



Asamblea General

Distr. general
30 de enero de 2019
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

52º período de sesiones

Viena, 8 a 26 de julio de 2019

Finalización y adopción de textos sobre el régimen de la insolvencia

Proyecto de texto sobre las obligaciones de los directores de empresas pertenecientes a un grupo en el período cercano a la insolvencia

Nota de la Secretaría

1. En un anexo de la presente nota, la Secretaría transmite a la Comisión, para que esta finalice y apruebe en su 52º período de sesiones, en 2019, un proyecto de texto sobre las obligaciones de los directores de empresas pertenecientes a un grupo en el período cercano a la insolvencia, conforme a lo solicitado por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) en su 54º período de sesiones (Viena, 10 a 14 de diciembre de 2018) ([A/CN.9/966](#), párr. 113). En el proyecto de texto se incorporan los cambios que el Grupo de Trabajo convino en introducir en el documento [A/CN.9/WG.V/WP.153](#) en ese período de sesiones ([A/CN.9/966](#), párr. 112).

2. La labor sobre este tema continuó en el Grupo de Trabajo paralelamente a la elaboración de un texto legislativo sobre la insolvencia de grupos de empresas basado en proyectos preparados por la Secretaría ([A/CN.9/WG.V/WP.125](#), [A/CN.9/WG.V/WP.129](#), [A/CN.9/WG.V/WP.139](#) y [A/CN.9/WG.V/WP.153](#))¹. Se emprendió esta tarea reconociendo que ni en la tercera parte de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia*, en la que se examinaba el trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia (2010)², ni en la cuarta parte de esa *Guía legislativa*, que trataba de las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia (2013)³, se regulaban las cuestiones específicas que podrían afectar a las obligaciones de los directores que desempeñaban esa función para una o más empresas de un grupo (por ejemplo, un conflicto entre las obligaciones de un director frente a su propia empresa y los intereses del grupo al que pertenecía esa empresa). En su 44º período de sesiones (Viena, 16 a 20 de diciembre de 2013), el Grupo de Trabajo, consciente de la importancia de abordar esas cuestiones y de estudiar la forma en que la

¹ Véanse los informes del Grupo de Trabajo sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 46º, 47º, 49º, 52º y 54º ([A/CN.9/829](#), [A/CN.9/835](#), [A/CN.9/870](#), [A/CN.9/931](#) y [A/CN.9/966](#)).

² Publicada en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/leg-guide-insol-part3-ebook-s.pdf>.

³ Publicada en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/leg-guide-insol-part4-ebook-s.pdf>.



cuarta parte de la *Guía legislativa* podría aplicarse en el contexto de los grupos de empresas, 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 iniciar prematuramente procedimientos de insolvencia ([A/CN.9/798](#), párr. 23).

3. En sus períodos de sesiones 48º a 50º (2015 a 2017), la Comisión observó que, si bien la labor realizada respecto de estas cuestiones ya estaba bien avanzada, el texto correspondiente no se remitiría a la Comisión para su finalización y aprobación hasta que se hubieran hecho progresos suficientes en relación con el tema de la insolvencia de los grupos de empresas que permitieran garantizar la uniformidad de criterios entre los textos conexos⁴. En su 51º período de sesiones, celebrado en 2018, la Comisión observó que se había preparado un proyecto de comentario y recomendaciones sobre las obligaciones de los directores de empresas de un grupo en el período cercano a la insolvencia y que era probable que ese texto pudiera finalizarse y aprobarse al mismo tiempo que el proyecto de ley modelo sobre la insolvencia de grupos de empresas y su guía para la incorporación al derecho interno⁵.

4. El proyecto de texto que figura en el anexo de la presente nota se preparó en el entendimiento de que pasaría a ser una sección adicional de la cuarta parte de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia*, que trata de las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia. Las remisiones que se hacen en el proyecto de texto reflejan ese enfoque. Las partes del proyecto de texto que figuran entre corchetes se completarán cuando la Comisión apruebe un proyecto de ley modelo sobre la insolvencia de grupos de empresas y su guía para la incorporación al derecho interno.

⁴ Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17 ([A/70/17](#)), párr. 235; *ibid.*, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17 ([A/71/17](#)), párr. 243; e *ibid.*, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17 ([A/72/17](#)), párr. 269.

⁵ *Ibid.*, septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17 ([A/73/17](#)), párr. 132.

Anexo**Proyecto de texto sobre las obligaciones de los directores de empresas pertenecientes a un grupo en el período cercano a la insolvencia****Índice**

	<i>Página</i>
Introducción y finalidad de esta sección.	4
Glosario.	4
I. Antecedentes.	5
II. Elementos de las obligaciones de los directores de empresas pertenecientes a un grupo en el período cercano a la insolvencia.	8
A. La naturaleza de las obligaciones.	8
Recomendaciones 267 y 268.	9
B. Determinación de las personas en quienes recaen las obligaciones.	11
C. Conflictos de obligaciones.	12
Recomendaciones 269 y 270.	13

Introducción y finalidad de esta sección

1. Esta sección se basa en 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 esas 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 modificar el texto de esas recomendaciones para que fuesen aplicables a los directores¹ en el contexto de los grupos de empresas. Las recomendaciones 257 a 266 de la primera sección siguen siendo aplicables en el contexto de los grupos de empresas; 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 de la presente sección.

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 ya lo ocupa, en más de una empresa de un mismo grupo y surge un conflicto a la hora de cumplir las obligaciones contraídas por ese director con cada una de esas empresas.

3. La presente sección debería leerse junto con la primera sección de este proyecto y con la tercera parte de la *Guía legislativa*. [Además, en 2019 la CNUDMI aprobó un texto legislativo, la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas”, que tiene por objeto facilitar los procedimientos relacionados con la insolvencia de grupos de empresas. En dicho texto, así como en su *Guía para la incorporación al derecho interno*, se prevé un marco cuyo fin es racionalizar esos procedimientos y ayudar a elaborar una solución colectiva de la insolvencia, en particular mediante el establecimiento de un régimen aplicable al reconocimiento transfronterizo de las soluciones colectivas de la insolvencia y a las medidas que podrían ser necesarias para apoyar la elaboración de esas soluciones. Esa Ley Modelo y su *Guía para la incorporación al derecho interno* proporcionan información que resultará útil para los directores y otros titulares de cargos que son el tema central de la presente sección.]

Glosario

4. En la presente sección se utiliza la misma terminología que en las demás partes de la *Guía legislativa*. Los términos adicionales que se definen a continuación están relacionados específicamente con esta sección y deberían leerse junto con los términos y explicaciones que figuran en el glosario principal y en el glosario correspondiente a la tercera parte de la *Guía legislativa*.

a) Por “empresa del grupo” se entenderá toda empresa que forme parte de un grupo de empresas;

b) Por “representante del grupo” se entenderá la persona o el órgano, incluso nombrado a título provisional, que esté autorizado a actuar como representante de un procedimiento de planificación;

c) Por “solución colectiva de la insolvencia” se entenderá una propuesta o un conjunto de propuestas elaboradas en un procedimiento de planificación para la reorganización, la venta o la liquidación de todos o algunos de los bienes u operaciones de una o más empresas del grupo, con miras a proteger, conservar, realizar o acrecentar el valor total combinado de esas empresas del grupo;

¹ La cuestión de quién puede ser considerado director a los efectos de esta sección se analiza en la primera sección, cap. II, párrs. 13 a 16. Si bien no existe una definición universalmente aceptada del término, por comodidad en esta sección se sigue utilizando en general el término “directores”.

d) Por “procedimiento principal” se entenderá un procedimiento de insolvencia que tiene lugar en el Estado en que la empresa deudora que forma parte del grupo tiene el centro de sus principales intereses; y

e) Por “procedimiento de planificación” se entenderá un procedimiento principal abierto respecto de una empresa del grupo, siempre y cuando:

- i) una o más empresas del grupo estén participando en ese procedimiento principal con el fin de elaborar y aplicar una solución colectiva de la insolvencia;
- ii) la empresa del grupo que sea objeto del procedimiento principal sea probablemente parte necesaria y esencial de esa solución colectiva de la insolvencia; y
- iii) se haya nombrado a un representante del grupo.

A reserva de lo dispuesto en los incisos i) a iii) anteriores, el tribunal podrá reconocer como procedimiento de planificación un procedimiento que haya sido aprobado por un tribunal que sea competente respecto de un procedimiento principal de una empresa de un grupo con el fin de elaborar una solución colectiva de la insolvencia en el sentido de la [Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas].

I. Antecedentes

5. En la primera sección 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 leyes vigentes. 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 debate². Además, en la primera sección 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 se ha modificado el régimen legal de la insolvencia para dar más opciones de acción temprana, se ha prestado poca atención a brindar a los directores los incentivos adecuados para que recurran a esas medidas³. Asimismo, en la primera sección se promueve la creación de incentivos adecuados al determinar, para incluirlas en la ley relativa a la insolvencia, las obligaciones básicas que puede tener el 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 iniciado el procedimiento de insolvencia.

6. 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 haber sido desarrollada ampliamente en la legislación nacional. Si bien el concepto de grupos de empresas se ha examinado y elaborado en muchas jurisdicciones, la cuestión de las obligaciones de los directores de una o más empresas pertenecientes a un grupo sigue siendo algo confusa.

7. 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 de un grupo y pueden implicar distintos niveles de participación en el capital social y control. Esos factores, junto con la adhesión al criterio de la identidad jurídica independiente de cada empresa del grupo y la falta generalizada de cualquier reconocimiento explícito de la realidad de los grupos de empresas en la legislación aplicable a cada una de las empresas que los componen, presentan varios problemas a los directores de las empresas pertenecientes

² Véase el cap. I de la primera sección, párrs. 8 a 10.

³ *Ibid.*, párr. 6.

a un grupo. La adhesión al criterio de la identidad jurídica independiente de cada empresa del grupo significa que los directores deben normalmente promover el éxito y defender los intereses de la empresa que dirigen, respetando la responsabilidad limitada de esta y velando por que sus intereses no sean sacrificados en favor de los del grupo. Eso debe lograrse independientemente de los intereses que tenga el grupo de empresas en su conjunto, la posición de la empresa del director en la estructura del grupo de empresas, 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. No obstante, cuando la actividad comercial de esa empresa forma parte de un grupo de empresas y depende, al 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. No comprender la complejidad de las obligaciones de los directores puede llevar al fracaso que se desea evitar. En la tercera parte de la *Guía legislativa* 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 de empresas a nivel más amplio⁴.

8. La obligación de un director de actuar en interés de la empresa que dirige puede ser más compleja aún en el contexto de los grupos de empresas cuando el director de una empresa del grupo desempeña esa función u ocupa un cargo ejecutivo o de gestión en otra u 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 tratarlos de manera aislada. Además, los intereses de esas empresas del grupo 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, es razonable que se prevean algunas salvaguardias para proteger los intereses de los acreedores de las empresas afectadas del grupo y de otras personas interesadas.

9. Cabe citar, como ejemplos de situaciones en que los intereses de algunas empresas de un grupo podrían verse afectados por los intereses del grupo de empresas 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 de empresas en su conjunto, incluida su propia empresa; o la situación en que una empresa perteneciente a un grupo conviene en traspasar su empresa o sus bienes o cederle una oportunidad comercial a otra empresa del mismo grupo o celebrar un contrato con esa empresa en condiciones que no podrían considerarse viables desde el punto de vista comercial, pero que en última instancia redundarán en beneficio de los negocios de la empresa del grupo que acepta hacer dicho traspaso, cesión o contrato; o el caso en que una empresa perteneciente a un grupo constituye garantías recíprocas con otras empresas del mismo grupo para ayudar al grupo de empresas en su conjunto a hacer un uso más eficaz de sus bienes para financiar actividades colectivas del grupo de empresas.

10. 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 del grupo de empresas a fin de obtener la máxima eficiencia y concebir soluciones colectivas de la insolvencia para resolver las dificultades financieras del

⁴ *Guía legislativa*, Tercera parte, cap. I.

grupo de empresas en su conjunto o de algunas de sus partes. En esos momentos puede haber también más oportunidades para aprovecharse de las empresas más vulnerables y dependientes de un grupo en beneficio de otras empresas del mismo grupo, por ejemplo mediante la enajenación 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.

11. Al determinar qué es lo que más conviene a los intereses de la empresa del grupo que dirige, un director puede ponderar y tener en cuenta varios intereses. Entre esos intereses pueden figurar también los intereses de otras empresas del grupo, o del grupo en su conjunto, en los casos en que esos intereses sean compatibles también con los intereses de la empresa del grupo que dirige. En la medida en que el modo de actuar por el que opte un director en esas circunstancias sea razonable y esté orientado 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 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 respecto de los intereses en pugna.

12. Si bien, como se señaló más arriba, en pocas legislaciones se regulan las obligaciones de los directores en el contexto de los grupos de empresas, algunos tribunales de diferentes jurisdicciones han tenido en cuenta en distinta medida la realidad en la que operan en la práctica los grupos de empresas. Aunque se sigue poniendo el énfasis en que los directores ejercen sus facultades en beneficio de su propia empresa o empresas del grupo, es posible que en algunas jurisdicciones se permita que un 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 su empresa dependen del bienestar del grupo de empresas en su conjunto. Sin embargo, por lo general el beneficio colectivo no basta por sí solo para justificar los actos considerados perjudiciales para los acreedores. Por otra parte, también se podría exigir que los directores tuviesen en cuenta cualquier perjuicio que fuese razonable prever para su empresa como consecuencia de la medida adoptada y que tomasen en consideración la situación de los acreedores no garantizados de su empresa, especialmente cuando pudiera verse afectada la solvencia de esta. Esta última consideración es de particular importancia cuando la operación consiste en dar una garantía o una fianza como respaldo de 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.

13. En otras jurisdicciones se permite que el director de una empresa de un grupo actúe en interés de todo el grupo cuando se dan determinadas circunstancias, 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 una política coherente y de largo plazo del grupo de empresas; y que de buena fe el director haya supuesto razonablemente que cualquier perjuicio sufrido por su empresa se vería oportunamente compensado con otras ventajas. Según otro enfoque, se permite 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 documentos constitutivos de la empresa 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.

14. En la presente sección se indica hasta qué punto el director de una empresa de un grupo puede tener en cuenta factores ajenos a la empresa que dirige en el período cercano a la insolvencia y las salvaguardias que serían aplicables. Esos factores reflejarán, en mayor o menor medida, aspectos de la realidad económica del grupo de

empresas. En esta sección se propone que se establezcan en la ley determinados principios relacionados con 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 encargados de la formulación de políticas al examinar y elaborar los marcos jurídicos y reguladores pertinentes. Si bien se reconoce la conveniencia de lograr los objetivos del régimen de la insolvencia (enunciados en la primera parte de la *Guía legislativa*, cap. I, párrs. 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 peligros y dificultades para los empresarios.

15. 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, sino que se centra la atención únicamente en las obligaciones que podrían establecerse en la ley 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. La naturaleza de las obligaciones

16. La justificación para imponer obligaciones a los directores en el período inmediatamente anterior a la insolvencia se expone en la primera sección (cap. I, párrs. 1 a 7) y es 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 a que se hace referencia 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 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 de la *Guía legislativa*) y la posibilidad de aumentar al máximo el valor dentro del grupo de empresas diseñando una solución colectiva de la insolvencia para hacer frente a las dificultades financieras del grupo que se aplique a todo el grupo de empresas o a algunas de sus partes. Las soluciones colectivas de la insolvencia podrían requerir que el director de una empresa del grupo que tiene dificultades financieras adopte medidas que quizás parezcan, a primera vista, perjudiciales para esa empresa, pero que, en última instancia, logren mejores resultados para esta 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 probablemente no resulte beneficiada la empresa que tiene dificultades financieras puede exponer a los directores al riesgo de incurrir en responsabilidad por no cumplir sus obligaciones de manera razonable.

17. 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 sea necesario contemplar también los intereses del grupo en general. Conforme a la recomendación 255, los directores deberían estar obligados a tener debidamente en cuenta los intereses de los acreedores y demás interesados de la empresa perteneciente al grupo. Los intereses de los acreedores pueden protegerse estableciendo la norma de “no crear condiciones más desfavorables”, es decir, que las medidas que se adopten no coloquen a los acreedores en una situación más desfavorable que si esas medidas no se hubiesen adoptado.

18. En la primera sección (cap. II, párr. 5) 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, cuando ello sea inevitable, reducir al mínimo sus consecuencias. Esas medidas seguirían siendo aplicables en el contexto de los grupos de empresas y, dependiendo de la situación de hecho, podrían complementarse con otras medidas para las cuales podría efectivamente ser necesario entablar cierto grado de asistencia recíproca y cooperación con otras empresas del grupo. Esas medidas complementarias podrían verse afectadas por la posición de la empresa dentro del grupo y hacer necesario determinar si la aplicación de una solución colectiva de la insolvencia para el grupo de empresas en su conjunto o para algunas de sus partes podría contribuir en mayor medida a mantener el valor o a generar más valor que la adopción de medidas relacionadas únicamente con esa empresa en particular. Cabría considerar la posibilidad de evaluar las obligaciones, tanto financieras como jurídicas, contraídas por la empresa que dirige el director 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 cercano a la insolvencia como después de la apertura oficial del procedimiento), incluida la cuestión de si la empresa que dirige puede proporcionar esa financiación a otras empresas del grupo; y las consecuencias que tendrían las posibles soluciones colectivas de la insolvencia, ya sea que se apliquen solamente a la empresa que dirige el director o al grupo de empresas en general, para los acreedores y demás interesados de la empresa que dirige. El director también podría considerar la posibilidad de adoptar medidas para organizar negociaciones oficiosas con los acreedores, por ejemplo, negociaciones voluntarias de reestructuración, con vistas a diseñar una solución colectiva de la insolvencia para el grupo de empresas en su conjunto o para algunas de sus partes cuando ello redunde en beneficio de la empresa que dirige.

19. Cuando la insolvencia sea inevitable y se haya de iniciar 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 los procedimientos, como se expone en la tercera parte de la *Guía legislativa*⁵.

Recomendaciones 267 y 268

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas a las obligaciones de los responsables de adoptar decisiones acerca de la gestión de una empresa de 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 estén enterados de sus funciones y responsabilidades en esas circunstancias;
- c) reconocer que la posición de una empresa dentro del grupo repercute en la manera en que debería administrarse esa empresa para hacer frente a su insolvencia inminente o inevitable, así como en las obligaciones de los responsables de adoptar decisiones acerca de la gestión de esa empresa, en particular cuando también sean responsables de adoptar decisiones sobre la gestión de otras empresas del mismo grupo; y
- d) permitir que, cuando proceda, se administre una empresa perteneciente a un grupo de modo que se aumente al máximo su valor dentro del grupo de empresas promoviendo métodos de solución de la insolvencia para el grupo de empresas en su conjunto o para algunas de sus partes, adoptando al mismo tiempo medidas razonables

⁵ *Ibid.*, recomendaciones 202 a 210.

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 se hubiese administrado de manera de promover esos métodos de solución de la insolvencia.

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

a) no redunden innecesariamente en perjuicio de la reorganización satisfactoria de la empresa del grupo, teniendo en cuenta tanto los posibles beneficios de aumentar al máximo el valor del grupo de empresas y de promover una solución colectiva 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) no desalienten la participación en la gestión de las empresas, especialmente de las que experimenten dificultades financieras; o

c) no impidan que se emplee un discernimiento comercial razonable o que se asuma un riesgo comercial razonable.

Contenido de las disposiciones legislativas

Las obligaciones

267. a) La ley relativa a la insolvencia debería especificar que las obligaciones enunciadas en la recomendación 255 serán aplicables a la persona que se determine con arreglo a la recomendación 258 con respecto a una empresa que forme parte de un grupo de empresas;

b) En la medida en que ello no sea incompatible con esas obligaciones, la persona a que se hace referencia en el apartado a) podrá adoptar medidas razonables para promover una solución colectiva que haga frente a la insolvencia del grupo de empresas en su conjunto o de algunas de sus partes. Al hacerlo, esa persona podrá tener en cuenta los posibles beneficios de aumentar al máximo el valor del grupo de empresas en su conjunto, adoptando al mismo tiempo 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 se hubiese administrado 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 que la persona mencionada en la recomendación 267, apartado a), tenga frente a la empresa del grupo en la que haya sido nombrada, en el contexto de los grupos de empresas se podrían adoptar, entre otras, las medidas razonables siguientes, además de las enunciadas 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 el valor o generar más valor estudiando la posibilidad de adoptar una solución colectiva de la insolvencia para el grupo de empresas en su conjunto o para algunas de sus partes;

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

c) evaluar si los acreedores y demás interesados de la empresa del grupo saldrían más favorecidos si se adoptara una solución colectiva 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 colectiva de la insolvencia para el grupo en su conjunto o para algunas de sus partes;
 - e) celebrar negociaciones oficiosas con los acreedores, por ejemplo, negociaciones voluntarias de reestructuración⁶, cuando se organicen para el grupo de empresas en su conjunto o para algunas de sus partes, y participar en esas negociaciones; y
 - f) estudiar si convendría o no iniciar un procedimiento oficial de insolvencia.
2. cuando se prevea iniciar un procedimiento oficial de insolvencia, evaluar en qué tribunal debería iniciarse, si es posible o procedente presentar una solicitud conjunta⁷ con otras empresas pertinentes del grupo y si debería haber una coordinación procesal del procedimiento⁸.

B. Determinación de las personas en quienes recaen las obligaciones

20. 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 negocios 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, por ejemplo, cuando las juntas directivas de dos empresas del grupo están integradas prácticamente por las mismas personas; cuando la mayoría de los miembros de la junta directiva de una empresa del grupo son designados por otra empresa del grupo que tiene una posición dominante; cuando una de las empresas del grupo controla la gestión y la adopción de decisiones financieras del grupo de empresas; 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.

21. Puede haber también algunos grupos en los que sea difícil determinar los límites precisos 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 independientes de esa empresa del grupo no se tengan generalmente en cuenta en las actividades cotidianas del grupo de empresas. En esas situaciones, pueden plantearse conflictos graves entre 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.

22. En el contexto de los grupos de empresas también podrían considerarse comprendidos en la categoría de “director” otra empresa del grupo o el director de otra empresa del grupo, incluidos los directores virtuales⁹ 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, de todos modos se podría considerar que la primera es directora virtual de la segunda cuando influye en las actividades de esta última o las dirige.

⁶ *Ibid.*, Primera parte, cap. II, párrs. 2 a 18.

⁷ *Ibid.*, Tercera parte, recomendaciones 199 a 201.

⁸ *Ibid.*, recomendaciones 202 a 210.

⁹ El término se explica en la primera sección, cap. II, nota 11 de pie de página en relación con el párr. 13.

23. En la primera sección (cap. II, párrs. 13 a 16) se examina la cuestión de las personas en quienes recaen las obligaciones mencionadas más arriba. La recomendación 258 está formulada en términos amplios, al establecer que 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 de esa recomendación se señalan los tipos de funciones que cabría esperar que cumpliera esa persona. Esas consideraciones serían aplicables también en el contexto de los grupos de empresas que se examina en esta sección.

C. Conflictos de obligaciones

24. Una situación que puede darse con frecuencia en los grupos de empresas es que un director desempeñe esa función u ocupe un cargo ejecutivo o de gestión en más de una empresa del grupo, ya sea como resultado de la participación en el capital social y la estructura de control del grupo de empresas, las alianzas entre empresas del grupo o los lazos de parentesco dentro del grupo, o bien como consecuencia de algún otro aspecto relacionado con la forma en que están organizadas las actividades comerciales del grupo de empresas¹⁰. Cualquiera sea el motivo, un director que integre las juntas directivas o sea responsable de la administración de varias empresas diferentes del mismo grupo puede enfrentar, en el período cercano a la insolvencia, un posible conflicto entre las obligaciones contraídas con esas empresas al intentar determinar el modo de actuar que ofrece 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 jerárquica dentro del grupo de las empresas que dirige ese director, del grado de integración entre las empresas del grupo y de la incidencia del control y la participación en el capital social. Por ejemplo, cuando 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.

25. Además, los intereses de las empresas del grupo que son dirigidas por el director pueden estar estrechamente entrelazados con los del grupo en general, haciendo necesario que se tome en cuenta la realidad económica del grupo de empresas en su conjunto. En esas circunstancias, algunas medidas que podrían considerarse perjudiciales para una empresa que actuara como una entidad autónoma tal vez parezcan razonables cuando se consideran en ese contexto más amplio. El negocio de una filial, por ejemplo, puede depender en general de la actividad comercial del grupo de empresas 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 en su conjunto y, en última instancia, salvar el negocio de la propia filial.

26. 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, así como la forma en que podría resolverse. En algunas situaciones puede bastar con que el director comunique información pertinente con respecto al conflicto, en particular sobre su naturaleza y alcance, a las juntas directivas afectadas, mientras que en otras circunstancias puede ser razonable comunicarlo a más personas, por ejemplo, a los acreedores y otras partes interesadas, como las juntas directivas de otras empresas del grupo. Esa comunicación puede ser suficiente para demostrar que el director actúa siempre con integridad y, si se alegara que no ha mantenido la imparcialidad o la independencia exigidas, la situación podrá evaluarse en función de las circunstancias comunicadas.

¹⁰ *Guía legislativa*, Tercera parte, cap. I, párrs. 6 a 15.

27. En algunas situaciones puede ser apropiado que el director se abstenga de participar en toda decisión relacionada con el 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 acto deliberado 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 dimisión podría incluir la renuncia a un cargo en la junta directiva de una empresa insolvente o solvente del grupo. Si bien la opción de dimitir puede liberar al director del dilema, 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 (cap. II, párr. 27), 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 que podrían sufrir los acreedores ante la insolvencia inminente.

28. Una buena gestión empresarial que facilite 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 gestionar 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 incompatibles, que los directores deberán examinar y evaluar cuidadosamente.

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 el 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 deberán adoptarse para cumplir esas obligaciones.

Contenido de las disposiciones legislativas

Conflictos de obligaciones

269. La ley relativa a la insolvencia debería prever aquellas situaciones en que, a partir del momento mencionado en la recomendación 257, el 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 otras partes interesadas de esas distintas empresas del grupo.

Medidas razonables para gestionar un conflicto de obligaciones

270. En la ley relativa a la insolvencia se podría establecer que un director que se enfrente a un conflicto de obligaciones deberá adoptar medidas razonables para gestionarlo. 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 personas 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 las decisiones de la junta directiva de ninguna de las empresas afectadas del grupo sobre las cuestiones que dieron lugar a un conflicto de obligaciones, ni ii) estar presente en reunión alguna de una junta directiva en la que se hayan de examinar esas cuestiones;
- d) solicitar el nombramiento de un director adicional cuando no se pueda resolver un conflicto de obligaciones; y
- e) como último recurso, si no existiera otra salida, dimitir de la junta o juntas directivas correspondientes.