

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia

Cuarta parte: Obligaciones de los directores
en el período cercano a la insolvencia
(incluidos los grupos de empresas)

Segunda edición



Para mayor información, sírvase dirigirse a:

Secretaría de la CNUDMI, Vienna International Centre
P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria

Teléfono: (+43-1) 26060-4060
Internet: uncitral.un.org

Fax: (+43-1) 26060-5813
Correo electrónico: uncitral@un.org

Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia

Cuarta parte: Obligaciones de los directores
en el período cercano a la insolvencia
(incluidos los grupos de empresas)

Segunda edición



NACIONES UNIDAS
Viena, 2020

Nota

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras y cifras. La mención de una de tales firmas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
e-ISBN 978-92-1-004994-8

© Naciones Unidas, octubre de 2020. Reservados todos los derechos.

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que se presentan los datos no implican la expresión de juicio alguno de la Secretaría de las Naciones Unidas sobre la condición jurídica de ningún país, territorio, ciudad o zona, o de sus autoridades, ni sobre la delimitación de sus fronteras o límites.

Producción editorial: Sección de Servicios en Inglés, Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena.

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción y finalidad de la cuarta parte.....		1
Primera sección		
Obligaciones de los directores de una empresa en el período cercano a la insolvencia		
Introducción y finalidad de la primera sección.....	1-3	3
I. Contexto	1-15	5
II. Elementos de las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia	1-44	13
A. La naturaleza de las obligaciones.....	1-7	13
<i>Recomendaciones 255 y 256</i>		17
B. Cuándo nacen las obligaciones: el período cercano a la insolvencia	8-12	19
<i>Recomendación 257</i>		20
C. Determinación de las partes en las que recaen las obligaciones	13-16	21
<i>Recomendación 258</i>		22
D. Responsabilidad	17-35	23
<i>Recomendaciones 259 a 261</i>		29
E. Exigencia de cumplimiento de las obligaciones de los directores.....	36-44	30
<i>Recomendaciones 262 a 266</i>		33
Segunda sección		
Obligaciones de los directores de empresas pertenecientes a un grupo en el período cercano a la insolvencia		
Introducción y finalidad de la segunda sección.....	1-3	35

Glosario.....	4	36
I. Contexto	1-11	39
II. Elementos de las obligaciones de los directores de empresas pertenecientes a un grupo en el período cercano a la insolvencia	1-13	45
A. La naturaleza de las obligaciones.....	1-4	45
<i>Recomendaciones 267 y 268</i>		47
B. Determinación de las personas en las que recaen las obligaciones.....	5-8	49
C. Conflictos de obligaciones	9-13	50
<i>Recomendaciones 269 y 270</i>		52
Anexo V. Decisiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, adoptadas los días 18 de julio de 2013 y 15 de julio de 2019, y resolución 68/107 B de la Asamblea General.		55

**Guía Legislativa de la CNUDMI sobre
el Régimen de la Insolvencia
Cuarta parte: Obligaciones de los
directores en el período cercano
a la insolvencia
(incluidos los grupos de empresas)
Segunda edición**

Introducción y finalidad de la cuarta parte

La finalidad de la cuarta parte es determinar los principios básicos que deben plasmarse en el régimen de la insolvencia en lo que respecta a las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia. En esta segunda edición, se ha añadido una nueva sección para abordar el contexto de la insolvencia de grupos de empresas. En la primera sección se tratan los elementos esenciales de las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia en el contexto de una empresa individual cuando dicha empresa se encuentra ante una insolvencia inminente o cuando la insolvencia se vuelve inevitable. Partiendo de lo señalado en la primera sección, en la segunda se analiza cómo se podría modificar el texto de algunas de las recomendaciones que figuran en la primera sección para que fuesen aplicables a los directores en el contexto de la insolvencia de los grupos de empresas. 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, así como las salvaguardias que serían aplicables. Incluye además recomendaciones adicionales para aquellas situaciones en las que un director tiene ante sí un conflicto en relación con el cumplimiento de las obligaciones contraídas para con distintas empresas del grupo.

Primera sección

Obligaciones de los directores de una empresa en el período cercano a la insolvencia

Introducción y finalidad de la primera sección

1. La presente sección se centra en las obligaciones que se podrían imponer a los responsables de adoptar decisiones con respecto a la gestión de una empresa cuando esa empresa se enfrenta a una insolvencia inminente o cuando la insolvencia se vuelve inevitable. El propósito de imponer esas obligaciones, que son exigibles una vez que se ha iniciado el procedimiento de insolvencia, es proteger los intereses legítimos de los acreedores y demás interesados y proporcionar alicientes para que se actúe con prontitud a fin de minimizar los efectos de las dificultades financieras que atraviesa la empresa.
2. Se tratan los elementos esenciales de las disposiciones que imponen esas obligaciones, a saber: *a)* la naturaleza y el alcance de las obligaciones; *b)* el momento en que nacen las obligaciones; *c)* las personas en las que recaerían las obligaciones; *d)* la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones; *e)* la exigencia de cumplimiento de las obligaciones; *f)* las excepciones oponibles; *g)* las vías jurídicas disponibles; *h)* las personas que pueden entablar una demanda para exigir el cumplimiento de las obligaciones; e *i)* la financiación de esas demandas.
3. En la presente sección se emplea terminología que es común a otras partes de la *Guía* y otros textos relativos al régimen de la insolvencia preparados por la CNUDMI¹. Para que sirva de orientación al lector, esta sección se ha de leer junto con los términos y las explicaciones que figuran en el glosario que aparece en la Introducción de la *Guía*².

¹ Esos textos pueden consultarse en la sección “Textos y situación” del sitio web uncitral.un.org/es.

² Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.05.V.10.

I. Contexto

1. Los marcos de gobernanza de las empresas regulan una serie de relaciones entre los cargos directivos de la empresa, la junta directiva, los accionistas y otros interesados, y proporcionan no solo la estructura a través de la cual se establecen y cumplen los objetivos de la empresa, sino también las normas que permiten controlar su desempeño. Una buena gobernanza empresarial debería ofrecer incentivos para que la junta directiva y los cargos directivos de la empresa persigan objetivos que redunden en beneficio de esta y de sus accionistas, así como fomentar la confianza necesaria para promover la inversión y el desarrollo de la empresa. Es mucho lo que se ha hecho a nivel internacional para elaborar principios de gobernanza empresarial, ampliamente adoptados, que abarcan las obligaciones de las personas encargadas de adoptar decisiones sobre la gestión de una empresa (en esta parte denominados “directores”³) cuando la empresa es solvente.

2. Una vez iniciado un procedimiento de insolvencia, sin embargo, muchos regímenes de la insolvencia establecen obligaciones para los directores que serán diferentes, en esencia y énfasis, de las aplicables antes de la apertura de ese procedimiento, y se centrarán prioritariamente en obtener el máximo valor de los bienes y en preservar la masa para su distribución a los acreedores. A menudo los directores serán apartados de los asuntos corrientes de la empresa por un representante de la insolvencia, aunque en algunos regímenes de la insolvencia pueden seguir desempeñando un papel en el día a día, especialmente en la reorganización. En el capítulo III de la segunda parte de la *Guía* se abordan los diversos posibles papeles que puede desempeñar el deudor en el funcionamiento de la empresa, a saber, mantener el pleno control de la empresa, ser privado parcialmente de sus funciones y ser destituido totalmente (recomendación 112 y párrs. 10 a 18). Ese capítulo trata también de las obligaciones de los directores una vez iniciado un procedimiento de insolvencia (recomendaciones 108 a 114 y párrs. 22 a 34). En la recomendación 110 se especifican con cierto detalle las obligaciones que deberían nacer en virtud del régimen de la insolvencia al abrirse el procedimiento de insolvencia y ser exigibles hasta su clausura; entre ellas figuran las de cooperar con el representante de la insolvencia y ayudarlo a desempeñar sus funciones; facilitar toda información exacta, fidedigna y completa sobre la situación financiera de la

³La cuestión de quién puede ser considerado director a los efectos de esta parte se examina más adelante en el cap. II, párrs. 13 a 16. Si bien no existe una definición universalmente aceptada del término, por comodidad en la presente parte se utiliza generalmente el término “directores”.

empresa y el estado de su negocio, y cooperar con el representante de la insolvencia y prestarle asistencia para que pueda asumir eficazmente el control de la masa y para facilitar la recuperación de los bienes y los registros de la empresa. También se prevé la imposición de sanciones a todo deudor que incumpla estas obligaciones (recomendación 114 y párrs. 32 y 33).

3. Los regímenes de la insolvencia eficaces, además de establecer un proceso jurídico previsible para hacer frente a las dificultades financieras de las empresas con problemas y el marco necesario para su reorganización eficiente o una liquidación ordenada, deberían permitir también que se examinaran las circunstancias que dieron lugar a la insolvencia y, en particular, la conducta de los directores de la empresa en el período anterior al comienzo del procedimiento de insolvencia. Ahora bien, poco se ha hecho a nivel internacional para armonizar los distintos enfoques de las legislaciones nacionales con vistas a facilitar el examen de esa conducta y sigue habiendo divergencias importantes. No están claramente establecidos el carácter ni el alcance de las obligaciones que podrían tener los directores en un período en que la empresa podría tener problemas financieros sin ser todavía insolvente o sin estar sometida a un procedimiento de insolvencia, pero están siendo objeto de un amplio debate, especialmente en vista de las múltiples quiebras ocurridas como consecuencia de la crisis financiera mundial de 2008.

4. Una empresa que se ve en la imposibilidad real o inminente de cumplir sus obligaciones a su vencimiento necesita una gestión firme, ya que a menudo hay que adoptar decisiones y seguir criterios difíciles que serán decisivos para la supervivencia de la empresa, y que traerán consiguientes beneficios para sus propietarios, acreedores, clientes, empleados y demás interesados. Los directores competentes deberían entender la situación financiera de la empresa y poseer toda la información que esté razonablemente a su disposición a fin de poder adoptar las medidas adecuadas para hacer frente a las dificultades financieras y evitar que la situación empeore. En esos momentos, los directores deben elegir la línea de actuación que mejor responda a los intereses de la empresa en su conjunto, tras haber sopesado los intereses de los interesados correspondientes en las circunstancias concretas del caso. En algunos regímenes esos interesados serán la propia sociedad y sus accionistas. En otros regímenes puede tratarse de una comunidad de intereses más amplia que incluya a los acreedores. Los directores preocupados por su responsabilidad personal y las posibles repercusiones financieras que tendría la adopción de decisiones difíciles en esas circunstancias tal vez cierren prematuramente una empresa en lugar de intentar resolver las dificultades, lleven a cabo actos inapropiados, como la disposición impropia de los bienes o el patrimonio, o se sientan también tentados a renunciar, lo que a menudo aumenta las dificultades de la sociedad.

5. No les es fácil a los directores ni a los cargos directivos lograr un equilibrio entre los diferentes intereses y motivaciones de los interesados, los cuales pueden convertirse en una fuente de conflicto. Por ejemplo, los accionistas de la empresa, que generalmente tienen pocas probabilidades de participar en la distribución que se realice en el procedimiento de insolvencia, están interesados en sacar el máximo provecho de su propia posición tratando de negociar una salida de la insolvencia o de resistirse a una posible venta con la esperanza de obtener un mayor beneficio, especialmente si el precio de la venta solo bastaría para pagar los créditos de los acreedores y no dejaría nada a los accionistas. Actuar de esa forma puede entrañar la adopción de estrategias de alto riesgo con el fin de ahorrar o aumentar el valor para los accionistas, comprometiendo al mismo tiempo los intereses de los acreedores. También puede ser reflejo de una escasa preocupación por sacar a flote la empresa, habida cuenta de la protección que otorga la responsabilidad limitada o un seguro por responsabilidad del director si fracasa su línea de actuación.

6. A pesar de las dificultades que puede entrañar la adopción de decisiones empresariales acertadas, cuando una empresa afronta dificultades financieras es esencial comenzar a actuar con prontitud. Normalmente, la degradación financiera avanza con más rapidez de lo que muchos podrían suponer y, a medida que empeora la situación financiera de la empresa, las opciones disponibles para lograr una solución viable también disminuyen rápidamente. Esta actuación temprana debe verse facilitada permitiendo un acceso inmediato a los procedimientos pertinentes; de poco sirve exigir a los directores que actúen prontamente si no se les da la posibilidad de recurrir a procedimientos pertinentes y eficaces⁴. Además, los regímenes que exponen a los directores a responsabilidad por las operaciones que realicen mientras estén en curso procedimientos oficiosos tales como las negociaciones voluntarias de reestructuración (examinadas en la primera parte, cap. II, párrs. 2 a 18) pueden desincentivar la adopción de medidas tempranas. Si bien en muchos países los regímenes de la insolvencia se han modificado adecuadamente para dar más opciones para tomar medidas de acción temprana con el fin de facilitar la rehabilitación y la reorganización de las empresas, se ha prestado poca atención a la creación de incentivos adecuados para que los directores ejerzan esas opciones. Con frecuencia, son los acreedores quienes se valen de esas opciones o inician un procedimiento de insolvencia oficial debido a que los directores no actuaron en el momento oportuno.

7. En varios ordenamientos jurídicos se alienta la actuación temprana imponiendo al deudor la obligación de solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia oficial dentro de un plazo especificado contado a partir del momento en que se

⁴ Se ha sugerido que la escasez de casos sometidos al régimen de la insolvencia en un Estado se debe a que es relativamente fácil acceder a procedimientos voluntarios, por lo que solo terminan liquidándose las empresas que son irremediabilmente insolventes.

produce la imposibilidad de pagar, para evitar que la empresa siga operando cuando ya es insolvente. Otros regímenes, al tratar la cuestión, se centran en las obligaciones de los directores en el período previo a la apertura del procedimiento de insolvencia e imponen una responsabilidad por el daño causado por continuar las operaciones cuando estaba claro, o debería haberlo estado, que la insolvencia era inevitable. La justificación de estas disposiciones es crear incentivos adecuados para que se actúe con prontitud negociando la reestructuración o participando en negociaciones de reorganización e impedir que los directores externalicen los costos de las dificultades financieras de la empresa y hagan recaer todos los riesgos de las operaciones ulteriores sobre los acreedores.

8. La imposición de esas obligaciones ha sido objeto de un debate continuo. Quienes reconocen que este enfoque tiene sus ventajas señalan que las obligaciones pueden servir para alentar a los directores a actuar con prudencia y a adoptar medidas tempranas que pongan freno al deterioro de la empresa con miras a proteger a los acreedores ya existentes, a fin de que no sufran pérdidas aún mayores, y a los acreedores futuros, para que no se vean involucrados en las dificultades financieras de la empresa. Dicho de otra manera, las obligaciones pueden también tener el efecto de controlar y disciplinar a los directores, disuadiéndolos de embarcarse en actuaciones excesivamente arriesgadas o de consentir pasivamente en que se adopten medidas excesivamente arriesgadas propuestas por otros directores, debido a las sanciones que conlleva el incumplimiento de esas obligaciones. Una ventaja adicional podría ser que las obligaciones incentivan a los directores a recabar asesoramiento profesional competente cuando se vislumbran dificultades financieras.

9. El sector doctrinal que opina que la imposición de esas obligaciones conlleva importantes desventajas cita los ejemplos siguientes. Una norma por la que se presume la mala gestión basándose solamente en el hecho de que la empresa afronta dificultades provoca a menudo la renuncia de directores que por lo demás son idóneos y competentes, y se pierde la oportunidad de reorganizar la empresa y devolverle la rentabilidad. Existe la posibilidad de que los directores que deseen evitar la responsabilidad cierren prematuramente un negocio viable que podría haber sobrevivido, en lugar de intentar encontrar una solución a las dificultades de la empresa. En cambio, unas disposiciones debidamente formuladas desalentarían un cierre demasiado apresurado de las empresas y alentarían a los directores a seguir operando cuando esta fuera la forma más adecuada de reducir al mínimo las pérdidas para los acreedores y aumentarían las probabilidades de que se lograra un equilibrio entre los derechos y las expectativas legítimas de los interesados, distinguiendo los casos de mala conducta de los casos en los que intervienen las condiciones del mercado u otros factores exógenos. Otra desventaja que se ha citado es que las obligaciones pueden verse como un menoscabo de la condición jurídica que es consecuencia de la forma en que la sociedad ha sido constituida,

aunque cabe argüir que la responsabilidad limitada debería considerarse un privilegio y que los tribunales han sido conscientes de las posibilidades de abuso de la responsabilidad limitada cuando va en detrimento de los acreedores. También podría considerarse que esas obligaciones socavan los incentivos comerciales, debido a que la asunción de un riesgo demasiado elevado puede desalentar a los directores. Sin embargo, unas disposiciones debidamente formuladas no se centrarían tanto en las causas de las dificultades sino en las acciones (u omisiones) de los directores una vez que se han presentado esas dificultades. Algunos ejemplos tomados de Estados que incluyen esas obligaciones en sus regímenes jurídicos indican que solo a los directores más claramente irresponsables se los termina haciendo responder por esas acciones.

10. Se dice asimismo que esas obligaciones pueden acrecentar la imprevisibilidad, ya que la responsabilidad depende de las circunstancias concretas de cada caso y también de las actitudes futuras de los tribunales. Se ha señalado que muchos tribunales carecen de la experiencia necesaria para examinar la toma de decisiones comerciales una vez transcurridos los hechos y pueden inclinarse por poner en tela de juicio las decisiones tomadas por los directores en el período en cuestión. Sin embargo, en los Estados que tienen experiencia en la aplicación de esas obligaciones, los tribunales han tendido a respetar los actos de los directores, especialmente si actuaron basándose en un asesoramiento independiente. Otro inconveniente que se ha mencionado es que aumenta el riesgo de que se generen responsabilidades imprevistas para los bancos y para otros que puedan ser considerados directores en razón de su participación en la empresa, especialmente en el momento de la insolvencia. Es conveniente que el régimen jurídico aplicable brinde la debida protección a esas partes cuando actúen de buena fe, de forma autónoma respecto del deudor y de manera comercialmente adecuada⁵. Se sostiene también que la imposición de esas obligaciones compensa en exceso a los acreedores que pueden protegerse invocando sus contratos, con lo que la regulación se vuelve superflua. Sin embargo, ese criterio presupone, por ejemplo, que todos los acreedores tengan un contrato con el deudor, que sean capaces de negociar las debidas salvaguardias para cubrir una amplia gama de imprevistos y que tengan los recursos, la voluntad y las posibilidades de seguir de cerca los asuntos de la empresa. No todos los acreedores están en esta situación.

11. Las obligaciones y responsabilidades de los directores se especifican en diferentes regímenes jurídicos en los distintos Estados, como el derecho de sociedades, el derecho civil, el derecho penal y el régimen de la insolvencia y, en algunos casos, pueden figurar en más de uno de esos regímenes o estar esparcidas entre varios de ellos. En los sistemas de derecho anglosajón, las obligaciones pueden aplicarse en virtud del *common law* o de conformidad con la legislación pertinente. Además,

⁵ Véase el cap. II de esta sección, párr. 14 *infra*.

existen diferentes opiniones sobre si las obligaciones y responsabilidades de los directores corresponden en realidad al ámbito del régimen de la insolvencia o al del derecho de sociedades. Las opiniones tienen en cuenta la situación de la empresa y si la empresa es solvente, se entiende que se aplica normalmente el derecho de sociedades, mientras que, si la empresa es objeto de un procedimiento de insolvencia, rige el régimen de la insolvencia (si bien existen ejemplos en los que no se puede establecer una distinción tan clara)⁶. El período anterior a la apertura de un procedimiento de insolvencia, cuando un deudor quizás sea técnicamente insolvente, plantea problemas que en la actualidad tal vez no tengan una respuesta adecuada ni en el derecho de sociedades ni en el régimen de la insolvencia. Sin embargo, la imposición de obligaciones aplicables retroactivamente después de la apertura de un procedimiento de insolvencia puede conducir a una superposición de las obligaciones impuestas por diferentes regímenes, y conviene conciliar esas obligaciones para asegurar la transparencia y la claridad y evitar posibles conflictos.

12. No solo varían los regímenes de la insolvencia en que se enuncian las obligaciones, sino también las obligaciones mismas: como se ha señalado anteriormente, las que se tienen antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia suelen ser distintas de las que se tienen después de ella (véase la segunda parte, cap. III, párrs. 22 a 33). Las normas que deben observar los directores al desempeñar sus funciones también suelen variar según la naturaleza y el tipo de empresa de que se trate, por ejemplo, una sociedad de capital abierto en contraposición a una sociedad de responsabilidad limitada, una sociedad con pocos partícipes o cerrada o una empresa familiar, y según la jurisdicción en que la empresa opere, y pueden depender también de si el director es externo e independiente o un director interno.

13. La aplicación de las leyes que regulan las obligaciones y responsabilidades de los directores está estrechamente relacionada con otras normas y disposiciones legales sobre la gobernanza empresarial e interactúa con ellas. En algunos Estados, esas leyes constituyen una parte fundamental de los marcos normativos, como los que protegen a los depositantes en instituciones financieras, facilitan la recaudación de ingresos fiscales o reglamentan la prelación de determinadas categorías de acreedores respecto a otros (como los empleados), además de los correspondientes marcos jurídicos, empresariales y culturales a nivel local.

14. Una reglamentación eficaz en este ámbito debería tratar de equilibrar los objetivos e intereses, a menudo contrapuestos, de los distintos interesados: salvaguardar la libertad de los directores para cumplir sus obligaciones y actuar debidamente

⁶Reconociendo este problema, en las recomendaciones de esta parte se adopta un criterio flexible y se hace referencia a “la ley relativa a la insolvencia”.

conforme a su criterio, alentar un comportamiento responsable, desalentar las conductas indebidas y la adopción de medidas excesivamente arriesgadas, promover la actividad empresarial y fomentar, desde un principio, la refinanciación o reorganización de las empresas con dificultades financieras o al borde de la insolvencia. Esa reglamentación podría reforzar la confianza de los acreedores y su disposición a hacer negocios con las empresas, alentar la participación de directores más experimentados, que de otra forma podrían ser reacios a participar debido a los riesgos que supondría una quiebra, y promover la buena gobernanza empresarial, generando una situación jurídica más previsible para los directores y limitando el riesgo de ser demandados por profesionales de la insolvencia una vez iniciado el procedimiento de insolvencia. Las directrices poco prácticas, confusas, anticuadas e incoherentes sobre las obligaciones de los responsables de adoptar decisiones con respecto a la gestión de una empresa al borde de la insolvencia pueden menoscabar las ventajas que un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente pretende establecer y agravar la dificultad financiera que pretenden solucionar.

15. El propósito de esta sección es determinar los principios básicos que deben plasmarse en el régimen de la insolvencia en lo que respecta a las obligaciones de los directores cuando una empresa se encuentra ante una insolvencia inminente o cuando la insolvencia se vuelve inevitable. Estos principios pueden servir de puntos de referencia y ser usados por los responsables de la formulación de políticas al examinar y elaborar los marcos jurídicos y reguladores adecuados. Aunque se reconoce la conveniencia de alcanzar los objetivos del régimen de la insolvencia (enunciados en la primera parte, cap. I, párrs. 1 a 14, y en la recomendación 1) mediante una acción temprana y un comportamiento adecuado de los directores, está claro también que unas normas excesivamente draconianas pueden entrañar escollos y amenazas para la iniciativa empresarial. Esta sección no trata de la responsabilidad de los directores según el derecho penal, el derecho de sociedades o el derecho de la responsabilidad civil de origen extracontractual, sino que se centra solamente en aquellas obligaciones que podrían incluirse en la ley relativa a la insolvencia y podrían ser exigibles una vez iniciado un procedimiento de insolvencia.

II. Elementos de las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia

A. La naturaleza de las obligaciones

1. Aunque el motivo de fondo para examinar las obligaciones de los directores en el período inmediatamente anterior a la insolvencia puede ser parecido en diferentes ordenamientos jurídicos, se adoptan enfoques distintos para formular esas obligaciones y establecer las normas que se han de cumplir. Sin embargo, en general, los regímenes jurídicos suelen centrarse en dos aspectos: en primer lugar, la atribución de responsabilidad civil a los directores por haber causado la insolvencia o no haber adoptado las medidas adecuadas en el período inmediatamente anterior a la insolvencia (lo que en algunos regímenes jurídicos puede incluir la obligación de iniciar un procedimiento de insolvencia en virtud de una obligación impuesta por la legislación nacional; véase el párr. 2 *infra*) y, en segundo lugar, una vez que se ha iniciado el procedimiento de insolvencia, la anulación de las medidas tomadas por los directores, entre ellas las operaciones que se hayan podido concertar, en el período inmediatamente anterior a la insolvencia.

1. *Obligación de iniciar un procedimiento de insolvencia*

2. Como se ha indicado anteriormente, algunos regímenes nacionales imponen a los directores la obligación de solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia, que incluiría la reorganización o la liquidación, dentro de un plazo especificado (por lo general bastante corto, por ejemplo, de tres semanas) contado a partir de la fecha en que la empresa pasó a ser técnicamente insolvente. El incumplimiento de esta obligación puede acarrear responsabilidad personal, total o parcial, por las pérdidas resultantes que afecten a la empresa o a sus acreedores y, en algunos casos, responsabilidad penal, si la empresa sigue operando. Esta obligación se examina con mayor detalle en la segunda parte, capítulo I, párrafos 35 y 36.

2. Responsabilidad civil

3. La responsabilidad civil que se atribuye a un director en el período inmediatamente anterior a la insolvencia se basa normalmente en haber causado la insolvencia o no haber adoptado las medidas adecuadas para vigilar la situación financiera de la empresa, evitar o mitigar las dificultades financieras, reducir al mínimo las posibles pérdidas de los acreedores y evitar la insolvencia. Los directores pueden incurrir en responsabilidad cuando conciertan operaciones con fines que no son el de mitigar las dificultades financieras y preservar el valor de la empresa (por ejemplo, operaciones de alto riesgo o actos de disposición de bienes que integran la masa de bienes de la empresa que se puedan traducir en un aumento significativo de la exposición de los acreedores, sin que ello esté justificado). También pueden incurrir en responsabilidad si sabían que la insolvencia era inevitable o que la empresa no podría cumplir sus obligaciones a su vencimiento y, sin embargo, siguieron realizando actividades comerciales que entrañaban, por ejemplo, la obtención de bienes y servicios a crédito, sin ninguna posibilidad de reembolsar esos créditos y sin informar de la situación financiera de la empresa a esos acreedores. En algunos regímenes, los directores pueden incurrir en responsabilidad cuando no cumplen determinadas obligaciones, por ejemplo, notificar la imposibilidad de efectuar ciertos pagos, como los impuestos o las primas de la seguridad social, o presentar una declaración oficial de insolvencia.

4. Por lo general, se espera de los directores que, en las circunstancias anteriormente descritas, actúen de manera razonable y adopten medidas suficientes y adecuadas para controlar la situación, a fin de mantenerse informados y poder así intervenir para reducir al mínimo las pérdidas de los acreedores y la empresa (incluidos sus accionistas), eviten todo acto que pudiera agravar la situación y tomen las medidas apropiadas para evitar que la empresa caiga en la insolvencia.

5. Según las circunstancias del caso, se pueden adoptar todas o algunas de las medidas que resulten adecuadas o apropiadas y que se enumeran a continuación:

a) Los directores podrían asegurarse de que las cuentas se lleven debidamente y estén actualizadas. De no ser así, deberían velar por que la situación se corrija;

b) Los directores podrían asegurarse de que obtienen información exacta, pertinente y oportuna, en particular informándose en forma independiente (en lugar de basarse únicamente en el asesoramiento de personas que ocupan cargos directivos) de la situación financiera de la empresa, el alcance de la presión de los acreedores y las medidas judiciales o de recuperación que hayan adoptado los acreedores o las controversias con estos. Es posible que los directores deban dedicar más tiempo y atención a los asuntos de la empresa en ese momento de los que necesitarían dedicarle cuando la sociedad es próspera;

c) Podrían convocarse reuniones periódicas de la junta directiva para vigilar la situación y levantarse actas detalladas de las decisiones comerciales que se adopten (en las que también conste la oposición a esas decisiones) y las razones de su adopción, incluidas, cuando sea el caso, las razones por las que se permita a la empresa seguir operando y por las que se considera que existe una posibilidad razonable de evitar la liquidación. Las medidas adoptadas pueden entrañar que la empresa siga operando, ya que en algunos casos puede ser adecuado hacerlo incluso después de haberse llegado a la conclusión de que la liquidación es inevitable, por ejemplo, si la empresa posee bienes por los que se conseguirá un valor mucho mayor si se trata de una venta como negocio en marcha. Cuando el mantenimiento de las operaciones requiera que se contraigan préstamos adicionales o nuevos (si el régimen de la insolvencia lo permite), la justificación para contraerlos y asumir de ese modo nuevas deudas deberá constar por escrito, de modo que se conserve un registro documental de la acción de los directores en caso de que se necesite posteriormente;

d) Podría solicitarse el asesoramiento o la asistencia de especialistas, incluidos especialistas en la insolvencia. Si bien el asesoramiento jurídico puede ser importante para los directores en este momento, las cuestiones fundamentales relacionadas con la situación financiera de la empresa suelen ser de carácter comercial más que jurídico. Conviene que los directores examinen la situación financiera de la empresa y decidan por sí mismos cuáles serán los resultados posibles, pero también que busquen asesoramiento para asegurarse de que las decisiones que adopten resistirán un examen objetivo e independiente. En este caso, los directores, ya sea colectivamente, como directores internos o como directores independientes, pueden contratar a contadores, expertos en reestructuración o abogados independientes que asesoren de forma autónoma sobre las opciones que tiene la junta directiva para determinar la viabilidad de las propuestas formuladas por los cargos directivos;

e) Podría abordarse la situación con los auditores en una fase temprana y, de ser necesario, prepararse una auditoría externa;

f) Los directores podrían estudiar la estructura y las funciones de la empresa con miras a analizar su viabilidad y reducir los gastos. También podría examinarse la posibilidad de entablar negociaciones de reestructuración o de iniciar una reorganización y prepararse un informe al respecto. Los directores pueden examinar también la capacidad de los cargos directivos actuales, a fin de determinar si deben mantenerse en el cargo o ser sustituidos;

g) Los directores podrían modificar las prácticas de gestión para centrarse en varias partes interesadas, entre las que podrían figurar los acreedores, los empleados, los proveedores, los clientes, los Gobiernos, los accionistas y, en algunas circunstancias, tendrán en cuenta consideraciones medioambientales, a fin de determinar las medidas que convendría adoptar. Cuando la insolvencia se vuelve inminente o inevitable, el hecho de tener también en cuenta los intereses de los acreedores en lugar de concentrarse en maximizar las ganancias para los accionistas impulsa a los

directores a reducir al mínimo el daño a los acreedores (que serán los principales interesados una vez que se abra el procedimiento de insolvencia) que podría ser consecuencia de una conducta excesivamente arriesgada, imprudente o manifiestamente negligente. Celebrar reuniones con los grupos de acreedores pertinentes podría constituir un mecanismo apropiado para determinar esos intereses;

h) Los directores podrían velar por que los bienes de la empresa estén protegidos⁷ y que esta no adopte medidas que lleven a la pérdida de empleados clave ni concierte operaciones del tipo mencionado en la recomendación 87 que podrían anularse ulteriormente, como la enajenación de bienes sin contravalor suficiente. No todos los pagos efectuados u operaciones concertadas en este período son necesariamente sospechosos; los pagos que se realizan para asegurar el mantenimiento de los suministros o servicios esenciales, por ejemplo, quizás no constituyan una preferencia si el objetivo del pago es la supervivencia de la empresa. Conviene dejar clara constancia por escrito de las razones por las que se efectuó el pago, para el caso de que la operación se cuestione posteriormente. Los directores que tienen gran paquete accionario o que representan a importantes accionistas tal vez no se puedan considerar desinteresados ni objetivos y en el período inmediatamente anterior a la insolvencia deberían tener particular cuidado al votar cuando voten sobre operaciones;

i) Podría convocarse una asamblea de accionistas, en el interés superior de la empresa y sin dilación indebida, si del balance se desprende que se ha menoscabado el capital accionario en una proporción prefijada (lo que se aplica por lo general cuando el régimen incluye requisitos de mantenimiento de capital);

j) Podría examinarse la composición de la junta directiva para determinar si incluye un número suficiente de directores independientes.

3. Anulación de operaciones

6. Las recomendaciones 87 a 99 tratan de la necesidad de anular las operaciones sin contravalor suficiente, las operaciones que confieran una preferencia y aquellas que tengan por objeto impedir, obstaculizar o demorar el pago a los acreedores (véase la segunda parte, cap. II, párrs. 170 a 185). Esas recomendaciones se aplicarían a la anulación de operaciones concertadas por la empresa en el período inmediatamente anterior a la insolvencia. La anulabilidad de una operación no basta por sí sola para atribuir responsabilidad personal a los directores.

⁷ No todos los bienes requerirán necesariamente protección en todas las circunstancias. Por ejemplo, son bienes que tal vez no necesiten protección en todas las circunstancias los que tengan un valor inferior al importe por el que estén garantizados, los bienes gravosos, los bienes carentes de valor o difíciles de realizar (esta cuestión se examina más detenidamente en la segunda parte, cap. II, párr. 88).

7. Sin embargo, determinadas operaciones anulables pueden tener también otras consecuencias. Algunos regímenes consideran ilícitas determinadas actuaciones de los directores en virtud, por ejemplo, de las disposiciones sobre la gestión indebida o fraudulenta del comercio, o por ser actos que empeoraron la situación económica de la empresa o la llevaron a la insolvencia, como el hecho de contraer nuevos préstamos u ofrecer nuevas garantías sin una justificación empresarial suficiente. Además de la anulación de esas operaciones, en algunos regímenes los directores pueden incurrir en responsabilidad personal por haber permitido que la empresa concertara esas operaciones que eran fraudulentas o inapropiadas por algún otro motivo. Con arreglo a esas disposiciones, la responsabilidad se atribuiría por lo general solo a los directores que hubieran consentido en la operación; es probable que eviten responsabilidades aquellos que hayan expresado y hecho constar debidamente su oposición.

Recomendaciones 255 y 256

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas a las obligaciones de los responsables de adoptar decisiones acerca de la gestión de una empresa que nacen cuando la insolvencia es inminente o inevitable tienen por finalidad:

- a) Proteger los intereses legítimos de los acreedores y demás interesados;
- b) Velar por que los responsables de adoptar decisiones acerca de la gestión de una empresa conozcan sus funciones y responsabilidades en esas circunstancias; y
- c) Proveer recursos apropiados en caso de incumplimiento de esas obligaciones, que podrán hacerse efectivos una vez iniciado el procedimiento de insolvencia.

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

- a) no resulten en perjuicio de la reorganización satisfactoria de la empresa;
- b) no desalienten la participación en la gestión de empresas, especialmente de las que experimentan dificultades financieras; o
- c) no impidan que se emplee un criterio empresarial bien fundado o se asuma un riesgo comercial razonable.

Recomendaciones 255 y 256 (continuación)**Contenido de las disposiciones legislativas***Las obligaciones*

255. La ley relativa a la insolvencia debería especificar que, a partir del momento mencionado en la recomendación 257, las personas determinadas con arreglo a la recomendación 258 quedarán obligadas a tener debidamente en cuenta los intereses de los acreedores y demás interesados y a adoptar medidas razonables para:

- a) evitar la insolvencia; y
- b) cuando la insolvencia sea inevitable, reducir al mínimo su alcance.

Medidas razonables que podrían adoptarse a los efectos de la recomendación 255

256. A los efectos de la recomendación 255, entre las medidas razonables que podrán adoptarse, se sugieren las siguientes:

a) Evaluar la situación financiera actual de la empresa y asegurar que las cuentas se lleven debidamente y estén actualizadas; informarse de manera independiente acerca de la situación financiera en que se encuentra la empresa y su situación general; celebrar reuniones periódicas de la junta directiva para vigilar la situación; obtener asesoramiento profesional, incluido asesoramiento jurídico o relativo a la insolvencia; abordar la situación con los auditores; convocar una asamblea de accionistas; modificar las prácticas de gestión para tener en cuenta los intereses de los acreedores y otros interesados; proteger los bienes de la empresa para obtener el máximo valor posible y evitar la pérdida de bienes fundamentales; estudiar la estructura y las funciones de la empresa para examinar la viabilidad y reducir los gastos; no permitir que la empresa se comprometa a los tipos de operaciones que podrían ser anuladas a no ser que ello se justifique debidamente desde el punto de vista empresarial; seguir operando en las circunstancias en que resulte apropiado hacerlo, para obtener el máximo valor como negocio en marcha; entablar negociaciones con los acreedores o iniciar otros procedimientos oficiosos, como negociaciones voluntarias de reestructuración⁸;

b) Iniciar o pedir que se inicie un procedimiento oficial de reorganización o liquidación.

⁸ Véase la primera parte, cap. II, párrs. 2 a 18.

B. Cuándo nacen las obligaciones: el período cercano a la insolvencia

8. El momento en que podrían nacer las obligaciones examinadas anteriormente se ha denominado de diversas formas, a saber, la “zona gris”, la “zona de insolvencia” o el “período inmediatamente anterior a la insolvencia”. Aunque el concepto puede ser impreciso, pretende describir un período en que se ha producido tal deterioro de la estabilidad financiera de la empresa que la insolvencia se ha vuelto inminente (vale decir, cuando la empresa no estará, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento (recomendación 15 a)) o inevitable. Determinar con exactitud el momento en que nacen las obligaciones es una cuestión fundamental para los directores que tratan de adoptar decisiones en forma oportuna y compatible con esas obligaciones. Además, sin un punto de referencia claro sería difícil para los directores predecir con exactitud qué momento del período anterior a la apertura del procedimiento de insolvencia habría de tener en cuenta el tribunal al entender en una demanda por incumplimiento de esas obligaciones.

9. Hay diversas posibilidades para determinar el momento en que pueden nacer las obligaciones de los directores en el período anterior al inicio del procedimiento de insolvencia y se adoptan distintos criterios. Una posibilidad podría ser el momento en que se presenta una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, y esta podría considerarse la opción que proporciona la mayor certidumbre. Sin embargo, si el régimen de la insolvencia prevé la apertura automática de un procedimiento después de una solicitud, o si el plazo entre la solicitud de apertura y la apertura es muy corto (véase la recomendación 18), esta opción surtiría escaso efecto por lo que respecta a alentar a los directores a actuar con prontitud.

10. Otra posibilidad se relaciona con las obligaciones que nacen cuando una empresa es insolvente de hecho, lo que, en algunos regímenes, puede ocurrir bastante antes de que se presente una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia. Adoptando el enfoque general de la *Guía*, cabría decir que la insolvencia ha ocurrido de hecho a partir del momento en que una empresa no puede pagar sus deudas en la fecha de su vencimiento, o cuando sus deudas exceden del valor de sus bienes (recomendación 15). Otra posibilidad es cuando la insolvencia es inminente, es decir, cuando la empresa no esté, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento (recomendación 15 a)). Estos criterios, sin embargo, se utilizan cada vez más en los regímenes de la insolvencia como criterios para solicitar la apertura del procedimiento, y en algunos Estados constituyen la base para imponer a los directores la obligación de solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia en un plazo especificado, habitualmente bastante corto, después de que la empresa haya pasado a ser insolvente. En consecuencia, también es improbable que esos criterios animen a adoptar las medidas apropiadas en una etapa suficientemente temprana.

11. Un criterio algo diferente consiste en examinar qué conocimiento de la situación tenía el director en un momento anterior a la apertura del procedimiento de insolvencia cuando, por ejemplo, sabía, o debería haber sabido, que la empresa era insolvente o que la insolvencia era inminente y que no había perspectivas razonables de que la empresa pudiese evitar la apertura de un procedimiento de insolvencia o que la continuidad de la empresa estaba amenazada. La idea es que esta norma se aplique a los directores que no gestionen razonablemente una empresa que esté atravesando dificultades financieras y proporcionar incentivos para que se adopten las medidas apropiadas en el mejor momento. Si bien una preocupación que suscita la aplicación de este tipo de criterio es la dificultad de determinar con certeza el momento exacto en que podría considerarse que el director tenía ese conocimiento, si las cuentas de la empresa se han llevado adecuadamente y son exactas, el director debería poder deducir cuándo se encuentra en dificultades la empresa y cuándo se podría correr el riesgo de que se cumplieran los criterios para que la empresa cayera en la insolvencia. Por otra parte, puede suponerse que el director conocía la información que se habría revelado si la empresa hubiese cumplido su obligación de llevar debidamente los libros de contabilidad y preparar las cuentas anuales. Esencialmente esto requiere evaluar el criterio seguido por el director en función del conocimiento que un director razonablemente competente habría o debería haber tenido en las circunstancias del caso. La aplicación de este criterio requeriría que se hiciera un análisis más detenido de las circunstancias y el contexto, lo que incluiría, por ejemplo, un examen de los libros de la empresa y de su situación financiera completa. Podría entrañar un estudio de las corrientes de ingresos, de las deudas contraídas y de los gastos imprevistos, incluida la capacidad de financiarse. En general, no bastaría la prueba de una falta temporal de liquidez.

12. Las recomendaciones no impiden que los Estados impongan a los directores responsabilidades que puedan ser exigibles al margen de un procedimiento de insolvencia cuando, debido a la falta de bienes para sufragar los costos del procedimiento, se deniega la apertura de un procedimiento de insolvencia.

Recomendación 257

Finalidad de las disposiciones legislativas

La finalidad de las disposiciones relativas al momento en que surgen las obligaciones es determinar en qué momento del período previo a la apertura del procedimiento de insolvencia nacen las obligaciones.

Contenido de las disposiciones legislativas

El momento en que nacen las obligaciones

257. La ley relativa a la insolvencia debería especificar que las obligaciones enunciadas en la recomendación 255 nacen en el momento en que la persona determinada con arreglo a la recomendación 258 supo, o debió haber sabido, que la insolvencia era inminente o inevitable.

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

13. En la mayoría de los Estados, son varias las personas relacionadas con la empresa que tienen obligaciones respecto de la gestión y supervisión de las operaciones. Puede tratarse de los propietarios de la empresa, de directores designados oficialmente (que pueden ser externos independientes o los ejecutivos o gerentes de la empresa que desempeñen el cargo de directores ejecutivos, denominados “directores internos”) y de personas y entidades no designadas, incluidos terceros que actúen en calidad de directores de facto⁹ o directores virtuales¹⁰, así como personas en las que los directores hayan delegado las facultades o los deberes de un director.

14. Una definición amplia puede incluir también a los asesores especiales y, en algunas circunstancias, a los bancos y otros prestamistas, cuando estén asesorando a una empresa sobre el modo de solucionar sus dificultades financieras. En algunos casos, ese “asesoramiento” puede consistir en determinar cómo debe proceder exactamente la empresa y en imponer una línea de acción determinada como condición para otorgar un crédito. No obstante, siempre que los directores de la empresa

⁹En general, se considera que un director *de facto* es una persona que ejerce funciones de director, pero que no ha sido nombrada oficialmente para ocupar ese cargo o cuyo nombramiento adolece de algún defecto técnico. Puede considerarse que una persona es un director *de facto*, independientemente del título oficial que se le haya asignado, si desempeña las funciones de ese cargo. Puede ser cualquier persona que en algún momento participe en la constitución, promoción o gestión de la empresa. En las pequeñas empresas de propiedad familiar puede ser un familiar, un antiguo director, un consultor e incluso un empleado de categoría superior. Normalmente, para que alguien sea considerado director *de facto* se precisará algo más que su mera participación en la gestión de la empresa y tal condición podrá determinarse a partir de una serie de actos, como firmar cheques; firmar la correspondencia de la empresa como “director”; permitir que los clientes, acreedores, proveedores y empleados lo perciban como un director o un “responsable de adoptar decisiones”, y tomar decisiones financieras sobre el futuro de la empresa con los banqueros y contadores de la empresa.

¹⁰Un director virtual puede ser una persona no designada oficialmente como director, pero a cuyas órdenes o indicaciones suele atenerse la conducta de los directores de la empresa. Por lo general, no se incluirá entre ellos a los asesores profesionales que actúen en calidad de tales. Para que alguien sea considerado un director virtual puede ser necesario que tenga la capacidad de influir en la totalidad o la mayoría de los miembros de la junta directiva, de adoptar decisiones financieras y comerciales que vinculen a la empresa y, en algunos casos, que la empresa le haya cedido, total o parcialmente, sus facultades de gestión. En el contexto de un grupo de empresas (véase la segunda sección), una empresa del grupo puede ser directora virtual de otra empresa del grupo. Al examinar la conducta que puede dar lugar a que una persona sea considerada un director virtual, puede ser necesario tener en cuenta la frecuencia de esa conducta y si la influencia se ejerció efectivamente o no.

conserven la discreción de rechazar esa línea de acción, aun cuando en realidad pueda considerarse que no tienen más alternativa que aceptarla porque de lo contrario se enfrentarían a una liquidación, y a condición de que los asesores externos actúen autónomamente, de buena fe y de manera comercialmente adecuada, conviene que esos asesores no se incluyan en la categoría de las personas obligadas.

15. No existe una definición universalmente aceptada de lo que constituye un “director”. Como criterio general, sin embargo, puede considerarse que una persona es un director si ha recibido el encargo de adoptar, o de hecho adopta o debería adoptar, decisiones fundamentales con respecto a la gestión de la empresa, entre ellas funciones tales como las siguientes¹¹: determinar la estrategia de la empresa, la política de riesgo, los presupuestos anuales y los planes de negocios; controlar los resultados obtenidos por la empresa; supervisar los principales desembolsos de capital; vigilar las prácticas de gobernanza de la empresa; seleccionar y designar al director general y apoyar su desempeño; garantizar la disponibilidad de recursos financieros suficientes; tratar los posibles conflictos de intereses; garantizar la integridad de los sistemas de contabilidad y presentación de informes financieros, y rendir cuentas ante los interesados por el desempeño de la organización.

16. Las obligaciones que se han examinado anteriormente recaerían en toda persona que fuera director en el momento en que una empresa se enfrente a una insolvencia efectiva o inminente y podrán afectar también a los directores que posteriormente dimitan (véase el párr. 27 *infra*). Las obligaciones no incumbirán a los directores que sean nombrados después de la apertura del procedimiento de insolvencia.

Recomendación 258

Finalidad de las disposiciones legislativas

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

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 enunciadas en la recomendación 255, que puede tratarse de un director designado oficialmente o cualquier otra persona que ejerza el control de hecho y que desempeñe las funciones de un director.

¹¹ Esos ejemplos se ofrecen a título informativo y no se enumeran en ningún orden de importancia en particular.

D. Responsabilidad

1. El criterio que ha de cumplirse

17. En la normativa sobre las obligaciones de los directores en el período inmediatamente anterior a la insolvencia, el comportamiento de los directores en ese período se juzga en función de una serie de criterios que se utilizan para determinar si los directores han incumplido o no esas obligaciones. Normalmente, esas obligaciones solo serán exigibles una vez que se haya iniciado el procedimiento de insolvencia y como consecuencia de su apertura y se aplicarán retroactivamente de la misma manera que las disposiciones de anulación (véase el análisis que figura en la segunda parte, cap. II, párrs. 148 a 150 y 152).

18. En algunas legislaciones, la cuestión de determinar en qué momento un director o ejecutivo supo, o debió haber sabido, que la empresa era insolvente o que era probable que cayera en la insolvencia se resuelve aplicando los criterios del conocimiento general, la pericia y la experiencia que cabe esperar razonablemente de una persona que desempeñe las mismas funciones que ese director en relación con la empresa. Puede esperarse más de un director de una gran empresa con sistemas y procedimientos contables avanzados. Si la pericia y experiencia del director exceden las necesarias para el cargo, el juicio se podrá formular tomando como parámetro la pericia y la experiencia que efectivamente tenía, en lugar de las que eran necesarias para el cargo. En cambio, la falta de pericia y experiencia de un director que eran necesarias para su cargo quizás no le sirvan de excusa, y para juzgarlo podría tomarse como criterio la pericia y experiencia que eran necesarias para el cargo.

19. Según otro enfoque deben existir motivos razonables para que el director sospeche que la empresa es insolvente o que caerá en la insolvencia en el momento de contraer la deuda o concertar la operación que puede dar lugar a la insolvencia. Para que haya motivos razonables para que sospeche que la empresa puede caer en la insolvencia no bastan las meras conjeturas, sino que el director debe tener un temor fundado de que la empresa se volverá insolvente. Este es un umbral inferior al del enfoque consistente en exigir que se pueda prever o se sepa que la empresa es insolvente. Con arreglo a este enfoque, el criterio es el de un director de competencia normal que es capaz de tener una comprensión básica de la situación financiera de la empresa, y la evaluación se hace teniendo en cuenta la información que ese director pudo haber tenido y no información que tal vez se conozca con posterioridad. Los datos empíricos de los Estados en que rigen disposiciones de este tipo indican que, cuando se examinan los hechos, y a menudo incluso antes de examinarlos, los tribunales suelen tener un muy buen conocimiento de la posición en que se encontraron los directores, analizan cuidadosamente la situación a la que se vieron enfrentados y evalúan en su justo valor los problemas empresariales que tuvieron ante sí.

20. Algunos regímenes jurídicos protegen a los directores, por ejemplo, mediante la regla del criterio empresarial bien fundado, que establece una presunción según la cual los directores, por ejemplo, actuaron de buena fe y creyeron razonablemente que estaban actuando en interés superior de la empresa, no persiguieron un interés material personal, y se informaron debidamente. Los directores, a condición de que hayan actuado de buena fe, con la diligencia debida y dentro de sus competencias, quedarán exentos de responsabilidad. Para acogerse a esa regla, los directores han de informarse con respecto a las cuestiones sobre las que se ha de decidir, adquiriendo y estudiando la información que una persona sensata consideraría convincente en circunstancias similares y apoyándose en ella, y no han de tener ningún conflicto de intereses con respecto a esas cuestiones.

21. Otros regímenes jurídicos tal vez exijan que haya un nexo causal entre el acto de mala gestión y las deudas que dimanen de él, o que la mala gestión haya sido una causa importante de la insolvencia de la empresa. Según este criterio, tiene que haber habido un error de gestión imputable al director, cuando se compara su accionar con el de un director normalmente bien asesorado. Entre los ejemplos de comportamientos o actos que pueden dar lugar a responsabilidad con arreglo a esas leyes figuran la imprudencia, la incompetencia, la falta de atención, la inacción, la concertación de operaciones en que se ejerció una influencia indebida o que no eran de carácter comercial y la concesión indebida de crédito por encima de los medios de la empresa, pero los más habituales han sido los de directores que han permitido que la empresa operara cuando ya era manifiestamente insolvente o emprendiera proyectos por encima de su capacidad económica que no redundaban en el interés superior de la empresa. Otros ejemplos de mala gestión son los casos en que los directores no investigan suficientemente la solidez financiera de los socios comerciales u otros factores importantes antes de celebrar contratos, en que los directores no facilitan información suficiente para que el consejo supervisor pueda vigilar la actuación de los cargos directivos, en que los directores no obtienen ni estudian las cuentas de gestión, en que los directores descuidan la debida gestión financiera de la empresa, en que los directores no adoptan medidas preventivas contra riesgos claramente previsibles o en que la mala gestión del personal por los directores da lugar a malestar y huelgas. En algunos regímenes que adoptan ese criterio, para determinar que hubo mala gestión no es necesario que el director haya intervenido activamente en la gestión de la empresa; la aquiescencia pasiva puede bastar.

2. *El carácter de la responsabilidad*

22. Para determinar si un director ha incumplido sus obligaciones es necesario examinar los hechos en relación con su conducta y con respecto al deudor en el período previo a la apertura del procedimiento de insolvencia. Una vez que se ha

comprobado el incumplimiento de las obligaciones con arreglo a los requisitos probatorios correspondientes, la responsabilidad puede ser atribuida de varios modos. Con arreglo a un enfoque, la responsabilidad será atribuida a cada director en proporción a su participación concreta en las decisiones o comportamientos examinados, exigiéndose el examen de esa participación en todas las circunstancias. La constitución de una junta directiva es un factor importante para hacer frente a esos problemas. Cuando una empresa tiene directores independientes, que no tienen una participación destacable en el capital social y no representan a los accionistas, tales directores quizás no puedan acceder a información en la misma medida que los directores internos. La responsabilidad de los directores internos y de los independientes puede ser distinta, según las circunstancias del caso.

23. Otros regímenes jurídicos establecen la regla general de que los directores responderán solidariamente del incumplimiento de esas obligaciones. Ello puede ocurrir incluso aunque cada director no sea responsable del cumplimiento de todas las obligaciones correspondientes. Algunos de esos regímenes, no obstante, disponen que el tribunal puede decidir discrecionalmente en qué medida es responsable cada director tomando en consideración los hechos del caso, por ejemplo, los diferentes niveles de culpabilidad. El tribunal puede, por ejemplo, ordenar que uno de los directores asuma la responsabilidad total (cuando, por ejemplo, a ese director se le hubieran asignado personalmente obligaciones concretas relacionadas con el perjuicio que se esté examinando) u ordenar que un director pague más cuando, por ejemplo, se haya determinado que la culpa por el daño causado no es igual entre todos. En algunos regímenes jurídicos, solo se puede exigir responsabilidad solidaria a los directores si se demuestra que cometieron deliberadamente un acto fraudulento o deshonesto; en todos los demás casos, la responsabilidad es proporcional a la medida en que las actuaciones del director contribuyeron a las pérdidas de la empresa. En otras legislaciones, se adopta un enfoque ligeramente diferente en el que el tribunal determina si una persona declarada responsable debe indemnizar a la empresa, en función de la gravedad de la culpa y la solidez del nexo causal, aunque la cuantía de la indemnización no es necesariamente proporcional al nivel de responsabilidad o de culpa. En algunas legislaciones, la cuestión de si la responsabilidad es solidaria o se atribuye específicamente a los directores responsables de la conducta en cuestión (lo que puede incluir el no haber actuado él mismo o no haber velado por que otros directores cumplieren con sus propias obligaciones) depende del acto que dé lugar a la responsabilidad.

3. Excepciones oponibles

24. En algunos regímenes jurídicos, cuando los directores tienen obligaciones en el período inmediatamente anterior a la insolvencia, pueden, sin embargo, oponer determinadas excepciones, como la presunción de que han basado sus decisiones

en criterios empresariales bien fundados, para demostrar que su conducta ha sido razonable. Un enfoque algo diferente consiste en conceder a los directores el beneficio de la duda, partiendo de la suposición de que los riesgos empresariales son inevitables y son parte inherente de la gestión. Los tribunales son reacios a cuestionar a un director que ha cumplido sus obligaciones de diligencia debida y lealtad o a adoptar decisiones posteriores, con la ventaja que ofrece la retrospectión. También puede darse el caso de que la regla del criterio empresarial bien fundado pueda oponerse como excepción en relación con algunas de las obligaciones previstas en la ley, aunque no en relación con todas.

25. En algunos regímenes jurídicos, los directores tendrán que demostrar que adoptaron las medidas adecuadas para reducir al mínimo toda posible pérdida para los acreedores de la empresa tras llegar a la conclusión de que esta tendría dificultades para evitar la liquidación. Si pueden demostrar que tomaron decisiones empresariales razonables y objetivas, basadas en información financiera exacta y en un asesoramiento profesional adecuado, es probable que puedan oponer esta excepción aun cuando esas decisiones hayan resultado ser desacertadas desde el punto de vista comercial.

26. Algunos regímenes jurídicos disponen también que los directores deben adoptar determinadas medidas de procedimiento o cumplir ciertas formalidades para evitar o reducir su responsabilidad por decisiones o actos que posteriormente se cuestionen, por ejemplo, dejar constancia de su oposición en las actas de la reunión, entregar al secretario de la reunión un escrito en que expresen su oposición antes de que se levante la reunión o entregar o enviar su oposición por escrito inmediatamente después de levantada la reunión al domicilio social de la empresa o a otro organismo que disponga la legislación nacional. Se puede considerar que los directores que han estado ausentes en la reunión en que se adoptaron esas decisiones han prestado su consentimiento a menos que cumplan con el procedimiento establecido, por ejemplo, adoptar las medidas necesarias para dejar sentada su oposición dentro de determinados plazos después de conocida la decisión de que se trate.

27. Por lo general, el hecho de que un director no tenga conocimiento de los negocios de la empresa no podrá ser aducido como excusa para el incumplimiento de sus obligaciones. Además, la dimisión del director en el período inmediatamente anterior a la insolvencia no lo eximirá necesariamente de responsabilidad, ya que, en algunas legislaciones, el director puede exponerse a que se considere que la dimisión estuvo relacionada con la insolvencia, que el director sabía, o debería haber sabido, que la insolvencia era inminente y que no adoptó medidas razonables para reducir al mínimo las pérdidas de los acreedores y mejorar la situación. Si un director expresó su oposición a una decisión que posteriormente se examina, esa oposición tendrá que constar normalmente por escrito para que el director pueda

aducirla en su favor. Cuando un director está en desacuerdo con los demás directores sobre el curso que se ha de seguir y, pese a adoptar medidas razonables para persuadir a sus colegas de no seguir ese curso no consigue hacerlo, puede ser adecuado que el director dimita, a condición de que quede constancia de las medidas que procuró o aconsejó que se adoptaran.

28. Es posible reducir al mínimo la responsabilidad contratando un seguro específico, que la empresa puede tomar para sus directores, o mediante el pago de una caución. Cuando se ha contratado un seguro, los límites principales para poder cobrarlo normalmente son que se haya cometido un fraude deliberadamente o que el director haya actuado en provecho propio, con lo que los directores están generalmente cubiertos por el incumplimiento de sus obligaciones salvo que la cobertura del seguro sea insuficiente, algo que puede ocurrir en la insolvencia. En algunos regímenes, cuando se ha presentado una denuncia contra un director, es posible negociar un acuerdo con el representante de la insolvencia; este es el criterio que se adopta habitualmente en algunos ordenamientos jurídicos.

4. *Vías de acción disponibles*

29. El derecho civil prevé diferentes medidas y vías jurídicas que pueden combinarse para el caso de que un director incumpla sus obligaciones. Las medidas que suelen preverse consisten en general en la posibilidad de obtener una indemnización por el incumplimiento de la obligación de que se trate y por los daños y perjuicios causados, aunque la manera de calcular el importe varía. La indemnización por daños y perjuicios no suele tener carácter punitivo. Varios regímenes jurídicos prevén también la inhabilitación del director para actuar como tal o participar en la conducción y gestión de una empresa.

a) *Daños y perjuicios e indemnización*

30. Cuando se considera a los directores responsables de acciones u omisiones en el período inmediatamente anterior a la insolvencia, el grado de responsabilidad que se les atribuye varía. En algunos regímenes jurídicos, los directores pueden ser responsables de las pérdidas o los daños y perjuicios sufridos por distintos acreedores y empleados y por la propia empresa, cuando las pérdidas son resultado directo de sus acciones u omisiones. También pueden ser responsables de los pagos que hayan dado lugar a una reducción de la masa de la insolvencia o que se hayan traducido en una disminución de los bienes de la empresa. Algunas legislaciones permiten que el tribunal calibre el grado de responsabilidad que se atribuye a los directores para equipararlo a la naturaleza y gravedad de los actos de mala gestión o de otro acto que dé lugar a la responsabilidad. Algunos regímenes jurídicos

prevén que un director pueda ser considerado responsable de la diferencia entre el valor de los bienes de la empresa en el momento en que esta debería haber cesado de operar y el momento en que realmente dejó de hacerlo. Otra formulación del mismo concepto consiste en comparar la situación de los acreedores y la de la empresa después del incumplimiento y la situación en que se encontrarían de no haber existido un incumplimiento.

31. Algunos regímenes jurídicos que prevén la obligación de solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia o de celebrar una asamblea de accionistas cuando haya una pérdida de capital prevén también el pago de una indemnización.

32. Cuando los directores son considerados responsables puede especificarse que la cantidad recuperada engrosará la masa de la insolvencia dado que la justificación principal para demandar a los directores es recuperar en forma de indemnización para la masa de la insolvencia parte del valor que se ha perdido por sus actos. La indemnización aprovechará así a todos los acreedores, no a algunos en concreto. En algunos regímenes jurídicos se prevé que, si la empresa ha constituido una hipoteca sobre toda la empresa, la indemnización que se obtenga irá en beneficio de los acreedores no garantizados. Cabe sostener en apoyo de ese enfoque que la indemnización no debería beneficiar a los acreedores garantizados, ya que la causa de la acción no existe hasta la apertura del procedimiento de insolvencia y, por lo tanto, no puede estar sujeta a una garantía mobiliaria otorgada por la empresa antes de ese momento. Además, lo que se pretende a diferencia de lo que ocurre en un procedimiento de anulación, no es recuperar los bienes de la empresa, sino una contribución de los directores para reparar los daños y perjuicios sufridos por los acreedores. Sin embargo, cuando el régimen de la insolvencia permita que los acreedores demanden a los directores (véanse los párrs. 36 a 42 *infra*), estaría justificado sugerir que cualquier indemnización que se haya de pagar se destine, en primer lugar, a cubrir las costas sufragadas por el acreedor o los acreedores que iniciaron el procedimiento.

33. Además de las medidas anteriormente mencionadas, las deudas u obligaciones que la empresa tenga para con los directores pueden aplazarse o subordinarse, y se puede exigir a los directores que rindan cuentas de todo bien de la empresa que hayan adquirido o del que se hayan apropiado y de todo beneficio que hayan obtenido por el incumplimiento de sus obligaciones.

b) *Inhabilitación*

34. Una consecuencia que se prevé en varios regímenes jurídicos cuando se abre un procedimiento de insolvencia es la inhabilitación de los directores para

desempeñar ese cargo o participar en la conducción y gestión de una empresa. Tal medida suele considerarse una salvaguardia destinada a apartar a esos directores de los puestos en que puedan causar más daños al seguir desempeñando funciones de gestión y dirección en esa u otra empresa. Algunas legislaciones permiten la inhabilitación por un período de entre 2 y 15 años si se considera que la persona no es “apta” para actuar como director. Entre los factores que se tienen en cuenta en esa determinación figuran los siguientes: que se haya producido el incumplimiento de una obligación fiduciaria, la utilización indebida de fondos, la presentación de estados financieros y no financieros engañosos y el hecho de no llevar las cuentas de la manera debida y de no presentar las declaraciones que correspondía presentar. Entre esos factores también figuran actos relacionados con la insolvencia de la empresa, como la responsabilidad de esa persona en el hecho de que la empresa concertara operaciones susceptibles de ser anuladas por motivos similares a los enumerados en la recomendación 87 o de que la empresa siguiera operando pese a que el director sabía, o debiera haber sabido, que era insolvente. Los diversos factores se suelen considerar de forma acumulativa al determinar la falta de aptitud en un caso concreto. En los ordenamientos jurídicos que prevén la inhabilitación, las personas que son declaradas no aptas han dado muestras en muchos casos, aunque no siempre, de falta de probidad comercial, negligencia manifiesta o incompetencia grave.

35. Puede imponerse la inhabilitación junto con los demás recursos y sanciones anteriormente descritos, o bien solicitarse de forma independiente, cuando la conducta general de una persona como director merezca tal sanción. Cuando se prevea la inhabilitación, las personas facultadas para solicitarla tal vez se limiten a determinados organismos o funcionarios, al representante de la insolvencia y, en algunos casos, a los acreedores.

Recomendaciones 259 a 261

Finalidad de las disposiciones legislativas

La finalidad de las disposiciones sobre responsabilidad es la siguiente:

- a) Proporcionar normas para las circunstancias en las que los actos de una persona sujeta a las obligaciones enunciadas en la recomendación 255 que tengan lugar antes de que se inicie el procedimiento de insolvencia puedan ser considerados perjudiciales y, por consiguiente, un incumplimiento de esas obligaciones;
- b) Determinar las excepciones que podrán oponerse a una alegación de incumplimiento de las obligaciones; y
- c) Determinar las consecuencias de ese incumplimiento.

Recomendaciones 259 a 261 (continuación)**Contenido de las disposiciones legislativas***Responsabilidad*

259. La ley relativa a la insolvencia debería especificar que cuando los acreedores han sufrido pérdidas o daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones enunciadas en la recomendación 255, la persona en la que recaen las obligaciones puede ser responsable.

260. La ley relativa a la insolvencia debería disponer que la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones enunciadas en la recomendación 255 está limitada a la medida de las pérdidas y los daños que ha causado el incumplimiento.

Elementos de la responsabilidad y excepciones

261. La ley relativa a la insolvencia debería especificar los elementos que habrán de probarse a fin de establecer que se han incumplido las obligaciones enunciadas en la recomendación 255 y que, como consecuencia de ello, los acreedores han sufrido pérdidas o daños; a qué parte corresponde la carga de esa prueba, y qué excepciones concretas podrán oponerse a una alegación de incumplimiento de las obligaciones. Una de las excepciones que se podrán oponer es que la persona en la que recaen las obligaciones adoptó medidas razonables del tipo de las mencionadas en la recomendación 256.

E. Exigencia de cumplimiento de las obligaciones de los directores*1. Partes que pueden entablar una acción*

36. Varios regímenes jurídicos limitan el derecho a entablar acciones contra un director por el incumplimiento de las obligaciones examinadas anteriormente en función de la naturaleza de la acción y la persona facultada para ejercerla. Pueden ser de aplicación consideraciones parecidas a las aplicables al ejercicio de las facultades de anulación, que se examinan en la recomendación 87 (véase la segunda parte, cap. II, párrs. 192 a 195).

37. En varios regímenes jurídicos, cuando ya se ha abierto el procedimiento de insolvencia, el representante de la insolvencia es el único que, tras haber examinado los actos de un director anteriores a la insolvencia, tiene derecho a proceder contra el director para obtener una indemnización en beneficio de los acreedores respecto

de cualesquiera pérdidas causadas a la empresa. Las normas sobre la gestión indebida del comercio, por ejemplo, pueden autorizar al representante de la insolvencia a demandar a los directores para que hagan aportaciones a la masa de la insolvencia cuando su comportamiento haya contribuido a la insolvencia de la empresa o constituya un acto de mala gestión. Algunos regímenes permiten también que la demanda sea interpuesta por el fiscal o de oficio por el tribunal.

38. Si bien una importante razón para imponer obligaciones a los directores en el período inmediatamente anterior a la insolvencia es la protección de los intereses de los acreedores, no todos los ordenamientos jurídicos permiten a estos demandar a un director por incumplimiento de sus obligaciones. Algunos regímenes jurídicos, cuando el representante de la insolvencia no adopta ninguna medida, reconocen a los acreedores, y a veces a los accionistas, el derecho de interponer una acción subrogatoria (véase la segunda parte, cap. II, párrs. 192 a 195). Cuando la indemnización por daños y perjuicios pase a integrar la masa de la insolvencia en beneficio de los acreedores, los accionistas tendrán escasa motivación para entablar esa acción. Otros regímenes jurídicos autorizan únicamente a los acreedores a demandar por determinados tipos de acciones u operaciones, como el ejercicio del cargo en forma indebida o la realización de operaciones sin haberse recibido un contravalor suficiente. En otros regímenes jurídicos, cuando los acreedores no tienen un derecho independiente a interponer una acción, un acreedor puede actuar por su cuenta contra los directores únicamente con el consentimiento de la mayoría de los acreedores o del comité de acreedores, o bien los acreedores pueden solicitar a su representante, al comité o al tribunal que interponga esa acción.

39. Cuando se considere conveniente que la ley permita a los acreedores demandar a los directores, puede marcarse una distinción entre los acreedores cuya deuda haya nacido en el período cercano a la insolvencia como resultado directo de la conducta en examen y los acreedores cuya deuda fuera anterior a ese período. Dependiendo de la ley relativa a la insolvencia que sea aplicable, el representante de la insolvencia puede interponer acciones contra un director en beneficio de la masa de la insolvencia, si se autorizan tales acciones. Si lo permite la ley relativa a la insolvencia, un acreedor puede interponer acciones contra un director en beneficio de la masa de la insolvencia si no lo hace el representante de la insolvencia. En algunos Estados, y según la ley relativa a la insolvencia que sea aplicable, un acreedor puede interponer acciones contra un director en beneficio propio. Todas esas acciones dependerán de que la conducta que se esté examinando haya ocurrido en el período inmediatamente anterior a la insolvencia. En algunos regímenes ese derecho individual del acreedor queda limitado a los casos en que el comportamiento perjudicial en cuestión haya tenido como destinatario específico a un acreedor determinado. De considerarse conveniente permitir que los acreedores interpongan acciones contra el director, las disposiciones del régimen de la insolvencia aplicables a la anulación pueden servir de modelo para el procedimiento que habría que

seguir (véase la segunda parte, cap. II, párrs. 192 a 195). Por ejemplo, la ley puede requerir el consentimiento previo del representante de la insolvencia para asegurar que este tenga conocimiento del propósito de los acreedores y la oportunidad de denegar su autorización, evitando así cualquier perjuicio que esa actuación pueda causar a la administración de la masa de la insolvencia.

40. Cuando para demandar a un director el acreedor deba contar con el consentimiento del representante de la insolvencia o de los acreedores, pero no lo haya obtenido o le haya sido denegado, el régimen de la insolvencia puede permitirle que solicite aprobación judicial. El representante de la insolvencia debería tener derecho a ser escuchado en la correspondiente audiencia judicial para explicar por qué considera que la acción no debería prosperar. En esa audiencia el tribunal podría autorizar que se interponga la demanda o podría decidir que examinará las cuestiones de fondo del caso. La aplicación de ese criterio puede hacer menos probable que las diversas partes lleguen a un acuerdo. En los casos en que se permite que los acreedores interpongan una demanda de anulación, algunos regímenes prevén que las costas de la demanda corran por cuenta de los acreedores o admiten la imposición de sanciones a los acreedores para desalentar posibles abusos; se podría seguir ese mismo criterio en las demandas interpuestas por los acreedores contra los directores.

41. En los regímenes que imponen a los directores la obligación de abrir un procedimiento de insolvencia, la propia empresa, sus accionistas y sus acreedores pueden tener derecho a una indemnización por daños y perjuicios en caso de incumplimiento de esa obligación. Si los directores han efectuado pagos contraviniendo una moratoria que acompaña a la obligación de abrir un procedimiento de insolvencia, la propia empresa puede tener derecho a una indemnización. La empresa puede tener ese derecho también si la ley impone la obligación de celebrar una asamblea de accionistas cuando se produzca una pérdida de capital. Es conveniente que el régimen de la insolvencia garantice la coordinación de las demandas que puedan iniciar las diferentes partes.

42. Las acciones entabladas contra directores por incumplimiento de sus obligaciones pueden representar un bien importante de la masa de la insolvencia y contribuir a que los acreedores obtengan mayores beneficios. Ahora bien, en muchos ordenamientos jurídicos, la duración de tales acciones impide concluir el procedimiento de insolvencia y proceder a la distribución final del producto. Por tanto, es aconsejable que el representante de la insolvencia, antes de interponer acciones contra un director, tenga en cuenta las probabilidades de que tales acciones prosperen, así como otras circunstancias, por ejemplo, que el director pueda responder en caso de que deba indemnizar por daños y perjuicios, el alcance de la cobertura del seguro que tenga el director y los efectos de tales acciones sobre la duración del procedimiento de insolvencia.

2. Financiación del procedimiento

43. Una dificultad que podría surgir en los ordenamientos jurídicos en que el representante de la insolvencia esté autorizado a entablar una demanda por el incumplimiento de esas obligaciones es la relativa al pago de las costas en el caso de que esa demanda no prospere. A menudo se cita la falta de financiación disponible como una razón fundamental por la que son relativamente poco numerosos los casos en que se demanda por el incumplimiento de esas obligaciones. Si bien pueden facilitarse fondos de la masa de la insolvencia cuando existan bienes suficientes para hacerlo, como suele ocurrir con los procedimientos de anulación, los representantes de la insolvencia pueden no estar dispuestos a utilizar esos bienes para entablar una demanda si no hay una probabilidad muy elevada de que esta prospere (véase la segunda parte, cap. II, párr. 196). Sin embargo, en muchos casos los fondos disponibles en la masa de la insolvencia no serán suficientes para demandar a un director, aunque haya muchas probabilidades de que la demanda prospere.

44. Encontrar en esas circunstancias un criterio de financiación alternativo puede ofrecer, en determinadas condiciones, un medio efectivo para devolver a la masa los bienes perdidos por actos de los directores, corregir abusos, investigar conductas desleales y promover la buena gobernanza. Ayudaría a obtener esa financiación alternativa que los regímenes de la insolvencia incluyeran una autorización apropiada de un modo muy parecido al que se dispone en la recomendación 95 con respecto a la financiación del procedimiento de anulación. Puede cederse a un tercero, incluso a los acreedores, la facultad de entablar el procedimiento, o el producto que se prevé obtener si prospera, a cambio de una suma de dinero o se puede recurrir a un prestamista para que provea los fondos. Cuando la acción se interpone en interés de todos los acreedores por una parte distinta del representante de la insolvencia, el costo de comenzar esas actuaciones puede recuperarse de la indemnización que se pague. En algunos regímenes, las demandas contra los directores se pueden dirimir mediante negociaciones con los representantes de la insolvencia, evitando la necesidad de financiación. En algunos ordenamientos jurídicos esta vía no es frecuente, mientras que en otros constituye una práctica habitual y los representantes de la insolvencia suelen “invitar” a los directores a que hagan contribuciones. Por otra parte, sería apropiado considerar también el tribunal ante el que se pueden entablar esas actuaciones, cuestión que se examina en la segunda parte, capítulo I, párrafo 19.

Recomendaciones 262 a 266

Finalidad de las disposiciones legislativas

La finalidad de las disposiciones sobre la exigencia de cumplimiento de las obligaciones de los directores es establecer los recursos apropiados contra el

Recomendaciones 259 a 261 (continuación)

incumplimiento de las obligaciones y facilitar la interposición y la sustanciación de las demandas para obtener una indemnización por ese incumplimiento.

Contenido de las disposiciones legislativas*Vías jurídicas disponibles*

262. La ley relativa a la insolvencia debería especificar que entre las medidas que pueden solicitarse cuando el tribunal determine que existe responsabilidad por un incumplimiento de las obligaciones enunciadas en la recomendación 255 figuren el pago completo a la masa de la insolvencia de la indemnización por daños y perjuicios que fije el tribunal.

Sustanciación de la demanda por incumplimiento de la obligación

263. La ley relativa a la insolvencia debería especificar que la acción por las pérdidas o daños y perjuicios sufridos como resultado del incumplimiento de las obligaciones enunciadas en la recomendación 255 corresponde a la masa de la insolvencia y que el representante de la insolvencia es el principal responsable de interponer una demanda por incumplimiento de dichas obligaciones. La ley relativa a la insolvencia también podrá permitir a un acreedor o a cualquier otra parte interesada interponer esa demanda con el consentimiento del representante de la insolvencia. En caso de haberse denegado ese consentimiento, el acreedor u otra parte interesada podrán solicitar autorización judicial para interponer dicha demanda.

Financiación de las demandas por incumplimiento de la obligación

264. La ley relativa a la insolvencia debería especificar que las costas de la demanda contra la persona en la que recaen las obligaciones se abonarán como gastos administrativos¹².

265. La ley relativa a la insolvencia podrá prever criterios alternativos para regular la sustanciación y financiación de esas demandas.

Medidas adicionales

266. Para desalentar todo comportamiento que pueda dar lugar a la responsabilidad según lo dispuesto en la recomendación 259, la ley relativa a la insolvencia podrá prever otras soluciones¹³ además del pago de la indemnización prevista en la recomendación 262.

¹² Véase la explicación de los “gastos administrativos” en el glosario de la Introducción de la *Guía*, párr. 12 a).

¹³ Las otras vías que se podrán utilizar dependerán de las medidas previstas en cada ordenamiento jurídico y de lo que, además del pago de la indemnización, resulte proporcional a la conducta en cuestión y apropiado en las circunstancias del caso concreto. Se examinan ejemplos de esas medidas en los párrs. 33 a 35 del presente capítulo.

Segunda sección

Obligaciones de los directores de empresas pertenecientes a un grupo en el período cercano a la insolvencia

Introducción y finalidad de la segunda 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 podrían adaptar esas recomendaciones para que fuesen aplicables a los directores¹⁴ 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 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 y con la tercera parte de la *Guía*. Además, en 2019 la CNUDMI aprobó un texto legislativo, la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas*¹⁵, que tiene por

¹⁴La cuestión de quién puede ser considerado director 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”.

¹⁵*Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/74/17), anexo II.*

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*. 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 que aparece en la Introducción de la *Guía* y en el glosario que aparece en la Introducción de la tercera parte de la *Guía*.

a) Por “empresa del grupo” se entenderá toda empresa integrante 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;

d) Por “procedimiento principal” se entenderá un procedimiento de insolvencia que se siga en el Estado en donde la empresa deudora miembro 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) citados anteriormente, 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. Contexto

1. En la primera sección se examinan las obligaciones de los directores de empresas individuales en el período cercano a la insolvencia y se presenta información sobre la forma en que se encuentran reglamentadas esas obligaciones en los regímenes vigentes. Si bien en algunos ordenamientos jurídicos se imponen obligaciones a los directores en el período cercano a la insolvencia, las ventajas y desventajas relativas de esos regímenes siguen siendo objeto de debate¹⁶. 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 de la insolvencia para dar más opciones de adoptar medidas de acción temprana, se ha prestado poca atención a brindar a los directores los incentivos adecuados para que adopten esas medidas¹⁷. En la primera sección se promueve la creación de incentivos adecuados al señalarse 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.

2. En el contexto de los grupos de empresas, no parece que los regímenes nacionales hayan desarrollado la cuestión de las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia ni la hayan tratado con claridad. Si bien en muchos ordenamientos jurídicos se ha contemplado el concepto de grupos de empresas y se ha desarrollado, el tratamiento de la cuestión de las obligaciones de los directores de una o más empresas pertenecientes a un grupo sigue siendo algo confuso.

3. En la tercera parte de la *Guía*, que se ocupa del trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, se señala que los grupos de empresas se suelen caracterizar por diversos grados de integración económica (desde grupos altamente centralizados a grupos en que las empresas son relativamente independientes) y tipos de estructura organizativa (vertical u horizontal) que crean relaciones complejas entre las empresas del grupo y pueden implicar distintos niveles de participación en el capital social y control. Esos factores, junto con la adhesión al criterio de la identidad jurídica propia de cada empresa del grupo y la falta

¹⁶Véase la primera sección, cap. I, párrs. 8 a 10.

¹⁷*Ibid.*, párr. 6.

generalizada de un 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 a un grupo. La adhesión al criterio de la identidad jurídica propia de cada empresa del grupo significa que normalmente los directores deben promover el éxito y defender los intereses de la empresa que dirigen, respetando su responsabilidad limitada 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 orientación general de la gestión de la empresa, 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 espera evitar. En la tercera parte de la *Guía* se examinan con cierto detalle la realidad económica 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 amplio¹⁸.

4. 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 aceptar, aunque solo sea a corto plazo, algún menoscabo de los intereses de algunas empresas del grupo a fin de 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

¹⁸Véase la tercera parte, cap. I.

proteger los intereses de los acreedores de las empresas afectadas del grupo y de otros interesados.

5. 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; los casos en que una empresa perteneciente a un grupo conviene en traspasar su negocio 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, cuando en última instancia ello podría redundar en beneficio de los negocios de la empresa del grupo que acepta dicho traspaso, cesión o contrato, o los casos en que distintas empresas pertenecientes a un grupo se otorgan garantías recíprocas a fin de 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.

6. Esas consideraciones pueden ser oportunas en el período cercano a la insolvencia, un momento en que tal vez sea necesario ejercer un control y una coordinación mayores de las actividades del grupo de empresas a fin de lograr la máxima eficiencia posible y concebir soluciones colectivas de la insolvencia para resolver las dificultades financieras del grupo de empresas en su conjunto o de algunas de sus partes. En esos momentos puede haber también más oportunidades de que se produzca un aprovechamiento de las empresas más vulnerables y dependientes del grupo en beneficio de otras empresas del mismo grupo, por ejemplo, mediante la transmisión 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.

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

8. Si bien, como se ha señalado anteriormente, son pocos los regímenes que 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 algunos ordenamientos jurídicos permitan 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.

9. En otros ordenamientos jurídicos 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. Otro criterio es permitir que el director de una empresa de un grupo actúe en interés de la empresa matriz siempre que no menoscabe las posibilidades 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 esos regímenes jurídicos, 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 ni debe caer en la insolvencia a causa de esa actuación.

10. 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, así como 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 incorporen al régimen de insolvencia 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 utilizados por los encargados de la formulación de políticas para 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, cap. I, párrs. 1 a 14, y en la recomendación 1) adoptando una medida de acción temprana y un comportamiento adecuado de los directores, está claro también que unas normas excesivamente draconianas pueden entrañar peligros y dificultades para los empresarios.

11. 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 incluirse en la ley relativa a la insolvencia y ser 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

1. 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 podría ser conveniente que el régimen permitiera 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) y la posibilidad de obtener el máximo valor posible 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 continuidad de su actividad comercial y la obtención de su máximo valor posible. Si adoptan esas mismas medidas en circunstancias en las que probablemente no resulte beneficiada la empresa que tiene dificultades financieras, los directores pueden correr el riesgo de incurrir en responsabilidad por no cumplir sus obligaciones de manera razonable.

2. Uno de los elementos que deberían 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 que tendrían esas medidas en los acreedores de

esa empresa, especialmente cuando sea necesario contemplar también los intereses del grupo en general. Conforme a la recomendación 255, los directores deberían 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 aquella en que se encontrarían si no se hubiesen adoptado esas medidas.

3. 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 las circunstancias del caso, 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 necesaria la determinación de si se mantendría o se generaría más valor contribuyendo a aplicar una solución colectiva de la insolvencia para el grupo de empresas en su conjunto o para algunas de sus partes o adoptando 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) concertar 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, tanto si se aplicaran solamente a la empresa que dirige el director como si se aplicaran 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 miras 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.

4. Cuando la insolvencia sea inevitable y se haya de abrir un procedimiento oficial, el director podría estudiar ante qué tribunal debería iniciarse ese procedimiento, especialmente cuando exista la posibilidad de presentar una solicitud de apertura conjunta con otras empresas del grupo y coordinar procesalmente los procedimientos, como se expone en la tercera parte de la *Guía* (recomendaciones 202 a 210).

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 conozcan 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 gestionarse 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 gestione una empresa perteneciente a un grupo de modo que se obtenga el máximo valor de la empresa 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 para garantizar que los acreedores y demás interesados de esa empresa del grupo no queden en una situación más desfavorable que aquella en que se encontrarían si la empresa no se hubiese gestionado de manera que se promovieran 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 obtener el máximo valor del grupo de empresas como de promover una solución colectiva de la insolvencia para el grupo de empresas en su conjunto o para algunas de sus partes ni en perjuicio de la posición de esa empresa dentro del grupo ni en 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 empleen criterios empresariales bien fundados ni que se asuman riesgos comerciales razonables.

Recomendaciones 267 y 268 (continuación)

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 una persona determinada 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 que se derivarían de obtener el máximo 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 aquella en que se encontrarían si la empresa no se hubiese gestionado de manera que se promovieran esa solución.

Medidas razonables que podrían adoptarse 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 o generar un mayor 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 reestructuración¹⁹, 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 de insolvencia oficial.

2. Cuando se prevea iniciar un procedimiento de insolvencia oficial, evaluar en qué tribunal debería iniciarse, si es posible o procedente presentar una solicitud conjunta de apertura²⁰ con otras empresas pertinentes del grupo y si debería haber una coordinación procesal del procedimiento²¹.

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

5. 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 su actividad, 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 ejerce algún tipo de control sobre ella; 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.

6. También es posible que en algunos grupos sea difícil determinar los límites precisos entre las empresas que los integran, debido a que las responsabilidades de

¹⁹ Véase la primera parte, cap. II, párrs. 2 a 18.

²⁰ Véanse las recomendaciones 199 a 201.

²¹ Véanse las recomendaciones 202 a 210.

gestión en las diferentes juntas directivas están poco definidas. Además, puede suceder que los ejecutivos y encargados de la adopción de decisiones sean empleados de otras empresas del grupo que estén bastante alejadas de la empresa en cuestión y que la identidad jurídica propia y la responsabilidad independiente de esta última no se tengan generalmente en cuenta en las actividades cotidianas del grupo de empresas. En esas situaciones, quizás se planteen conflictos graves entre las obligaciones que tienen esas personas respecto de la actividad comercial efectiva de la empresa que administran y sus obligaciones para con la otra empresa que los ha empleado.

7. 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, incluido el director virtual²² 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.

8. En la primera sección (cap. II, párrs. 13 a 16) se examina la cuestión de las personas en quienes recaen las obligaciones analizadas anteriormente. 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

9. 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 organizados los negocios del grupo de empresas²³. Cualquiera que sea el motivo, un director que integre las juntas directivas o sea responsable de la gestión de varias empresas diferentes del mismo grupo puede tener que hacer frente, en el período cercano a la insolvencia, a un posible conflicto entre las distintas obligaciones contraídas para

²² El término se explica en la primera sección, cap. II, párr. 13.

²³ Véase la tercera parte, cap. I, párrs. 6 a 15.

con cada una de esas empresas, al intentar determinar el modo de actuar que ofrezca mayores probabilidades de mantener el valor y proporcionar la mejor solución para las dificultades financieras de cada una de ellas. La naturaleza y la complejidad de los conflictos pueden depender de la posición jerárquica que ocupen las empresas que dirige dentro del grupo, la cuestión conexas 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 concertada con la empresa matriz tuvo en cuenta a la empresa controlada y fue justa y razonable para esta última.

10. 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 operara como una entidad autónoma pueden ser razonables cuando se consideran en ese contexto más amplio. El negocio de una empresa subsidiaria, por ejemplo, puede depender en general de la actividad comercial del grupo de empresas a nivel más amplio y puede ser conveniente que esa subsidiaria 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 subsidiaria.

11. 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 la información que corresponda, relacionada con el conflicto, en particular sobre su naturaleza y alcance, a las juntas directivas afectadas, mientras que en otras circunstancias tal vez sea razonable comunicar esa información a más personas, por ejemplo, a los acreedores y otros interesados, por ejemplo, a las juntas directivas de otras empresas del grupo. La comunicación de la información quizás sea 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.

12. En algunas situaciones tal vez sea apropiado que el director se abstenga de participar en las decisiones relacionadas 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 que se ha abstenido deliberadamente de participar y que no ha sido una omisión. En algunos casos tal vez sea posible

nombrar a un miembro adicional o suplente de la junta directiva y, si el conflicto no puede resolverse, el director podrá plantearse, como último recurso, la posibilidad de dimitir de su cargo en alguna de las juntas directivas afectadas. Esa dimisión podría consistir en renunciar a un cargo en la junta directiva de una empresa insolvente o solvente del grupo. Si bien es posible que la dimisión libere al director del dilema, con ella se elude al mismo tiempo el problema más profundo; la dimisión 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 ha señalado en la primera sección (cap. II, párr. 27), la renuncia de un director al cargo en la junta directiva no lo exime de responsabilidad, ya que, conforme a algunos regímenes jurídicos, 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.

13. Una buena gobernanza empresarial que facilite el análisis de la situación de las respectivas empresas del grupo que ha dado 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 gobernanza empresarial no deja sin efecto las obligaciones que tengan los directores para con la empresa o empresas del grupo ni las limita. Simplemente da una idea de las medidas que se consideran razonables para gestionar el conflicto. Las diferencias que tal vez existan entre las políticas y normas de gobernanza 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 las 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 otros interesados de esas distintas empresas del grupo.

Medidas razonables que podrían adoptarse para gestionar un conflicto de obligaciones

270. La ley relativa a la insolvencia podrá establecer que un director que se enfrente a un conflicto de obligaciones deberá adoptar medidas razonables para gestionarlo. Esas medidas razonables podrán 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 alternativa, dimitir del cargo en la junta o juntas directivas correspondientes.

Anexo V

Decisiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, adoptadas los días 18 de julio de 2013 y 15 de julio de 2019, y resolución 68/107 B de la Asamblea General

A. Decisiones de la Comisión

1. En su 973ª sesión, celebrada el 18 de julio de 2013, la Comisión adoptó la siguiente decisión:

“La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

Reconociendo que la existencia de regímenes de insolvencia eficaces se considera cada vez más un factor de estímulo del desarrollo económico y la inversión, así como de fomento de la actividad empresarial y de preservación del empleo,

Considerando que los regímenes de la insolvencia eficaces, además de establecer un proceso jurídico previsible para hacer frente a las dificultades financieras de las empresas con problemas y el marco necesario para su reorganización eficiente o su liquidación ordenada, deberían permitir también que se examinaran las circunstancias que hubieran dado lugar a su insolvencia y, en particular, la conducta de sus directores en el período anterior al comienzo del procedimiento de insolvencia,

Observando que la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*¹, aunque aborda las obligaciones de los directores de una empresa una

¹ Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.05.V.10.

vez iniciado el procedimiento de insolvencia, no se ocupa de la conducta de los directores en el período cercano a la insolvencia ni de las obligaciones que podrían corresponderles en ese período,

Considerando que crear incentivos para que los directores adoptaran medidas adecuadas para hacer frente a los efectos de los problemas financieros de una empresa podría resultar decisivo para su reorganización exitosa o su liquidación, y que esos incentivos deberían formar parte de un régimen de la insolvencia eficaz,

Agradeciendo el apoyo y la participación de organizaciones internacionales intergubernamentales y no gubernamentales interesadas en la reforma del régimen de la insolvencia en la preparación de una parte adicional de la *Guía legislativa* dedicada a las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia,

Expresando su reconocimiento al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) por su labor de preparación de la cuarta parte de la *Guía Legislativa*, relativa a las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia,

1. *Aprueba* la cuarta parte de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, cuyo texto figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP.113, con las revisiones introducidas por el Grupo de Trabajo en su 43° período de sesiones (véase A/CN.9/766) y por la Comisión en su actual período de sesiones (véase el informe de la Comisión sobre su 46° período de sesiones (A/68/17), párr. 202), y autoriza a la Secretaría a que edite y finalice el texto de la cuarta parte de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, teniendo en cuenta esas revisiones;

2. *Solicita* al Secretario General que publique, incluso en formato electrónico, el texto de la cuarta parte de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, lo transmita a los gobiernos y otros órganos interesados y estudie la posibilidad de refundir las partes primera a cuarta de la *Guía Legislativa* y publicarlas, incluso en formato electrónico, en fecha posterior;

3. *Recomienda* a todos los Estados que utilicen la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* para evaluar la eficiencia económica de sus regímenes de la insolvencia y presten la debida atención a la *Guía Legislativa* cuando se dispongan a revisar o promulgar una ley relativa a la insolvencia, e invita a los Estados que hayan utilizado la *Guía* a que informen de ello a la Comisión.”

2. En su 1099a sesión, celebrada el 15 de julio de 2019, la Comisión adoptó la siguiente decisión:

“La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

Recordando la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, por la que la Asamblea estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con el mandato de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional en interés de todos los pueblos y en particular de los países en desarrollo,

Reconociendo que la existencia de regímenes de insolvencia eficaces se considera cada vez más un factor de estímulo del desarrollo económico y la inversión, así como de fomento de la actividad empresarial y de preservación del empleo,

Considerando que un régimen eficaz de la insolvencia, además de establecer un proceso judicial previsible para el examen de las dificultades financieras de las empresas con problemas y prever el marco necesario para la reorganización eficiente o la liquidación ordenada de esas empresas, debería permitir examinar las circunstancias que hayan dado lugar a la insolvencia, en particular la conducta de los directores de la empresa en el período cercano a la insolvencia,

Recordando la aprobación de la cuarta parte de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia (2013)*², que trata de las obligaciones de los directores de una empresa individual en el período cercano a la insolvencia,

Observando la importancia que para el comercio internacional tienen los grupos de empresas, tanto nacionales como internacionales, en una economía mundial cada vez más globalizada,

Recordando la aprobación de la tercera parte de la *Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia (2010)*³, que se refiere al trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, y de la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas (2019)*⁴,

Recordando también que la labor relativa a las obligaciones de los directores de empresas pertenecientes a un grupo en el período cercano a la insolvencia se llevó a cabo en el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) paralelamente a la elaboración de un proyecto de ley modelo sobre la insolvencia de grupos de empresas, al reconocerse que ni en la tercera parte ni en la cuarta parte de la *Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia* se preveía la situación en que un director

² Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/68/17), párr. 204.

³ *Ibid.*, sexagésimo quinto período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/65/17), párr. 233.

⁴ *Ibid.*, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/74/17), párr. 110 y anexo II.

era nombrado para un cargo ejecutivo o de gestión, o ya lo ocupaba, en más de una empresa de un mismo grupo y surgía un conflicto con respecto al cumplimiento de las obligaciones contraídas por ese director con cada una de esas empresas,

Expresando su aprecio al Grupo de Trabajo V por su labor de preparación de una sección adicional de la cuarta parte de la *Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia* en la que se regulan las obligaciones de los directores de empresas pertenecientes a un grupo en el período cercano a la insolvencia, centrando la atención en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por un director con distintas empresas del grupo,

Apreciando la participación en esta labor de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales internacionales interesadas en la reforma del régimen de la insolvencia,

Convencida de que un marco jurídico que resolviera los conflictos entre las obligaciones contraídas con los acreedores y otras partes interesadas de las distintas empresas del grupo, teniendo debidamente en cuenta otras consideraciones, en particular la recuperación de las empresas, debería formar parte de todo régimen eficaz de la insolvencia,

1. *Aprueba* una sección adicional de la cuarta parte de la *Guía legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre el régimen de la insolvencia*, en la que se regulan las obligaciones de los directores de empresas pertenecientes a un grupo en el período cercano a la insolvencia, que figura en el documento A/CN.9/990;

2. *Solicita* al Secretario General que publique, incluso por medios electrónicos, en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, la cuarta parte de la *Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia*, incluyendo en ella una sección adicional sobre las obligaciones de los directores de empresas pertenecientes a un grupo en el período cercano a la insolvencia, y que la difunda ampliamente entre los Gobiernos y demás órganos interesados; y

3. *Recomienda* que todos los Estados que utilicen la *Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia* evalúen la eficiencia económica de sus regímenes de la insolvencia y que tomen debidamente en consideración la *Guía legislativa* cuando revisen o aprueben leyes relacionadas con la insolvencia, e invita a los Estados que hayan utilizado la *Guía legislativa* a que informen de ello a la Comisión”.

B. Resolución 68/107 B de la Asamblea General

El 16 de diciembre de 2013, la Asamblea General aprobó la siguiente resolución:

“Cuarta parte de la Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

La Asamblea General,

Recordando su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, en la que estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y le confirió el mandato de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional y, a ese respecto, tener presentes los intereses de todos los pueblos, en particular los de los países en desarrollo, en la evolución general del comercio internacional,

Recordando también sus resoluciones 59/40, de 2 de diciembre de 2004, en que recomendó la utilización de la *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia* de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional⁵, y 65/24, de 6 de diciembre de 2010, en que recomendó la utilización de la tercera parte de la *Guía*, relativa al trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia,

Considerando que los regímenes de la insolvencia eficaces, además de establecer un proceso jurídico previsible para hacer frente a las dificultades financieras de las empresas con problemas y el marco necesario para su reorganización eficiente o su liquidación ordenada, deberían permitir también que se examinaran las circunstancias que hubieran dado lugar a su insolvencia y, en particular, la conducta de sus directores en el período anterior al inicio del procedimiento de insolvencia,

Observando que la *Guía Legislativa*, aunque aborda las obligaciones de los directores de una empresa una vez iniciado el procedimiento de insolvencia, no se ocupa de la conducta de los directores en el período cercano a la insolvencia ni de las obligaciones que podrían corresponderles en ese período,

Considerando que crear incentivos para que los directores adopten medidas adecuadas para hacer frente a los efectos de los problemas financieros de una empresa podría resultar decisivo para su reorganización o liquidación satisfactorias, y que esos incentivos deberían formar parte de un régimen de la insolvencia eficaz,

1. *Expresa su reconocimiento* a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por haber elaborado y aprobado la cuarta parte

⁵ Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.05.V.10.

de la *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, relativa a las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia⁶;

2. *Solicita* al Secretario General que publique, incluso por medios electrónicos, el texto de la cuarta parte de la *Guía Legislativa* y lo transmita a los gobiernos y demás órganos interesados;

3. *Recomienda* que todos los Estados utilicen la *Guía Legislativa* para evaluar la eficiencia económica de sus regímenes de la insolvencia y presten la debida atención a la *Guía* cuando se dispongan a revisar o promulgar una ley relativa a la insolvencia, e invita a los Estados que hayan utilizado la *Guía* a que informen de ello a la Comisión”.

⁶ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/68/17)*, cap. V, secc. B.

