



# Asamblea General

Distr. limitada  
6 de octubre de 2014  
Español  
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para  
el Derecho Mercantil Internacional**  
**Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)**  
**46° período de sesiones**  
Viena, 15 a 19 de diciembre de 2014

## 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
I. La naturaleza de las obligaciones: recomendaciones 255 y 256 (Grupos de empresas) . . . . .	5-8	3
A. Proyectos de recomendación . . . . .	--	3
B. Notas . . . . .	5-8	5
II. Conflictos de obligaciones . . . . .	9	7
A. Proyecto de recomendación . . . . .	--	7
B. Notas . . . . .	9	7
III. Determinación de las partes en las que recaen las obligaciones: recomendación 258 . . . . .	10-11	8
A. Recomendación . . . . .	--	8
B. Notas . . . . .	10-11	8



## 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 fondo acerca de la naturaleza de los grupos de empresas; las razones para gestionar la actividad comercial por conducto de un grupo de empresas; la definición de un grupo de empresas mediante conceptos tales como la participación en el capital social y el control de una empresa; y la reglamentación de los grupos de empresas. En la cuarta parte de la Guía Legislativa se abordan las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia y se examinan cuestiones relacionadas con las obligaciones de los directores en ese período y, en particular, el motivo por el que se imponen obligaciones específicas en ese período en virtud del régimen de la insolvencia, y no en virtud del derecho de sociedades. Ni en la tercera ni en la cuarta parte se regulan las cuestiones específicas que podrían afectar las obligaciones de los directores cuando ocuparan ese puesto en una o más empresas de un grupo.

2. En su 44º período de sesiones (2013), el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) 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 que era obvio que había problemas prácticos de difícil solución en este ámbito y que las eventuales soluciones serían muy beneficiosas para el funcionamiento de regímenes de la insolvencia eficaces. Al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo señaló que había cuestiones que convenía abordar con cautela, a fin de que las soluciones no obstaculizaran la recuperación de las empresas, no crearan dificultades a los directores en sus esfuerzos por seguir facilitando esa recuperación o no influenciaran a los directores induciéndolos a abrir prematuramente procedimientos de insolvencia. Habida cuenta de esas consideraciones, el Grupo de Trabajo convino en que sería útil que las próximas medidas fueran adoptadas oficiosamente por un grupo de expertos cuya función consistiera en examinar el modo en que cabría aplicar la parte cuarta de la Guía Legislativa en el contexto de los grupos de empresas, así como determinar las cuestiones suplementarias que hubiera que tratar (como, por ejemplo, los conflictos entre las obligaciones de un director respecto de su propia empresa y los intereses del grupo de empresas, y cuestiones del derecho aplicable). El grupo de expertos oficioso debía informar al Grupo de Trabajo a más tardar durante el segundo semestre de 2014 (A/CN.9/798, párrafo 23).

3. Este documento de trabajo ha sido preparado por la Secretaría tras la celebración de consultas con un grupo de expertos oficioso conforme a lo solicitado por el Grupo de Trabajo V. Se basa en las recomendaciones pertinentes de la cuarta parte de la Guía Legislativa (recomendaciones 255 a 266) y en él se indica la manera en que podrían modificarse esas recomendaciones para abordar específicamente las obligaciones de los directores en el contexto de los grupos de empresas. La atención se centra en las recomendaciones 255 y 256, en las que se establecen las obligaciones que se deben observar y las medidas razonables que se deben adoptar para cumplir esas obligaciones en el contexto de los grupos de empresas. Las propuestas de modificación de esas recomendaciones podrían ir acompañadas de comentarios explicativos pertinentes a fin de ayudar al lector a comprender las recomendaciones modificadas y la forma en que podrían aplicarse.

En este documento no se ha incluido dicho material explicativo, pero se podría elaborar una vez que el Grupo de Trabajo haya decidido el enfoque que adoptará para la preparación de un proyecto de texto sobre este tema.

4. Entre las recomendaciones que figuran a continuación no se incluyen las que no han sido objeto de propuestas de modificación, pero también tendrían aplicación en el contexto de los grupos de empresas (es decir, las recomendaciones 257 y 259 a 266). Se plantea si la recomendación 258, tal como está redactada, sería idónea en el contexto de los grupos de empresas. En cuanto a la terminología, la palabra “empresa”, en el sentido en que se emplea en la cuarta parte de la Guía Legislativa, se ha sustituido por las palabras “miembro de un grupo de empresas” en los casos correspondientes.

## **I. La naturaleza de las obligaciones: recomendaciones 255 y 256 (Grupos de empresas)**

### **A. Proyectos de recomendación**

#### **1. Finalidad de las disposiciones legislativas**

[Estas disposiciones se refieren a la situación de una empresa que se enfrenta a una insolvencia inminente o inevitable cuando es miembro de un grupo de empresas.]

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

a) Proteger los intereses legítimos de los acreedores y demás partes interesadas [de los miembros de un grupo de empresas];

b) Velar por que los responsables de adoptar decisiones acerca de la gestión de un miembro de un grupo de empresas conozcan las funciones y responsabilidades que tienen en esas circunstancias;

c) Proveer recursos apropiados en caso de incumplimiento de esas obligaciones, que podrán hacerse efectivos una vez comenzado el procedimiento de insolvencia;

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

[e) Permitir que se gestione un miembro de un grupo de empresas, cuando proceda, de modo que [sea, en última instancia, en el mejor interés del grupo de empresas] [se maximice el valor en el grupo de empresas] [y del miembro del grupo como parte de ese grupo de empresas] [al tiempo que se garantice que los acreedores de ese miembro del grupo y demás partes interesadas no resulten menos

favorecidos que en el caso de que se hubiese buscado una solución para esa empresa de manera individual]].

Los párrafos a) a e) se aplicarán de forma que:

a) No resulten en perjuicio de la reorganización satisfactoria [del grupo de empresas] [del miembro del grupo de empresas, 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, 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 empresas, especialmente de las que experimenten dificultades financieras; o

c) No impidan que se emplee un buen criterio empresarial o que se asuma un riesgo comercial razonable.

## **2. Contenido de las disposiciones legislativas**

### *Las obligaciones*

255 (Grupos de empresas). La ley relativa a la insolvencia debería especificar que, a partir del momento mencionado en la recomendación 257, las personas determinadas de acuerdo con la recomendación 258 quedarán obligadas a tener debidamente en cuenta los intereses de los acreedores y demás interesados [del miembro del grupo de empresas [del que sean directores] y de otros miembros del grupo] y a adoptar medidas razonables para:

a) Evitar la insolvencia; y

b) Cuando la insolvencia sea inevitable, reducir al mínimo su alcance [y sus repercusiones sobre los acreedores y demás partes interesadas de esa empresa y de otras empresas del 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, como la posición de esa empresa dentro del grupo y el grado de integración entre las empresas del grupo].

256 (Grupos de empresas). A los efectos de la recomendación 255 (Grupos de empresas), entre las medidas razonables podrán figurar las siguientes [, además de las medidas señaladas en la recomendación 256]:

a) Evaluar la situación financiera del miembro del grupo de empresas [y del grupo de empresas] [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];

b) [Examinar las obligaciones financieras y de otra naturaleza del miembro del grupo de empresas respecto de las demás empresas; las operaciones que deberían concertarse con otros miembros del grupo; y las posibles fuentes y disponibilidad de financiación posterior a la apertura del procedimiento];

c) Convocar una asamblea de accionistas [con la empresa matriz y otras empresas del grupo a fin de deliberar acerca del modo de estructurar el análisis de la solución de la insolvencia para el miembro del grupo de manera individual y para el

grupo de empresas en su conjunto, tomando en consideración las cuestiones relativas a la ley aplicable];

d) [Evaluar si los acreedores y demás partes interesadas del miembro del grupo de empresas saldrían más beneficiados si se aplicara una solución de la insolvencia para el grupo en su conjunto, y prestar asistencia para que se ejecute tal solución];

e) Informarse de manera independiente acerca de la situación financiera en que se encuentra el miembro del grupo de empresas [y el grupo de empresas];

f) Obtener asesoramiento profesional, inclusive asesoramiento jurídico o relativo a la insolvencia [independiente];

g) Mantener y participar en negociaciones oficiosas con los acreedores, como negociaciones para una reestructuración de carácter voluntario<sup>1</sup>, [cuando se organicen para el grupo de empresas en su conjunto o para varios miembros del grupo];

h) Estudiar la estructura y las funciones de la empresa [en el contexto del grupo de empresas] para examinar la viabilidad y reducir los gastos;

i) No permitir que la empresa se comprometa a realizar los tipos de operaciones que podrían ser anuladas, a no ser que haya una justificación adecuada desde el punto de vista empresarial [para concertar dichas operaciones] [o exista una justificación comercial en el contexto de los grupo de empresas]; y

j) Entablar o solicitar la apertura de un procedimiento oficial de reorganización o liquidación. [Cuando se prevea iniciar un procedimiento oficial, examinar en qué tribunal debería iniciarse, si es posible o apropiado presentar una solicitud conjunta<sup>2</sup> con otros miembros pertinentes del grupo de empresas y si sería conveniente recurrir a una coordinación procesal<sup>3</sup>].

## B. Notas

### a) Cláusula sobre la finalidad

5. Esta cláusula sobre la finalidad se basa en la cláusula sobre la finalidad de las recomendaciones 255 y 256 de la cuarta parte de la Guía Legislativa de la CNUDMI. Las adiciones propuestas, que figuran entre corchetes, están destinadas a presentar las posibles repercusiones del contexto de los grupos de empresas sobre la naturaleza de las obligaciones y sobre la forma en que pueden cumplirse. Se ha añadido texto de las recomendaciones 214 y 217 de la tercera parte de la Guía Legislativa para señalar ese contexto. Aunque las obligaciones principales de los directores están vinculadas al miembro del grupo que presiden, existen otros factores que habrían de tenerse en cuenta, por ejemplo, la posición de la empresa dentro del grupo, el grado de integración entre las empresas del grupo y 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.

---

<sup>1</sup> Guía Legislativa, primera parte, párrafos 2 a 18.

<sup>2</sup> Guía Legislativa, tercera parte, recomendaciones 199 a 201.

<sup>3</sup> Guía Legislativa, tercera parte, recomendaciones 202 a 210.

**b) Recomendación 255 (Grupos de empresas)**

6. La recomendación 255 se refiere directamente a las obligaciones de los directores del miembro del grupo que se enfrenta a una insolvencia inminente o inevitable. En el contexto de los grupos de empresas, es posible que se deban tener en cuenta factores que trascienden el miembro particular del grupo de empresas en lo que se refiere a las obligaciones de evitar la insolvencia o, sobre todo, de reducir al mínimo sus efectos. Por ejemplo, se pueden dar circunstancias en que la mejor manera de preservar el valor del miembro del grupo y los intereses de sus acreedores y demás partes interesadas sea contribuir y participar en una solución más amplia para el grupo de empresas en su conjunto (o alguna parte del grupo). En tal caso, las obligaciones principales de los directores siguen estando vinculadas al miembro del grupo que presidan, y deberán garantizar que sus acreedores y demás partes interesadas no resulten menos favorecidos con la solución adoptada para el grupo en su conjunto que en el caso de que se hubiese buscado una solución para el miembro del grupo de manera individual. Esas ideas figuran en la recomendación modificada; las medidas específicas que habrán de examinarse se incluyen en la recomendación 256 (Grupos de empresas). En un nuevo proyecto de recomendación (véase a continuación) se abordan las situaciones que pueden provocar conflictos de obligaciones, como, por ejemplo, cuando el director de un miembro del grupo que se enfrente a una insolvencia inminente o inevitable sea también director de otro miembro del grupo o desempeñe un cargo ejecutivo o de gestión en otra empresa del grupo.

**c) Recomendación 256 (Grupos de empresas)**

7. La recomendación 256 de la cuarta parte de la Guía Legislativa sigue siendo pertinente en el contexto de los grupos de empresas; varias medidas recogidas en esa recomendación no se repiten en este documento, ya que no precisan modificación para su aplicación en el contexto de los grupos de empresas. Otras medidas se han repetido y ampliado, y se han añadido varias nuevas para tener en cuenta, además de las que deben adoptar los directores respecto del miembro del grupo de empresas que presiden, las medidas que afectan necesariamente a la empresa matriz y a otros miembros del grupo, en las que se tienen en cuenta la posición del miembro del grupo dentro de ese grupo de empresas y su relación con los demás miembros.

8. Cuando deba iniciarse un procedimiento oficial de insolvencia, sería conveniente introducir algunos de los mecanismos que se recomiendan en la tercera parte de la Guía Legislativa con relación a los grupos de empresas nacionales, a fin de facilitar la realización de los procedimientos que afecten a dos o más miembros del grupo de empresas, concretamente, la solicitud conjunta de apertura y la coordinación procesal.

## II. Conflictos de obligaciones

### A. Proyecto de recomendación

#### 1. 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 un miembro de un grupo de empresas ocupe también ese cargo o un cargo ejecutivo o de gestión en otra u otras empresas del grupo, ya sea la empresa matriz o una empresa controlada. Dichas situaciones pueden provocar conflictos, en el período cercano a la insolvencia, entre las obligaciones contraídas con diferentes miembros del grupo, lo que puede influir en las medidas que habrán de adoptarse para cumplir esas obligaciones.]

#### 2. Contenido de las disposiciones legislativas

256 (Grupos de empresas) *bis*. [La ley relativa a la insolvencia debería prever aquellas situaciones en que, en el período cercano a la insolvencia, un director de un miembro de un grupo de empresas que ocupe también ese cargo [, o un cargo ejecutivo o de gestión] en otra u otras empresas del grupo [, ya sea la empresa matriz o una empresa controlada] se encuentre ante conflictos entre las obligaciones contraídas con [los acreedores de] esas otras empresas del grupo.]

256 (Grupos de empresas) *ter*. [La ley relativa a la insolvencia podrá especificar que un director que se enfrente a tales conflictos de obligaciones debería adoptar medidas razonables para gestionar esos conflictos, concretamente: obtener asesoramiento para determinar la naturaleza exacta de las distintas obligaciones, poner en conocimiento de los acreedores y demás partes interesadas aquellas situaciones que puedan originar conflictos de obligaciones, nombrar a un director suplementario en caso de que no se puedan resolver los conflictos, y dimitir cuando no exista otra salida y esa dimisión no agrave la situación.]

### B. Notas

9. Este proyecto de recomendación aborda las situaciones, frecuentes en los grupos de empresas, en que un director ejerce ese cargo en dos o más empresas del grupo, y a veces incluso en la empresa matriz. Es posible que un director de una empresa de un grupo ocupe también un cargo ejecutivo o de gestión en otra empresa de ese grupo. Ese director podrá encontrarse ante conflictos entre los intereses de las diferentes empresas del grupo y las obligaciones contraídas con ellas. Es probable que un conflicto de esa naturaleza repercuta en la capacidad del director para determinar independientemente las medidas necesarias a fin de afrontar las dificultades financieras de cada una de esas empresas del grupo y para adoptar las medidas razonables que figuran en la recomendación 256 (Grupos de empresas). A fin de evitar las situaciones en que una empresa del grupo se vea perjudicada y otra se beneficie de ello, el régimen de la insolvencia podría especificar las medidas que cabría adoptar para determinar y gestionar esos conflictos de intereses. Tales medidas podrían exigir que se examinen debidamente las medidas enunciadas en la recomendación 256 (Grupos de empresas) en relación con cada empresa del grupo, que se gestionen los conflictos de manera que no desfavorezcan a los acreedores de

las empresas afectadas del grupo, que únicamente se recurra a la dimisión<sup>4</sup> cuando esa solución no agrave la situación y que un director que tenga obligaciones con varias empresas del grupo no pueda utilizar las obligaciones contraídas con uno de los miembros como excepción al tratamiento otorgado a otra empresa del grupo.

### **III. Determinación de las partes en las que recaen las obligaciones: recomendación 258**

#### **A. Recomendación**

##### **1. Finalidad de las disposiciones legislativas**

La finalidad de las disposiciones es determinar en qué personas recaen las obligaciones que figuran en la recomendación 255.

##### **2. Contenido de las disposiciones legislativas**

*Personas en quienes recaen las obligaciones*

258. La ley relativa a la insolvencia debería especificar la persona en quien recaen las obligaciones que figuran en la recomendación 255, que puede tratarse de un director designado oficialmente o cualquier otra persona que ejerza el control *de facto* y que desempeñe las funciones de un director.

#### **B. Notas**

10. La cuarta parte de la Guía Legislativa de la CNUDMI se limita a los directores designados oficialmente o a cualquier otra persona que ejerza el control *de facto* y que desempeñe las funciones de un director. En el párrafo 15 del capítulo II del comentario sobre la cuarta parte se indican de forma más detallada a las personas que podrían entrar en el ámbito de la cuarta parte, como las que hayan recibido el encargo de adoptar, o que de hecho adopten o deberían adoptar, decisiones fundamentales con respecto a la administración de la empresa; además, se enumeran ejemplos de funciones principales.

11. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la formulación de la recomendación 258 es lo bastante amplia en el contexto de los grupos de empresas para incluir a todas las personas en que recaerían las obligaciones de la recomendación 255 (Grupos de empresas) o si se deberían proporcionar más orientaciones para su examen. Los comentaristas citan ejemplos de jurisdicciones en que la observancia del concepto de entidad jurídica individual, y de una interpretación estricta de las leyes pertinentes que normalmente no tiene en cuenta el ámbito de los grupos de empresas, deriva en un requisito probatorio muy riguroso. En consecuencia, puede resultar especialmente difícil, e incluso una labor sumamente especulativa, intentar determinar el incumplimiento de obligaciones como las enunciadas en la recomendación 255 (Grupos de empresas) por parte de, por ejemplo, directores virtuales que, en función de las circunstancias, pudieran ser

---

<sup>4</sup> Véase la Guía Legislativa, cuarta parte, capítulo II, párrafo 27, en que se hace referencia a la dimisión en el contexto de las excepciones que puedan hacer valer los directores.

de la empresa matriz del grupo<sup>5</sup>. Los tribunales tienden a mostrarse cautelosos y procuran no interferir en los conceptos de personalidad jurídica y responsabilidad limitada de una empresa. Un enfoque podría consistir en mantener la recomendación 258 tal como está redactada y examinar en el comentario la posible aplicación de la disposición en el contexto de los grupos de empresas y, en particular, en los casos en que otras empresas del grupo actúen como directores virtuales.

---

---

<sup>5</sup> Irit Mevorach, The Role of Enterprise Principles in Shaping Management Duties at Times of Crisis, *European Business Organization Law Review* 14:471-496, página 486.