de su propia empresa con los objetivos o necesidades económicas del grupo en su conjunto, que posiblemente fueran opuestos. Podrían mencionarse como ejemplos de posibles conflictos de ese tipo los casos en que una empresa del grupo realizara un préstamo a otra empresa del mismo grupo o saliera de garante de un préstamo concedido a otra empresa del grupo por un prestamista externo; o en que una empresa del grupo concertara un acuerdo con otra empresa del mismo grupo para transferirle su negocio o sus activos o para cederle una oportunidad comercial o para concertar un contrato con esa empresa en términos que no se pudieran considerar comercialmente viables; o en que una empresa del grupo saliera de garantía cruzada de otras empresas del mismo grupo para ayudar al grupo a aprovechar mejor sus activos en la financiación de las operaciones del grupo en sí. El problema que puede plantearse con respecto a estas operaciones resulta de la relación entre las partes en la operación o su posición dentro del grupo, y debido a que el carácter de la operación implica una distribución de beneficios y perjuicios que no se ajusta a lo que generalmente se consideraría comercialmente viable.
6. El Grupo de Trabajo tal vez desee recordar también que la información suministrada en su anterior período de sesiones indicaba que el tratamiento de estas cuestiones es muy diferente de una jurisdicción a otra, en especial con respecto a los deberes de los directores para con la compañía en el período cercano a la insolvencia, y la manera en que esos directores deben evaluar el interés de la empresa en un contexto de grupo (A/CN.9/WG.V/WP.108, párrs. 54 a 57).
7. En el análisis que figura a continuación se examina la legislación de varias jurisdicciones en la medida en que se ocupa de:
 - i) las obligaciones de los directores en el contexto de una empresa que forma parte de un grupo; y

- ii) toda consideración particular de esas obligaciones en el contexto de la insolvencia o del período cercano a esta.

II. Diferentes enfoques nacionales de las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia en el contexto de los grupos de empresas

A. Argentina

8. La Ley de Sociedades Comerciales de la Argentina impone una obligación fiduciaria general a los directores de empresas solventes, que los obliga a actuar de buena fe y con la diligencia de un buen hombre de negocios³. Por consiguiente, los directores tienen la obligación de ser leales y diligentes al administrar la empresa. La Ley no contiene ningún régimen especial para un grupo de empresas, ni tampoco una definición del término.

9. Conforme a la Ley de Concursos y Quiebras de la Argentina⁴, la zona de insolvencia se extiende a los actos practicados hasta un año antes de la fecha de la declaración de cesación de pagos⁵. En cuanto a la responsabilidad de las personas físicas, la Ley de Concursos y Quiebras abarca a los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios que hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia⁶. La Ley no contiene ninguna disposición especial para grupos de empresas.

10. No obstante, los grupos de empresas se tienen en cuenta en la Ley de Concursos y Quiebras en lo que respecta a la extensión del procedimiento de insolvencia. De hecho, la insolvencia puede extenderse a toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando haya desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte⁷. La Ley de Concursos y Quiebras proporciona a estos efectos la siguiente definición de persona controlante⁸: i) la que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social⁹; o ii) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social¹⁰. Las obligaciones de los directores durante el procedimiento de insolvencia no se especifican, pero el régimen general de deberes asumibles cuando la empresa es solvente sigue siendo aplicable.

³ Ley 19.550 de Sociedades Comerciales de 20 de marzo de 1984, Boletín Oficial de 30 de marzo de 1984, artículo 59.

⁴ Ley 24.522 de Concursos y Quiebras de 20 de julio de 1995, Boletín Oficial 28.203 de 9 de agosto de 1995.

⁵ Ley de Concursos y Quiebras de la Argentina, artículo 174.

⁶ Ley de Concursos y Quiebras de la Argentina, artículo 173.

⁷ Ley de Concursos y Quiebras de la Argentina, artículo 161 2).

⁸ *Ibid.*

⁹ Ley de Concursos y Quiebras de la Argentina, artículo 161 2) a).

¹⁰ Ley de Concursos y Quiebras de la Argentina, artículo 161 2) b).

11. La Ley de Concursos y Quiebras de la Argentina también prevé un régimen especial para la insolvencia de un grupo de empresas: pueden iniciar un procedimiento de insolvencia dos o más personas físicas o jurídicas que integren en forma permanente un conjunto económico¹¹. Dado que los deberes de los directores siguen siendo los mismos, se plantea la pregunta de si esos deberes pueden evaluarse sobre la base de los intereses de todo el grupo.

B. Australia

12. Cuando una empresa está en liquidación, a diferencia del período cercano a la insolvencia, los directores en Australia tienen la obligación de prevenir el comercio insolvente de la empresa, y deberán responder personalmente por cualquier incumplimiento de esa obligación, siempre que se cumplan determinados requisitos¹². También se puede considerar responsable a una sociedad de carteras por el comercio insolvente de su filial, pero esa responsabilidad no se extiende a los directores de la sociedad de carteras¹³.

13. En lo que respecta a un grupo de empresas, los intereses que deben tener en cuenta los directores dependen de si la empresa es solvente o insolvente. Un grupo de empresas se ha definido en el derecho consuetudinario como “una configuración de varias empresas ligadas por una red común o interconectada de participaciones en el capital social, y a la vez sujetas a un control unificado o a una capacidad de controlar”¹⁴. Si la empresa es solvente, los directores están facultados para considerar los intereses de las empresas como grupo al determinar si el mejor interés de la empresa que dirigen se vería satisfecho con las medidas que proponen¹⁵, siempre que los intereses del grupo sigan siendo compatibles con los de esa empresa¹⁶. Si el grupo en su conjunto es insolvente, los intereses de la empresa a raíz de cualquier operación problemática se apartarían considerablemente de los intereses del grupo¹⁷. Si por culpa de los directores la empresa perjudicara los intereses de sus acreedores en circunstancias de insolvencia, esos directores no estarían cumpliendo con su deber de actuar en el mejor interés de esa empresa¹⁸.

14. El caso Bell proporciona un buen resumen de lo que se espera de los directores en un contexto de grupo que se enfrenta a la insolvencia: los directores no deben ignorar los intereses del grupo más amplio pero tienen que tener en cuenta los intereses de cada una de las empresas cuando una o más de las empresas que forman parte de un grupo realicen una operación¹⁹. En este caso, se sostuvo que los directores habían expuesto a las empresas a una probable perspectiva de pérdida sin

¹¹ Ley de Concursos y Quiebras de la Argentina, artículo 65.

¹² Ley de Sociedades de 2001 (Cth), Sección 588G.

¹³ Ley de Sociedades de 2001 (Cth) Sección 588V.

¹⁴ *Walker c. Wimborne & Ors* (1976) 3 ACLR 529 en 532 (Mason J).

¹⁵ *Westpac Banking Corporation c. Bell Group Ltd.* (en liquidación) (núm. 3) [2012] WASCA 157 en 952 (Lee AJA); *Neat Domestic Trading Property Ltd. c. AWB Ltd.* [2003] HCA 35 [47]; (2003) 216 CLR 277 (McHugh, Hayne, Callinan JJ).

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Westpac Banking Corporation c. Bell Group Ltd.*, nota 15 *supra* en 952.

¹⁸ *Ibid.* y *Walker c. Wimborne & Ors*, nota 14 *supra* en 532.

¹⁹ *The Bell Group Ltd. c. Westpac Banking Corporation* (núm. 9) [2008] WASC 239 en [4621] (Owen J).

perspectivas probables de ganancia al concentrarse en el grupo sin mirar por los intereses de cada una de las empresas²⁰.

C. Bélgica

15. La legislación belga impone a los directores el deber de actuar en pro del interés social de la empresa y no en el de un accionista en particular o en el de los acreedores de la empresa. La definición de “interés social” es interpretada por los tribunales sobre la base de cada caso en particular²¹. Aunque los intereses de una empresa belga suelen coincidir con los intereses de todo el grupo, dependiendo de las circunstancias, los directores de esa empresa tal vez tengan que actuar con mayor independencia del grupo²².

16. Al equilibrar el interés social de una empresa con el interés general del grupo, la legislación belga se refiere a los principios establecidos en el derecho consuetudinario francés para evaluar si determinada operación está bien equilibrada en lo que respecta al interés social (véase Francia, párrs. 22 a 24 *infra*).

D. Brasil

17. La legislación brasileña introdujo la posibilidad de crear un grupo contractual de sociedades. El grupo de sociedades nace de un contrato celebrado entre una sociedad controladora y una o varias sociedades controladas, en virtud del cual se comprometen a combinar recursos o esfuerzos para la consecución de los respectivos objetivos, o a participar en actividades o emprendimientos comunes²³.

18. Aunque cada sociedad conserva su capacidad jurídica y sus propios activos²⁴, el grupo de sociedades puede definir su estructura administrativa y los poderes, deberes y responsabilidades de sus directores²⁵. Los directores de las filiales deben actuar dentro de los límites de los poderes y los deberes determinados por los estatutos y el contrato social, y deben observar las instrucciones emitidas por los directores del grupo que no impliquen una violación de las obligaciones legales o contractuales²⁶. Al parecer, se exige que los directores tengan en cuenta el interés del grupo en su conjunto al evaluar la posibilidad de realizar determinada operación.

²⁰ *Ibid* en [9746].

²¹ International Insolvency Institute, Committee on Corporate and Professional Responsibility, Survey on Director and Officer Duties, Responsibilities, and Accountability, Bélgica (Nora Wouters), pág. 2.

²² *Ibid.*, pág. 3.

²³ Ley 6404/76 de 15 de diciembre de 1976, artículo 265.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*, artículo 272.

²⁶ *Ibid.*, artículo 273.

E. Colombia

19. Colombia ha establecido por ley una definición de grupo empresarial. Una sociedad subordinada o controlada es aquella cuyo poder de decisión se encuentra sometido a la voluntad de otra u otras personas, ya sea directa o indirectamente²⁷. El Código de Comercio también define a un grupo empresarial como aquel en el que existe una unidad de propósito y dirección, es decir, cuando haya un objetivo común determinado por la sociedad matriz o controlante en virtud del control y la dirección que ejerce sobre el grupo en su conjunto, sin perjuicio de que cada entidad tenga una actividad o un propósito diferentes²⁸.

20. No existen obligaciones especiales de los directores en el contexto de un grupo de empresas, pero cada director sigue estando sometido a un deber general de obrar de buena fe y con lealtad, y deberá administrar la empresa de la que es director con la diligencia de un buen hombre de negocios²⁹.

21. En caso de insolvencia, la sociedad matriz responderá por las obligaciones de la sociedad subordinada si la insolvencia o la liquidación se ha producido por causa de las actuaciones que haya realizado en interés de la sociedad controlante o de cualquier otra subordinada, y en contra del beneficio de la sociedad insolvente³⁰. Se presume que la sociedad está en situación de insolvencia por las actuaciones derivadas de ese control, a menos que se demuestre lo contrario³¹.

F. Francia

22. En Francia, la jurisprudencia ha definido a un grupo de empresas como la situación en que determinadas empresas están unidas por un vínculo de dependencia y un control unificado³². Los propósitos de las diferentes empresas no tienen por qué ser idénticos, siempre que exista cierta subordinación de cada entidad jurídica en beneficio del objetivo financiero común del grupo³³.

23. Para que se considere que los directores han cumplido con sus deberes, las operaciones entre las empresas del grupo i) deben tener un interés financiero, económico o social común que se aprecie a la luz de una política elaborada para ese grupo en su conjunto; y ii) no deben efectuarse sin contrapartida ni rompiendo el equilibrio entre los compromisos respectivos de las distintas empresas, ni exceder las posibilidades financieras de la empresa que soporta la carga de la operación³⁴.

24. El interés de cada una de las empresas es la regla principal para evaluar la validez de la operación. No obstante, al parecer el contexto del grupo es un factor que puede influir en el resultado final en lo relativo al cumplimiento de los deberes de los directores para con la empresa.

²⁷ Código de Comercio de Colombia, artículo 260.

²⁸ *Ibid.*, artículo 261.

²⁹ Ley 222 de 1995 (20 de diciembre de 1995), artículo 23.

³⁰ Ley 1116 de 2006 (27 de diciembre de 2006), artículo 61.

³¹ *Ibid.*

³² Cour de cassation [Tribunal Supremo de Francia] Chambre Criminelle, 4 de febrero de 1985, núm. 84-91581.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

G. Alemania

25. En el derecho alemán, se ha introducido el concepto de “responsabilidad del grupo” para crear una obligación aplicable a un director que sea también accionista con participación dominante, a fin de compensar toda pérdida debida al abuso de poder de los directivos³⁵. El Tribunal Federal de Alemania ha sostenido que este régimen se aplica también cuando el accionista es una persona física³⁶: el director, que era también el único accionista, había dirigido la empresa persiguiendo únicamente sus intereses personales, y esta era considerada como una “empresa dominante”, concepto que se equiparaba al de la responsabilidad en un grupo de sociedades.

26. La doctrina de levantar el velo del secreto empresarial se ha definido por otra parte como una responsabilidad por falta civil del director de la empresa cuando la dirección haya inducido a una filial a aceptar asistencia financiera que haya podido tener como consecuencia que esta cayera en la insolvencia³⁷. En consecuencia, el director tiene la obligación, en el período cercano a la insolvencia, de proteger la supervivencia de la empresa independientemente de la existencia de un grupo³⁸.

H. Italia

27. Si bien en el derecho italiano aún no se han aprobado disposiciones especiales relativas a los deberes de los directores en el seno de un grupo de empresas en el período cercano a la insolvencia, el Código Civil contiene disposiciones relativas a la responsabilidad de las empresas matrices y sus directores por daños causados a los accionistas o acreedores de las filiales³⁹. Las entidades jurídicas que ejerzan facultades de “dirección y coordinación” sobre una empresa italiana pueden ser considerados responsables frente a los accionistas minoritarios y los acreedores de la filial por abuso de esas facultades cuando la empresa de control actúe en su propio interés o en el interés de terceros⁴⁰.

28. Si bien el concepto de “dirección y coordinación” aún no se ha interpretado judicialmente, los comentaristas opinan que habrá facultades de “dirección y coordinación” cuando una parte importante de las decisiones administrativas que corresponden a la filial sean adoptadas en forma continua y sustantiva por la gestión de la entidad de control, incluso si las decisiones son aplicadas formalmente por la gestión de la filial. Esta legislación se aplica también al caso en que esas facultades se ejerzan conforme a cualquier estatuto o arreglo especial.

³⁵ INSOL, Directors in the Twilight Zone III, nota 1 *supra*, pág. 321.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*, pág. 322.

³⁹ INSOL, Directors in the Twilight Zone III, nota 1 *supra*, págs. 446 a 448.

⁴⁰ Código Civil italiano, artículo 2497. El control se define en el artículo 2359 del Código Civil italiano como la situación en que una empresa puede: i) ejercer una influencia particular en la asamblea general de accionistas de otra empresa, ya sea que disponga de la mayoría de los derechos de voto o no, o ii) ejercer una influencia particular sobre la empresa controlada en virtud de los vínculos contractuales existentes entre esas dos empresas.

29. Este régimen de responsabilidad se extiende también a todas las personas que estén de acuerdo o se beneficien con la mala gestión (como los directores de la entidad de control u otra de sus filiales), y esas personas pueden ser consideradas responsables solidarias⁴¹. No obstante, podrán ser eximidas de responsabilidad cuando esos daños se reparen totalmente, incluso mediante operaciones posteriores realizadas con ese fin específico, o cuando los daños se vean compensados por el efecto general de las actividades de dirección y coordinación en la filial⁴².

30. Además, las partes perjudicadas (acreedores y accionistas minoritarios) podrán entablar juicio contra la sociedad de control y sus directores solo cuando no puedan recibir indemnización de la filial⁴³. Por consiguiente, esta acción podrá limitarse en la práctica al caso en que la filial haya caído en la insolvencia.

31. Por último, en un contexto de grupo, los directores de la empresa matriz podrán ser responsabilizados solidariamente con los directores de la filial por los daños causados a la filial insolvente debido a un abuso de los poderes de dirección en el seno del grupo⁴⁴.

I. España

32. En el derecho español, se ha definido a un grupo de sociedades como la situación en que una sociedad ostenta o puede ostentar, directa o indirectamente, el control de otra sociedad, en lo que respecta a derechos de voto o nombramiento de los miembros del órgano de administración de la sociedad dependiente, ya sea debido a que posee acciones que le dan derechos de voto o debido a cualquier otro acuerdo⁴⁵.

33. Conforme al derecho español, los directores están sujetos a un deber de lealtad, que debe ejercerse a la luz del interés social, entendido como interés de la propia sociedad⁴⁶. Según la doctrina académica, el derecho español reconoce la existencia y legitimidad de un grupo de empresas, pero sigue siendo difícil evaluar si el interés de una empresa puede extenderse para abarcar el interés del grupo en su conjunto⁴⁷.

J. Suiza

34. En el derecho suizo no existe ninguna disposición relativa al trato otorgable a los grupos de empresas en el ámbito del derecho de sociedades o del régimen de la insolvencia, con excepción de algunas disposiciones específicas sobre derecho contable y bancario. La principal pregunta en lo que respecta a las obligaciones del director de una empresa que forme parte de un grupo es si la subordinación de los

⁴¹ *Ibid.*

⁴² INSOL, Directors in the Twilight Zone III, nota 1 *supra*, pág. 448.

⁴³ Código Civil italiano, artículo 2497.

⁴⁴ INSOL, Directors in the Twilight Zone III, nota 1 *supra*, pág. 448.

⁴⁵ Código de Comercio de España, artículo 42.

⁴⁶ Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), artículo 226.

⁴⁷ José Miguel Embrid Irujo, "Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las sociedades anónimas" (2006) 46 Cuadernos de Derecho y Comercio 9.

intereses de la empresa controlada a los intereses del grupo en su conjunto puede calificarse como incumplimiento de los deberes del director. Este análisis no se modifica exista o no insolvencia.

35. En general, el Tribunal Supremo Federal de Suiza adopta una posición conservadora, y sostiene que los intereses de la empresa deben considerarse desde la perspectiva de cada una de las empresas que la componen y no desde la del grupo en su conjunto⁴⁸. Esta opinión fue confirmada recientemente por el Tribunal⁴⁹: la responsabilidad de un miembro de la junta directiva de la sociedad matriz, que era también miembro de la junta directiva de la filial, se confirmó porque la sociedad matriz, que cayó posteriormente en la insolvencia, había otorgado un préstamo a su filial que en ese momento ya había caído en la insolvencia. Se sostuvo que ese traspaso de los bienes de la sociedad matriz a una filial debía considerarse como un incumplimiento de la obligación para con la sociedad matriz si no había perspectivas de reembolso. Además, el hecho de ser un director de ambas empresas sujetaba al miembro de la junta a un control más estricto con respecto a su responsabilidad por las operaciones interiores del grupo, dado que se estimaba que estaba mejor informado que cualquier parte externa sobre la situación financiera de ambas empresas y los riesgos relacionados con la operación.

K. Estados Unidos de América

36. En los Estados Unidos⁵⁰, se ha sostenido que el núcleo de las obligaciones de los directores se traslada en cierta forma cuando una empresa cae en la insolvencia. En una empresa solvente, los directores tienen obligaciones fiduciarias con respecto a la empresa y sus accionistas⁵¹ y generalmente no directamente con respecto a los acreedores⁵². No obstante, se ha sostenido que, cuando se produce la insolvencia, las obligaciones fiduciarias de los directores se reorientan al menos parcialmente para incluir a los acreedores de la empresa⁵³. Si bien se ha dicho que la cuestión de a quién se deben las obligaciones fiduciarias durante la insolvencia es un tema sujeto a considerable debate y confusión⁵⁴, hay amplio acuerdo en el sentido de que los tribunales deberían conceder algunos derechos adicionales a los acreedores

⁴⁸ Bundesgericht [Tribunal Supremo Federal de Suiza] BGE 138 II 57, 61; BGE 130 III 213, 216 y siguientes.

⁴⁹ Bundesgericht [Tribunal Supremo Federal de Suiza] 4A_74/2012 (18 de junio de 2012).

⁵⁰ Al igual que en el caso de la sección sobre los Estados Unidos de América en INSOL, *Directors in the Twilight Zone III* (nota 1 *supra*, en 697), la presente sección se centrará en el derecho de Delaware, como jurisdicción en la que se constituyen muchas sociedades, y en el derecho federal (para las cuestiones que se resuelven en el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos, y no en los tribunales estatales).

⁵¹ Véase, por ejemplo, *N. Am. Catholic Educ. Programming Foundation, Inc. c. Gheewalla*, 930 A.2d 92, 99 (Del. 2007).

⁵² J. Haskell Murray, “‘Latchkey corporations’: Fiduciary duties in wholly owned, financially troubled subsidiaries” (2011) 36 *Delaware Journal of Corporate Law*, pág. 584; *Geyer c. Ingersoll Publications Co.*, 621 A.2d 784, 787 (Del.Ch. 1992); e *In re Netzel*, 442 B.R. 896, 899 (Bankr. N.D. Ill. 2011).

⁵³ *Geyer c. Ingersoll*, *ibid* en 787 e *In re Netzel*, *ibid* en 899.

⁵⁴ Murray, “Latchkey corporations”, nota 52 *supra* en 587.

cuando una empresa sea insolvente o se halle en el período cercano a la insolvencia⁵⁵.

37. No obstante, aún no se ha llegado a un acuerdo acerca de la amplitud de esos derechos y el momento en que se originan⁵⁶. Si bien la legislación ha sido clara durante cierto tiempo en cuanto a que los acreedores tienen derecho a que se les contemple en virtud de ciertas obligaciones fiduciarias de los directores cuando la empresa cae en la insolvencia⁵⁷, una sentencia de 1991 creó incertidumbre acerca del contenido y el momento en que surgen esos derechos al sostener que “al menos cuando una empresa esté operando en el período cercano a la insolvencia, una junta directiva no es meramente el agente de quienes asumen el riesgo residual, sino que está obligada frente a la empresa”⁵⁸. Una decisión más reciente aclaró que los acreedores de una empresa no tenían derecho a presentar demandas fiduciarias directas contra la empresa independientemente de su solvencia, pero sostuvo que una vez que se había producido la insolvencia, los acreedores de la empresa podían incoar demandas derivadas en representación de la empresa contra los directores por incumplimiento del deber fiduciario⁵⁹. Desafortunadamente, la decisión no abordó la cuestión de si los acreedores tienen un derecho similar a presentar demandas derivadas por incumplimiento del deber fiduciario en el período cercano a la insolvencia, ni tampoco ha habido ningún caso hasta la fecha del que se pudieran extraer directrices para cuando una empresa está entrando en la “proximidad de la insolvencia”. Además, otros estados otorgan a los acreedores capacidad legal para incoar una demanda por incumplimiento de los deberes fiduciarios cuando la filial está en la “zona” o en la “proximidad” de la insolvencia⁶⁰, y no limitan esa capacidad legal a demandas derivadas en nombre de la filial.

38. En el contexto de un grupo de empresas, se ha sostenido que los directores de filiales solventes de propiedad total⁶¹ están obligados a gestionar los asuntos de la

⁵⁵ *Ibid* en 588 y *N. Am. Catholic Educ. Programming Foundation, Inc. c. Gheewalla*, nota 51 *supra* en 101.

⁵⁶ Véase, en general, *INSOL, Directors in the Twilight Zone III*, nota 1 *supra* en págs. 704 a 706.

⁵⁷ *Geyer c. Ingersoll Publications Co.*, nota 52 *supra* en 787.

⁵⁸ *Crédit Lyonnais Bank Nederland, N.V. c. Pathé Communications Corp.* 1991 WL 277613 (Del. Ch., 30 de diciembre de 1991).

⁵⁹ *N. Am. Catholic Educ. Programming Foundation, Inc. c. Gheewalla*, nota 51 *supra* en 101 e *In re Netzel*, nota 52 *supra* en 901.

⁶⁰ Murray, “Latchkey corporations”, nota 52 *supra* en 588-591 y 608; *Carrieri c. Jobs.com Inc.*, 393 F.3d 508, 534 n.24; *In re James River Coal Co.*, 360 B.R. 139, 170 (Bankr. E.D. Va. 2007).

⁶¹ Fuera del contexto de la filial de propiedad total, se ha dicho que el conflicto entre las obligaciones debidas a la empresa controlada y a la matriz es de escasa importancia práctica, dado que las decisiones de los directores están por lo general protegidas por las disposiciones de la regla del criterio comercial y la carta exculpatoria. Véase Murray, “Latchkey corporations”, nota 52 *supra* en la pág. 580 y *Orman c. Cullman*, 794 A.2d 5, 22 (Del. Ch. 2002) (observando que la presunción de la regla del criterio comercial protege mucho las decisiones de los directores, pero puede refutarse en determinadas circunstancias, por ejemplo, si los directores estaban “interesados” en el resultado de la operación impugnada) y Del. Code Ann tit. 8 § 102 b) 7) (que permite que las empresas eliminen la responsabilidad por daños debido al incumplimiento del deber de diligencia salvo en el caso de incumplimiento del “deber del director de lealtad a la empresa o a sus accionistas”).

filial únicamente en el mejor interés de la empresa matriz y sus accionistas⁶². Otra jurisprudencia, a veces más reciente, ha limitado la aplicación de ese caso, y ha sostenido que los directores de una filial solvente de propiedad total tienen obligaciones fiduciarias para con la empresa filial y también para con su único accionista, la empresa matriz⁶³.

39. No obstante, el estado actual de la legislación en lo que respecta a las obligaciones de los directores en el seno de grupos de empresas en el período cercano a la insolvencia es bastante incierto. Como se observó anteriormente en el párrafo 37, los acreedores pueden incoar demandas derivadas en nombre de una empresa insolvente por los daños que le han causado sus directores o su accionista con participación dominante⁶⁴. Además, como se observó anteriormente en la nota 61, los directores de las filiales pueden verse expuestos a demandas por incumplimiento del deber de lealtad o a demandas contra el “director interesado” que pueden incoar como demandas derivadas los acreedores de la filial. En el período cercano a la insolvencia, los directores de filiales de propiedad total que simplemente acatan los deseos de la empresa matriz y aprueban negocios que tienen como resultado la insolvencia de la filial podrían tener que responder por incumplimiento del deber de lealtad o ser objeto de demandas contra el “director interesado”⁶⁵. Por lo tanto, el estado actual de la legislación puede alentar a los directores de filiales de propiedad total en el período cercano a la insolvencia a concentrarse en los intereses de los acreedores de la filial en lugar de gestionarla teniendo presente el mejor interés de la empresa matriz y de la filial, aunque no exista una obligación fiduciaria específica frente a los acreedores de la filial porque esa filial aún no ha caído en la insolvencia. Es así que en el período cercano a la insolvencia, los directores de filiales de propiedad total al parecer deben actuar teniendo presente el mejor interés de la filial, lo que puede incluir los intereses de la matriz accionista única, y también puede incluir los intereses de los acreedores de la filial⁶⁶.

III. Cuestiones que deben examinarse

40. A partir del análisis que antecede, cabe observar que la cuestión de las obligaciones de los directores en la zona de insolvencia en el contexto de grupos de empresas 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

⁶² *Anadarko Petroleum Corp. c. Panhalde Eastern Corp.* 545 A.2d 1171 (Tribunal Supremo de Delaware, 1988) y *Trenwick Am. Litigation Trust c. Ernst & Young, L.L.P.*, 906 A.2d 168, 196 n.75 (Del. Ch. 2006).

⁶³ *First American Corporation c. Al-Nahyan*, 17 F Supp. 2d 26 (DC, 1998) e *In re Touch American Holdings, Inc.*, 401 BR 107, 129 (Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el Distrito de Delaware, 2009). No obstante, la realidad es que en la práctica, cuando una filial de propiedad total es solvente, solo la matriz tiene capacidad legal para presentar una típica demanda por incumplimiento de obligaciones fiduciarias: Murray, “Latchkey corporations”, nota 52 *supra* en 597.

⁶⁴ Murray, “Latchkey corporations”, nota 52 *supra* en 603.

⁶⁵ *Ibid* en 605.

⁶⁶ *Ibid* en 607-608.

desarrollado en muchas jurisdicciones, pero hay cuestiones que siguen siendo algo confusas en lo que respecta a las obligaciones de los directores en esas situaciones.

41. A la luz de la creciente importancia de los grupos de empresas en las actividades comerciales modernas a nivel mundial, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de ofrecer alguna orientación en este ámbito mediante la inclusión de la cuestión de las obligaciones de los directores de miembros de grupos de empresas durante el período cercano a la insolvencia en su labor actual. De ser así, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la mejor manera de incluir este tema. En sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también si sería útil recordar el enfoque adoptado con respecto a las disposiciones en materia de impugnación de las operaciones efectuadas entre empresas de un mismo grupo que figuran en la recomendación 217 de la tercera parte de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia).
