

**Asamblea General**

Distr. limitada
28 de febrero de 2012
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
41º período de sesiones
Nueva York, 30 de abril a 4 de mayo de 2012

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

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción	1-5	2
I. Obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia	6-51	3
A. Introducción	6-19	3
B. Determinación de las partes en las que recaen las obligaciones	20-23	8
C. Cuándo nacen las obligaciones: el período cercano a la insolvencia	24-27	9
D. La naturaleza de las obligaciones	28-33	11
E. El criterio que ha de cumplirse	34-37	14
F. Ejecución de las obligaciones de los directores respecto a la apertura de un procedimiento de insolvencia.	38-51	15
1. Defensas	38-40	15
2. Recursos	41-47	16
3. Partes que pueden entablar una acción	48-50	17
4. Financiación del procedimiento	51	18



Introducción

1. En su 43º período de sesiones, celebrado en 2010, la Comisión tuvo ante sí una serie de propuestas sobre la labor futura en relación con el régimen de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.93 y Add.1 a 6 y A/CN.9/582/Add.6). Esas propuestas se habían examinado en el 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo V (véase A/CN.9/691, párrs. 99 a 107) y en la misma ocasión se había formulado una recomendación a la Comisión sobre los temas que se podrían tratar (A/CN.9/691, párr. 104). En otro documento (A/CN.9/709), presentado después de ese período de sesiones del Grupo de Trabajo V, se exponía material que complementaba la propuesta de Suiza enunciada en el documento A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5.

2. Tras deliberar, la Comisión hizo suya la recomendación del Grupo de Trabajo V, que figuraba en el párrafo 104 del documento A/CN.9/691, en el sentido de que se empezaran a tratar dos temas relacionados con la insolvencia que tenían importancia en la actualidad y en que una mayor armonización de las reglamentaciones pertinentes de los distintos Estados ayudaría a brindar certeza y previsibilidad.

3. El objeto de la presente nota es el segundo tema, propuesto por el Reino Unido (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4), INSOL International (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3) y el International Insolvency Institute (A/CN.9/582/Add.6), relativo a las responsabilidades y obligaciones de los directores y altos cargos de una empresa en casos de insolvencia y de preinsolvencia¹. En vista de las preocupaciones planteadas durante las extensas deliberaciones, la Comisión convino en que la labor sobre ese tema se centrara únicamente en las responsabilidades y obligaciones que nacieran en el contexto de la insolvencia, sin pretender abarcar aspectos de la responsabilidad penal ni cuestiones fundamentales propias del derecho de sociedades.

4. El examen de este tema comenzó en el 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo (diciembre de 2010, Viena) y continuó en su 40º período de sesiones (octubre-noviembre de 2011, Viena). Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo se exponen en los informes de sus períodos de sesiones (A/CN.9/715 y A/CN.9/738, respectivamente).

5. De conformidad con la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 40º período de sesiones (A/CN.9/738, párr. 38), la presente nota sigue la estructura de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia y contiene tanto un proyecto de comentario sobre las cuestiones pertinentes como un conjunto de proyectos de recomendación. En lo que respecta al estilo y a las remisiones al comentario y las recomendaciones de la Guía, se ha preparado de modo tal que pueda incorporarse en la Guía Legislativa (cuarta parte), si el Grupo de Trabajo decide que eso es lo más conveniente. El material que se expone a continuación se basa en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.96 y 100, así como en las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 39º y 40º.

¹ El primer tema, relativo al centro de los principales intereses y cuestiones conexas, se examina en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.103 y Add.1.

I. Obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia

A. Introducción

6. Los marcos de gobernanza de las empresas regulan una serie de relaciones entre los directivos de la empresa, su consejo de administración, sus 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 debería ofrecer incentivos para que el consejo de administración y los directivos de la empresa persigan objetivos que redunden en beneficio de esta y de sus accionistas, y 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 buena gestión empresarial, ampliamente adoptados, que abarcan las obligaciones de los directores cuando la empresa es solvente².

7. Una vez iniciado un procedimiento de insolvencia, sin embargo, muchos regímenes de la insolvencia reconocen que las obligaciones de los directores serán diferentes, en cuanto al fondo y al enfoque principal, de las aplicables antes de la apertura de este procedimiento, y se centrarán prioritariamente en obtener el máximo valor de los bienes y en preservar la masa para su distribución a los acreedores. En muchos casos los directores serán apartados de la participación continua en los asuntos de la empresa por un representante de la insolvencia, aunque en virtud de algunos regímenes de la insolvencia pueden seguir desempeñando un papel continuo, especialmente en la reorganización. Las obligaciones de los directores una vez iniciado un procedimiento de insolvencia se abordan más arriba, en las recomendaciones 108 a 114 y en el comentario de la segunda parte, capítulo III, párrafos 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 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 párrafo 34 del comentario). En algunos sistemas, los directores pueden incurrir en responsabilidad penal por la no observancia de estos deberes, mientras que en otros pueden ser responsables personalmente por los daños y perjuicios que causen a raíz del incumplimiento de esos deberes.

8. Los regímenes de la insolvencia eficaces, además de establecer un proceso jurídico previsible para abordar las dificultades financieras de los deudores y el marco necesario para la reorganización eficiente o una liquidación ordenada de esos deudores, deberían permitir también la realización de un examen de las circunstancias que dieron lugar a la insolvencia y, en particular, de la conducta de

² Véanse, por ejemplo, los Principles of Corporate Governance de la OCDE, 2004.

los directores de la empresa. 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. Con todo, la función y las responsabilidades de los directores de una empresa en el período previo a una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia o al comienzo de dicho procedimiento están siendo objeto de un creciente debate, especialmente en vista de las múltiples quiebras ocurridas como consecuencia de la crisis financiera mundial.

9. Una empresa que se ve en la imposibilidad efectiva o inminente de cumplir sus obligaciones cuando vencen los plazos necesita una gestión robusta, ya que a menudo hay juicios y decisiones difíciles que adoptar. Los directores competentes deberían entender la situación financiera de la empresa y poseer toda la información que sea razonablemente posible para poder adoptar las medidas necesarias a fin de hacer frente a la dificultad financiera y evitar un empeoramiento de la situación. En esos momentos, los directores deben elegir el curso de acción que mejor responda a los intereses de la empresa en su conjunto, tras haber sopesado los intereses de las diferentes partes interesadas en las circunstancias concretas del caso. Un director temeroso de las posibles repercusiones financieras de esas decisiones puede cerrar prematuramente una empresa en lugar de intentar resolver las dificultades, o puede incurrir en comportamientos indebidos, como la disposición impropia de los bienes o el patrimonio. Sin embargo, equilibrar los diferentes intereses y motivaciones de las partes interesadas no es fácil, y puede ser una fuente de conflicto. Por ejemplo, cuando los directores son también accionistas de la empresa, pueden tender a maximizar la propia posición intentando imprudentemente negociar una salida a la insolvencia, o 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, sin dejar nada para los accionistas. Esta forma de actuar puede entrañar la adopción de estrategias de alto riesgo con el fin de ahorrar o de aumentar el valor para los accionistas, comprometiendo al mismo tiempo los intereses de los acreedores. También puede ser reflejo de una escasa preocupación por las posibilidades de éxito, debido a la protección de la responsabilidad limitada o de un seguro por responsabilidad del director si el curso de acción adoptado fracasa.

10. 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 lo antes posible. 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 acción temprana debe verse facilitada por 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 eficaces³. Además, las leyes que exponen a los directores a responsabilidad por las operaciones que realicen mientras estén en curso procedimientos oficiosos tales como las negociaciones de reestructuración (examinadas en la primera parte, capítulo II, párrafos 2 a 18) pueden desincentivar

³ Se ha sugerido que la escasez de casos sometidos al régimen de la insolvencia en un Estado se debe a la relativa facilidad de acceso a procedimientos voluntarios, por lo que solo terminan liquidándose las empresas que son irremediamente insolventes.

la adopción de medidas tempranas. Si bien en muchos países los regímenes de la insolvencia se han reajustado debidamente para incrementar las opciones de una acción temprana con el fin de facilitar el rescate y la reorganización de las empresas, se ha prestado poca atención a brindar a los directores los incentivos adecuados para que recurran a esos procedimientos. Con frecuencia, son los acreedores quienes utilizan esas opciones o inician un procedimiento oficial debido a que los directores de las empresas no actuaron en el momento oportuno.

11. Varios ordenamientos jurídicos abordan la cuestión de alentar una pronta acción imponiendo al deudor la obligación de solicitar la apertura del procedimiento oficial dentro de un plazo especificado contado a partir del momento en que se produce la imposibilidad de pagar, para evitar que se realicen operaciones cuando la empresa ya es insolvente. Otros regímenes tratan la cuestión centrándose en las obligaciones del director en el período previo a la apertura del procedimiento de insolvencia, e imponiendo una responsabilidad por el daño causado por la continuación de 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 cuanto antes y se recurra prontamente a las negociaciones de reestructuración o a la 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.

12. La imposición de esas obligaciones ha sido objeto de un debate continuo. Quienes reconocen que este enfoque tiene sus ventajas⁴, señalan que las obligaciones pueden servir para alentar a los directores a actuar con prudencia y a adoptar medidas tempranas para poner 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, pueden también tener el efecto de controlar y disciplinar a los directivos de la empresa, 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 las obligaciones. Una ventaja adicional podría ser que incentivan a los directivos a recabar asesoramiento profesional competente cuando se vislumbran dificultades financieras.

13. Los comentaristas que opinan que hay importantes desventajas citan los siguientes ejemplos. 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. Sin embargo, unas disposiciones debidamente formuladas desalentarían un cierre demasiado apresurado de los negocios y alentarían a los directores a seguir operando cuando esta sea la forma más adecuada de reducir al mínimo las pérdidas para los acreedores. También se ha dicho que las obligaciones pueden ser vistas como un menoscabo de la situación jurídica asociada con la responsabilidad limitada, 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. Puede considerarse también que esas obligaciones debilitan los incentivos para la

⁴ Por ejemplo, *Directors in the Twilight Zone III* (2009), INSOL International, Overview, pág. 5.

empresa, debido a que un riesgo demasiado elevado puede desalentar a los directores. Unas disposiciones debidamente formuladas deberían centrarse no tanto en las causas de las dificultades como en las acciones u omisiones de los directores una vez que se han presentado esas dificultades. Ejemplos tomados de Estados en que existen esas obligaciones indican que solo los directores más claramente irresponsables terminan siendo sancionados.

14. Se dice asimismo que esas obligaciones pueden acrecentar la imprevisibilidad, ya que la responsabilidad depende de las circunstancias particulares de cada caso y también de las actitudes futuras de los tribunales. Se ha sugerido que muchos tribunales carecen de la experiencia necesaria para examinar el comportamiento comercial después de los hechos y para 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 tienden a respetar las acciones de los directores, especialmente si han actuado basándose en un asesoramiento independiente. Otro inconveniente que se ha mencionado es el aumento del riesgo de responsabilidades imprevistas para los bancos y para otros que puedan ser considerados como directores en razón de su participación en la empresa, especialmente en el momento de la insolvencia. Es conveniente que la legislación sobre la materia brinde la debida protección a esas partes cuando actúen de buena fe, de forma autónoma respecto del deudor y de manera comercialmente adecuada. Se sostiene también que la imposición de esas obligaciones compensa en exceso a los acreedores que pueden protegerse por medio de sus contratos, con lo que la regulación se vuelve superflua. Este criterio presupone, por ejemplo, que 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 tenga los recursos, la voluntad y la capacidad de seguir de cerca los asuntos de la empresa. No todos los acreedores están en esta situación.

15. Las obligaciones y responsabilidades de los directores se especifican en diferentes normas legales en los distintos Estados, tales 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 una de esas normas legales o estar divididas entre varias de ellas. En los sistemas de derecho anglosajón, las obligaciones pueden aplicarse en virtud del *common law* o de conformidad con la legislación pertinente. Además, 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. Estas opiniones giran en torno al hecho de que, si la empresa es solvente, rigen normalmente leyes que no se ocupan de la insolvencia, como el derecho de sociedades, mientras que si la empresa es objeto de un procedimiento de insolvencia, rige el régimen de la insolvencia. El período anterior a la apertura de un procedimiento de insolvencia, cuando un deudor puede ser técnicamente insolvente, plantea problemas que pueden no encontrar una respuesta adecuada ni en el derecho de sociedades ni en el régimen de la insolvencia. La imposición de obligaciones aplicables retroactivamente después de la apertura de un procedimiento de insolvencia puede conducir a un traslape de los deberes estipulados en diferentes regímenes, y conviene conciliar esos deberes para asegurar la transparencia y la claridad y evitar posibles conflictos.

16. No solo varían los regímenes en que se estipulan las obligaciones, sino también las obligaciones mismas: las que se aplican antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia suelen ser distintas de las que se aplican después de ella (véase la segunda parte, capítulo III, párrafos 22 a 33). Las normas que deben observar los directores al desempeñar sus funciones también suelen variar según la naturaleza y el tipo de entidad empresarial de que se trate, por ejemplo, una empresa pública en contraposición a una sociedad anónima, una empresa con pocos accionistas o privada o una empresa familiar, y según la jurisdicción en que la empresa opere. En el caso de las empresas públicas, las obligaciones son normalmente mucho más rigurosas y complejas que en el de otros tipos de empresa.

17. 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 de las empresas, 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 de otros (como los empleados), además de los correspondientes marcos jurídicos, empresariales y culturales a nivel local.

18. Una reglamentación eficaz en este ámbito debería tratar de equilibrar los objetivos e intereses, a menudo contrapuestos, de las distintas partes interesadas: tratar de salvaguardar la libertad de los directores de cumplir sus obligaciones y actuar debidamente conforme a su criterio, alentar un comportamiento responsable, desalentar la adopción de medidas excesivamente arriesgadas, promover la actividad empresarial y alentar, desde un principio, la refinanciación o reorganización de las empresas 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 gestión empresarial, generando una situación jurídica más previsible para los directores y limitando los riesgos de que los profesionales de la insolvencia entablen demandas en su contra una vez iniciados los procedimientos de insolvencia. Las directrices poco prácticas, anticuadas e incoherentes sobre las obligaciones de los responsables de 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.

19. El propósito de esta [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 cuando la empresa enfrenta una situación de insolvencia efectiva o inminente. 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, capítulo I, párrafos 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 el espíritu empresarial. Esta [parte] no trata de las obligaciones de los directores que puedan aplicarse en virtud del derecho penal, el derecho de sociedades o el derecho de la responsabilidad civil, sino que se concentra solamente en aquellas que puedan

incluirse en el régimen de la insolvencia y ser ejecutables una vez entablado un procedimiento de insolvencia.

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

20. En la mayoría de los Estados, una serie de personas diferentes relacionadas con la empresa tienen obligaciones respecto de la gestión y supervisión de las operaciones. Puede tratarse de los propietarios de la empresa, de directores, ejecutivos o gerentes designados oficialmente (que pueden desempeñar el cargo de directores ejecutivos) y de personas y entidades no designadas, incluidos terceros que actúen en calidad de directores de facto⁵ o virtuales⁶, así como personas en las que los directores hayan delegado las facultades o los deberes de un director. Aunque algunas legislaciones disponen que un miembro de un grupo de empresas no puede ser nombrado director de otro miembro del grupo, con arreglo a una definición amplia del concepto de “director” un miembro del grupo sí puede ser considerado como un director de otros miembros del grupo. Ello ocurrirá normalmente cuando un miembro del grupo (o sus directores) desempeñe funciones relativas a la gestión y supervisión de otros miembros del grupo. Esto puede ser aplicable sobre todo en el contexto de los miembros controlados y principales de un grupo, cuando el miembro principal interfiere de manera sostenida y generalizada en la gestión del miembro controlado. Sin embargo, si un miembro controlado decide apoyar al miembro principal porque ello redundará en su propio interés y no como resultado de la interferencia del miembro principal, este último no podrá ser considerado como un director del miembro controlado.

⁵ En general, se considera que es un director de facto una persona que desempeña funciones directivas, 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 su condición de tal podrá determinarse en función de que realice 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.

⁶ Un director virtual puede ser una persona no designada oficialmente como director, pero cuyas órdenes o indicaciones suelen determinar la conducta del personal directivo 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 del consejo de administración y de adoptar decisiones financieras y comerciales que vinculen a la empresa y, en algunos casos, que la empresa le haya cedido, totalmente o en parte, su autoridad de gestión. En el contexto de un grupo de empresas, un miembro del grupo puede ser director virtual de otro miembro perteneciente al 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.

21. 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 cómo solucionar sus dificultades financieras. En algunos casos, ese “asesoramiento” puede consistir en determinar el curso de acción exacto que debe adoptar la empresa y en imponer la adopción de un determinado curso de acción como condición para otorgar un crédito. No obstante, siempre que los directores de la empresa conserven la discreción de rechazar ese curso de acción, aun cuando en realidad pueda considerarse que no tienen más alternativa que aceptarlo porque de lo contrario se enfrentarían a una liquidación, y a condición de que los asesores externos actúen autónomamente, en buena fe y de manera comercialmente adecuada, conviene que esos asesores no se incluyan en la categoría de las personas en las que recaen las obligaciones.

22. 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 funciones tales como las siguientes: la determinación de la estrategia de la empresa, la política de riesgo, los presupuestos anuales y los planes de actividades; el control de los resultados obtenidos por la empresa; la supervisión de los principales desembolsos de capital; la vigilancia de las prácticas de gestión de la empresa; la selección y designación del ejecutivo jefe y el apoyo a su desempeño; la garantía de la disponibilidad de suficientes recursos financieros; el tratamiento de los posibles conflictos de intereses; la garantía de la integridad de los sistemas de contabilidad y presentación de informes financieros; y la rendición de cuentas a las partes interesadas por el desempeño de la organización. Para facilitar las referencias, en esta [parte] se utiliza el término general de “director” para aludir a tales personas. Las obligaciones que se examinan a continuación recaerán en toda persona que sea un director en el momento en que una empresa se enfrente a una insolvencia efectiva o inminente, y podrán afectar también a un director que posteriormente dimita (véase el párrafo 40 *infra*). Las obligaciones no se aplicarán a los directores que sean nombrados después de la apertura del procedimiento de insolvencia.

Nota para el Grupo de Trabajo

23. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de utilizar un término más genérico, como, por ejemplo, “la persona responsable”.

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

24. Esta [parte] se centra en las obligaciones que podrían tener los directores en algún momento anterior a la apertura del procedimiento de insolvencia. Aunque las obligaciones nacerían antes de la apertura de esos procedimientos, solo serían ejecutables una vez que los procedimientos se hubieran iniciado y como consecuencia de su apertura, y se aplicarían retroactivamente de la misma manera que las disposiciones de anulación (véase lo dispuesto en la segunda parte, capítulo II, párrafos 148 a 150 y 152). El momento en que nacen las obligaciones se denomina de diversas formas, como la “zona gris”, la “zona de insolvencia” o la “proximidad de la insolvencia”. Aunque el concepto puede ser impreciso, pretende describir las circunstancias en que existe un deterioro de la estabilidad financiera de

la empresa que, si no se subsana, llevará probablemente a la insolvencia y a la apertura de un procedimiento de insolvencia.

25. Si los directores han de tener obligaciones adicionales en la proximidad de la insolvencia, hay diversos criterios para determinar el momento en que nacen. 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 crea 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 y la apertura es muy corto (véase la recomendación 18), esta opción surtirá escaso efecto.

26. Otras posibilidades se centran en las obligaciones que nacen cuando una empresa es insolvente de hecho o técnicamente, 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 Legislativa, 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 el pasivo de una empresa es superior al valor de su patrimonio (recomendación 15). Otra posibilidad es cuando la insolvencia es inminente, es decir, cuando la empresa deja de estar en general en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento (véase la recomendación 15 a)). Estos criterios se utilizan cada vez más en los regímenes de la insolvencia como criterios de apertura, y en algunos Estados sirven de 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. El motivo de la imposición de obligaciones a los directores a partir de ese momento es alentarlos a que intenten evitar la insolvencia o adopten medidas para reducir al mínimo su alcance, entre otras cosas, cuando sea el caso, solicitando la apertura oficial de un procedimiento de insolvencia.

27. Un criterio algo diferente se basa en un examen del conocimiento de la situación que el director tenía 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 probablemente caería en la insolvencia, que no había perspectivas razonables de que la empresa pudiese evitar tener que abrir un procedimiento de insolvencia o que la continuidad de la empresa estaba amenazada, pero antes de que se llegara a una situación de dificultad financiera irreversible o de que la insolvencia fuera inevitable. Una preocupación que suscita este tipo de criterio es la dificultad de determinar con certeza el momento exacto en que pudiera considerarse que el director tenía ese conocimiento. Sin embargo, cabría sostener que, si las cuentas de la empresa son exactas, el director debería poder entender cuándo la empresa se encuentra en dificultades y cuándo podría correr el riesgo de cumplir los criterios para la insolvencia, o bien 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. Este criterio requeriría 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 imprevistos, incluida la capacidad de

recaudar fondos. En general, la prueba de una falta temporal de liquidez no sería suficiente.

D. La naturaleza de las obligaciones

28. Aunque el motivo de fondo para considerar las obligaciones de los directores en la proximidad de la insolvencia puede ser parecido en diferentes ordenamientos jurídicos, se adoptan enfoques distintos para formular esas obligaciones y determinar el criterio que se ha de cumplir. Sin embargo, en general los regímenes se centran en dos aspectos: la imposición de responsabilidad civil por haber causado la insolvencia o por no haber adoptado las medidas adecuadas en la proximidad de la insolvencia (lo que puede incluir la obligación de iniciar un procedimiento de insolvencia) y las acciones de anulación emprendidas por los directores en la proximidad de una insolvencia.

a) Obligación de iniciar un procedimiento de insolvencia

29. Como se observó en el párrafo 26, algunos regímenes 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 una responsabilidad personal, total o parcial, por las pérdidas resultantes que afecten a la empresa o a sus acreedores y, en algunos casos, una responsabilidad penal, si la empresa sigue operando. Esta obligación se examina en la segunda parte, capítulo I, párrafos 35 y 36. En los Estados en que es necesario probar que los actos de los directores fueron fraudulentos para poder presentar una demanda por contravención de esta obligación, se ha comprobado que es difícil asegurar el cumplimiento de la obligación. Por esta razón, algunos Estados han sustituido o complementado el criterio de “comercio fraudulento” con el de “comercio ilícito”, conforme al cual los directores pueden incurrir en responsabilidad si prosiguen sus actividades comerciales cuando ya saben o debieran saber que la empresa no podrá eludir su liquidación y no adoptan las medidas adecuadas para proteger los intereses de los acreedores.

b) Responsabilidad civil

30. La responsabilidad civil que recae en un director en la proximidad de la insolvencia se basa normalmente en la responsabilidad por 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 para los acreedores y evitar la insolvencia. Los directores pueden incurrir en responsabilidad cuando efectúan operaciones con fines que no sean el de atenuar la dificultad financiera y preservar el valor de la empresa (por ejemplo, operaciones de alto riesgo o actos de disposición de bienes de la masa de la empresa que se traduzcan en un aumento significativo de la exposición de la empresa, sin que 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 diversas obligaciones relacionadas con la notificación de la imposibilidad de efectuar ciertos pagos, como los impuestos o las primas de la seguridad social, o con la presentación de una declaración oficial de insolvencia.

31. Salvo en aquellos regímenes en que los directores tienen la obligación de informar o de hacer declaraciones oficiales, por lo general se espera de los directores que en las circunstancias arriba 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 la empresa y los acreedores, eviten todo acto que pudiera agravar la situación y tomen todas las medidas que sea razonable adoptar para evitar que la empresa caiga en la insolvencia.

32. Las medidas suficientes y adecuadas pueden comprender, según las circunstancias del caso, la totalidad o una parte de lo siguiente:

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

b) Los directores pueden obtener información exacta, pertinente y oportuna, en particular informándose independientemente (en lugar de basarse únicamente en el asesoramiento de la dirección) 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, o las controversias con los acreedores;

c) Pueden convocarse reuniones regulares del consejo de administración para vigilar la situación, levantando actas detalladas de las decisiones comerciales (incluidas las expresiones de disenso) y las razones de ellas, incluidas, cuando sea el caso, las razones por las que se permite 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 una continuación de las operaciones, ya que en algunos casos puede ser adecuado hacerlo incluso después de haber 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 para continuar las operaciones se requieran préstamos adicionales o nuevos (si el régimen de la insolvencia lo permite), la justificación para obtenerlos e incurrir así en nuevos pasivos deberá constar por escrito, para poseer una documentación que justifique la acción de los directores en caso de que se necesite posteriormente;

d) Puede solicitarse el asesoramiento o la asistencia de especialistas, con inclusión de 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 determinen por sí mismos los resultados posibles, pero también que recaben asesoramiento para asegurarse de que las decisiones que adopten resistan a un examen objetivo e independiente;

e) Pueden celebrarse conversaciones con los auditores en una fase temprana y, de ser necesario, puede prepararse una auditoría externa;

f) Los directores pueden estudiar la estructura y las funciones de la empresa con vistas a analizar la viabilidad y reducir los gastos. También puede examinarse la posibilidad de celebrar negociaciones de reestructuración o de iniciar una reorganización y preparar un informe al respecto;

g) Los directores pueden modificar las prácticas de gestión para centrarse en una serie de partes interesadas, que podrían incluir a los empleados, los acreedores, los proveedores, los clientes, los gobiernos, los accionistas y el entorno, a fin de determinar las medidas que conviene adoptar. Cuando la insolvencia se vuelve probable o difícil de evitar, el hecho de tener en cuenta los intereses de los acreedores en lugar de concentrarse en maximizar el valor para los accionistas impulsa a los directores a reducir al mínimo el daño que puedan sufrir los acreedores, que serán las principales partes interesadas una vez que se abra el procedimiento de insolvencia, como consecuencia de una conducta excesivamente arriesgada, imprudente o gravemente negligente;

h) Los directores pueden velar por que la empresa no adopte medidas que lleven a la pérdida de empleados clave ni realice operaciones del tipo mencionado en la recomendación 87 que puedan evitarse ulteriormente, como la venta de bienes a un valor demasiado bajo. No todos los pagos u operaciones efectuados en este período son necesariamente sospechosos; los pagos para asegurar el mantenimiento de los suministros o servicios importantes, por ejemplo, pueden no constituir una preferencia si el objetivo era 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;

i) Puede convocarse una asamblea de accionistas, en el mejor interés de la empresa y sin dilación indebida, si del balance se desprende que una proporción estipulada del capital accionarial se ha menoscabado (esto se aplica por lo general cuando el régimen incluye requisitos de mantenimiento de capital).

c) Anulación de operaciones

33. La recomendación 87 trata de la necesidad de evitar las operaciones de venta por un valor demasiado bajo, 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, capítulo II, párrafos 170 a 185). Esta recomendación se aplicaría a la anulación de operaciones concertadas por la empresa en la proximidad de la insolvencia. Además, algunos actos de los directores pueden pasar a ser ilícitos cuando la empresa ya es insolvente, en virtud, por ejemplo, de las disposiciones sobre comercio ilícito o fraudulento, 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 o proporcionar nuevas garantías sin una justificación suficiente. Además de la anulación de las operaciones, en algunos regímenes los directores pueden incurrir en responsabilidad personal por permitir que la empresa concertara esas operaciones. La responsabilidad se aplicará por lo general solo a los directores que hayan estado de acuerdo con la operación; aquellos que hayan disentido de forma expresa y cuyo disenso se haya hecho constar debidamente tienen probabilidades de evitar la responsabilidad.

E. El criterio que ha de cumplirse

34. En la normativa relativa a las obligaciones de los directores en la proximidad de la insolvencia, el comportamiento de los directores en ese período se suele juzgar en función de una serie de criterios para determinar si han incumplido o no sus obligaciones.

35. En algunos regímenes, la cuestión de determinar en qué momento un director o ejecutivo supo, o debería haber sabido, que la empresa era insolvente o que era probable que cayera en la insolvencia se resuelve basándose en los criterios del conocimiento general, la pericia y la experiencia que cabe esperar razonablemente de una persona que desempeñe las funciones que ese director cumple 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 de las necesarias para la función, el juicio se podrá formular con arreglo a la pericia y la experiencia poseídas, en lugar de las necesarias para la función. En cambio, es posible que una pericia y experiencia insuficientes para la función no sirvan de excusa a un director, que podría ser juzgado con arreglo a la pericia y experiencia necesarias para la función.

36. Otro enfoque exige que hubiera motivos razonables para sospechar que la empresa era insolvente o que caería en la insolvencia en el momento de contraer la deuda que dio lugar a la insolvencia. Que haya motivos razonables para sospechar la insolvencia significa que haya algo más que meras conjeturas, y el director debe tener una aprensión real de que exista una situación de insolvencia. Este es un umbral más bajo que el hecho de prever o saber que la empresa es insolvente. 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 tener y no la información que más tarde pudo darse a conocer. Los datos empíricos de los Estados en que rigen disposiciones de este tipo indican que, cuando se examina lo que ocurrió, a menudo cierto tiempo antes de ese examen, 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 con que tropezaron. Los tribunales han sido reacios a cuestionar a los directores en sus operaciones comerciales, aduciendo que no es adecuado suponer que lo que de hecho ocurrió estaba destinado a ocurrir, o era necesariamente previsible en aquel momento.

37. Otro enfoque se centra en la mala gestión. Para ello es necesario que haya un nexo causal entre el acto de mala gestión y las deudas dimanantes 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, sobre la base de lo que haría un director normalmente bien asesorado. Entre los ejemplos de comportamientos o actos que pueden dar lugar a responsabilidad figuran la imprudencia, la incompetencia, la falta de atención, la inacción, la realización de transacciones en condiciones que no sean de plena competencia o de carácter comercial y la concesión indebida de crédito por encima de los medios de la empresa, mientras que los errores por omisión más habituales han sido los de directores que han permitido que la empresa comerciara cuando ya era manifiestamente insolvente o que han emprendido proyectos por encima de la

capacidad económica de la empresa y que no redundaban en su mejor interés. 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 concertar contratos, en que los directores no facilitan suficiente información para que el consejo supervisor pueda ejercer la supervisión de los directivos, en que los directores descuidan la debida administración financiera de la empresa, en que no adoptan tampoco medidas preventivas contra riesgos claramente previsibles, y en que la mala gestión del personal por los directores da lugar a malestar y huelgas. 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 ser suficiente.

F. Ejecución de las obligaciones de los directores respecto a la apertura de un procedimiento de insolvencia

1. Defensas

38. En algunos regímenes, cuando los directores tienen obligaciones en la proximidad de la insolvencia, pueden recurrir a determinadas defensas, como la regla del criterio mercantil bien fundado, para demostrar que se han comportado de forma razonable. Esa regla establece una presunción de que los directores, por ejemplo, actuaron de buena fe y creían razonablemente que estaban sirviendo los mejores intereses de la empresa, no tenían un interés material personal, y se informaron debidamente. Un enfoque algo diferente concede a los directores el beneficio de la duda, partiendo del supuesto de que los riesgos mercantiles son inevitables y son una parte inherente a la gestión. Como se señaló anteriormente, los tribunales son reacios a cuestionar a un director que ha cumplido sus obligaciones de diligencia debida y lealtad, o a adoptar decisiones de carácter retrospectivo. También puede darse el caso de que la regla del criterio mercantil sirva de defensa en relación con algunas de las obligaciones especificadas por la ley, pero no con todas.

39. En los regímenes que prevén la responsabilidad por el comercio ilícito, los directores tendrán que demostrar que adoptaron las medidas adecuadas para reducir al mínimo toda posible pérdida para los acreedores de la empresa una vez que llegaron a la conclusión de que la empresa tendría dificultades para evitar la liquidación. Si pueden demostrar que tomaron decisiones comerciales razonables y objetivas, basadas en información financiera exacta y en un asesoramiento profesional adecuado, es probable que puedan utilizar esta defensa aun cuando esas decisiones hayan resultado ser comercialmente desacertadas.

40. El hecho de que un director no tenga conocimiento de los asuntos de la empresa no podrá generalmente ser aducido como excusa para el incumplimiento de las obligaciones. Además, la dimisión del director en la proximidad de la insolvencia no lo eximirá necesariamente de responsabilidad, ya que, en algunos regímenes, puede exponerse a que se considere que la dimisión estuvo relacionada con la insolvencia, que era consciente, o debería haberlo sido, de la insolvencia inminente y que no adoptó medidas razonables para reducir al mínimo las pérdidas para los acreedores y mejorar la situación. Si un director expresó su disenso respecto de una decisión que posteriormente es objeto de examen, ese disenso

tendrá normalmente que constar por escrito para que el director pueda aducirlo en su favor. Cuando un director está en desacuerdo con los demás directores sobre el curso de acción que se ha de seguir y, pese a adoptar medidas razonables para persuadir a sus colegas no consigue hacerlo, puede ser adecuado que el director dimita, a condición de que quede constancia de sus esfuerzos y de sus consejos.

2. Recursos

41. En numerosos regímenes se prevén diferentes recursos y combinaciones de recursos, también en el derecho civil y el derecho penal, para el caso de que un director incumpla sus obligaciones. En el derecho civil, los recursos se centran en la indemnización por el incumplimiento de la obligación y por los daños y perjuicios causados, aunque la manera de calcular el importe varía. Algunos regímenes 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

42. Cuando se considera a los directores responsables de acciones u omisiones en la proximidad de la insolvencia, el grado de responsabilidad varía. En algunos regímenes, los directores pueden ser responsables de las pérdidas o perjuicios sufridos por distintos acreedores y empleados y por la propia empresa, cuando la pérdida es un resultado directo de sus acciones u omisiones. También pueden ser responsables de los pagos que den lugar a una reducción de la masa de la insolvencia o que se hayan traducido en una disminución de los bienes de la empresa. Algunos regímenes permiten que el tribunal ajuste el grado de responsabilidad para equipararlo a la naturaleza y gravedad de la mala gestión o de otro acto que dé lugar a la responsabilidad. En algunos casos, la responsabilidad puede incumbir a directores concretos, mientras que en otros la responsabilidad de los consejeros puede ser solidaria. Algunos regímenes 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 debería haber cesado de comerciar y el momento en que realmente dejó de hacerlo. Otra formulación del mismo concepto es la diferencia entre la posición de los acreedores y de la empresa después del incumplimiento y su posición de no haber existido tal incumplimiento. Un enfoque algo diferente puede permitir recuperar de los directores la diferencia entre los bienes disponibles y la suma necesaria para que la empresa satisfaga sus deudas.

43. Algunos regímenes 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 la indemnización.

44. Cuando los directores son considerados responsables, puede especificarse que la cantidad recuperada irá en beneficio de la masa de la insolvencia. En algunos regímenes se estipula que, si existe una hipoteca de empresa, los daños y perjuicios que se recuperen irán en beneficio de los acreedores no garantizados (como se señaló en el párrafo 12). Cabe sostener en tales casos que la indemnización no debería beneficiar a los acreedores garantizados, ya que la causa de la acción no surge hasta la apertura del procedimiento de insolvencia y, por lo tanto, no puede estar sujeta a una garantía real creada por la empresa antes de ese momento. Además, lo que se pretende obtener no es la recuperación de los bienes de la

empresa, a diferencia de lo que ocurre en un procedimiento de anulación, sino una contribución de los directores para pagar los créditos de todos los acreedores.

45. Además de los recursos arriba mencionados, 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 deberes.

b) Inhabilitación

46. Una consecuencia prevista en algunos regímenes 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 la misma empresa o en otra. Uno de los regímenes permite la inhabilitación por un período de entre dos 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: el incumplimiento de una obligación fiduciaria, la utilización indebida de fondos, la presentación de estados de cuenta financieros y no financieros engañosos, y el hecho de no llevar las cuentas de la manera debida y de no presentar informes. También pueden incluirse actos relacionados con la insolvencia de la empresa, como la responsabilidad de esa persona en el hecho de que la empresa entablara operaciones susceptibles de ser anuladas por motivos del tipo de los que figuran en la recomendación 87, o de que la empresa siguiera comerciando 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 grave o incompetencia grave.

47. La inhabilitación puede decidirse junto con los otros recursos y sanciones arriba descritos, o bien de forma independiente, cuando la conducta general de una persona como director merezca tal sanción.

3. Partes que pueden entablar una acción

48. Varios regímenes limitan el derecho a entablar acciones contra un director remitiéndose a la naturaleza de la acción, la persona con poder para ejercerla y el momento en que se presenta. Consideraciones parecidas se aplican también al ejercicio de las facultades de anulación, que se examinan en relación con la recomendación 87 (véase la segunda parte, capítulo II, párrafos 192 a 195).

49. De conformidad con una serie de regímenes, 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 antes de la insolvencia, tiene derecho a proceder contra el director, por ejemplo, para obtener la anulación de una operación particular o una indemnización en beneficio de los acreedores respecto de cualesquiera pérdidas causadas a la empresa. Las normas sobre el comercio ilícito, 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 público o de oficio por el tribunal. En algunos regímenes y en determinadas circunstancias, por ejemplo cuando el representante de la insolvencia no adopta medida alguna, los acreedores pueden tener un derecho derivado (véase la segunda parte, capítulo II, párrafos 192 a 195).

50. En los regímenes que imponen la obligación de abrir un procedimiento de insolvencia, la empresa y los acreedores pueden tener derecho a una indemnización por daños y perjuicios. Si los directores han efectuado pagos contraviniendo una moratoria que acompañe 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 en los regímenes que imponen la obligación de celebrar una asamblea de accionistas cuando se produzca una pérdida de capital.

4. Financiación del procedimiento

51. Una dificultad que puede plantearse en los casos en que el representante de la insolvencia está autorizado a entablar una demanda guarda relación con el pago de sus costas en el caso de que la demanda contra el director no prospere. La falta de financiación disponible se cita a menudo como una razón importante por la que los casos de demanda por incumplimiento de esas obligaciones son relativamente escasos. Como ocurre a menudo en los procedimientos de anulación, los representantes de la insolvencia pueden no estar dispuestos a gastar bienes de la masa de la insolvencia para entablar una demanda si no hay una probabilidad muy elevada de que esta prospere (véase la segunda parte, capítulo II, párrafo 196). Hay diferentes modos de financiar estas actuaciones. Pueden facilitarse fondos de la masa de la insolvencia, cuando existen bienes suficientes para hacerlo; puede cederse a un tercero, incluso a los acreedores, la facultad de entablar el procedimiento, o el producto previsto de este si prospera, a cambio de un importe; o los costos de la apertura del procedimiento pueden imputarse a la cantidad que podría recuperarse. En algunos casos, las reclamaciones contra los directores pueden resolverse, evitándose así la necesidad de encontrar financiación. Conviene que esos procedimientos estén al alcance y que se elaboren medios adecuados para suministrar financiación. Puede ser apropiado considerar también el tribunal en que se entablarán las actuaciones; esta cuestión se examina en la segunda parte, capítulo I, párrafo 19.

Proyectos de recomendación 1 a 11

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas a las acciones u omisiones de los responsables de la gestión de una empresa (los “directores”) cuando esta se ve en la imposibilidad efectiva o inminente de cumplir sus obligaciones en las fechas en que vencen tienen por finalidad:

a) Velar por que los regímenes de la insolvencia protejan los intereses legítimos de los acreedores contra los daños que puedan causar las acciones u omisiones indebidas de los directores en ese momento;

- b) Ofrecer recursos proporcionados ante las acciones u omisiones indebidas de los directores, cuando esas acciones u omisiones causen o acrecienten la escala de la insolvencia y las pérdidas consiguientes para los acreedores; y
- c) Hacerlo de modo que se reduzca al mínimo el riesgo de que esas disposiciones:
 - i) Repercutan negativamente en la reorganización satisfactoria de la empresa;
 - ii) Disuadan a las personas de ocupar cargos de director, particularmente en las empresas con dificultades financieras; o
 - iii) Impidan a los directores aplicar un criterio mercantil bien fundado o asumir un riesgo comercial razonable.

Contenido de las disposiciones legislativas

1. El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando se abra un procedimiento de insolvencia y se determine que los intereses de los acreedores de la empresa se han visto perjudicados por las acciones u omisiones indebidas de un director, ese director pueda tener que responder ante la empresa por su conducta.

Partes en que recaen las obligaciones

2. El régimen de la insolvencia debería especificar en quién recaen las obligaciones. Puede tratarse de cualquier persona que, en virtud de las definiciones del derecho nacional, cumpla la función de un director [véase en los párrafos 20 a 22 *supra* la explicación de quién puede ser considerado un director].

Cuándo nacen las obligaciones

3. El régimen de la insolvencia debería especificar que las obligaciones mencionadas en la recomendación 4 nacen en el momento en que un director supo, o debería razonablemente haber sabido, que la insolvencia era probable o inevitable.

Las obligaciones

4. El régimen de la insolvencia debería especificar que, desde el momento mencionado en la recomendación 3, un director debería tener las siguientes obligaciones:
 - a) Adoptar medidas razonables para evitar la insolvencia o para reducir al mínimo su alcance, cuando sea inevitable;
 - b) Tener debidamente en cuenta los intereses de los acreedores;
 - c) Asegurarse de estar plenamente informado de los asuntos de la empresa, cuando sea el caso solicitando asesoramiento profesional; y
 - d) Velar por que los bienes de la empresa estén protegidos y no concertar ni permitir que la empresa concierte operaciones del tipo mencionado en la recomendación 87.

Responsabilidad

5. El régimen de la insolvencia debería ofrecer recursos cuando un director haya incumplido sus obligaciones dimanantes de la recomendación 4 y ese incumplimiento haya, directa o indirectamente, causado la insolvencia o aumentado las pérdidas de los acreedores.

6. El régimen de la insolvencia debería disponer que un director que haya ejercido la precaución debida que se espera de un director competente no será considerado responsable del incumplimiento de las obligaciones previstas en la recomendación 4.

Recursos

7. El régimen de la insolvencia debería disponer que la responsabilidad de un director por el incumplimiento de las obligaciones dimanantes de la recomendación 4 deberá ser proporcionada y limitarse a la medida en que el incumplimiento, ya sea personal o colectivo, haya causado o acrecentado las pérdidas. Los recursos pueden incluir lo siguiente:

- a) Una contribución adecuada al pago de las deudas de la empresa;
- b) Una indemnización de las pérdidas causadas por cualquier operación incluida en la recomendación 87 que la empresa haya realizado;
- c) Una limitación del ejercicio de compensación con respecto a toda deuda que la empresa tenga con el director;
- d) Cuando el director sea un acreedor, el requisito de que la totalidad o una parte de la deuda de la empresa con el director tenga una prelación inferior a la de todas las demás deudas de la empresa.

Sustanciación de los procedimientos contra un director

8. El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia tendrá la principal responsabilidad para iniciar el procedimiento contra un director en caso de incumplimiento de las obligaciones previstas en la recomendación 4. El régimen de la insolvencia también podrá permitir a cualquier acreedor iniciar este procedimiento, siempre y cuando esté de acuerdo el representante de la insolvencia y, cuando este no estuviera de acuerdo, el acreedor podrá solicitar autorización judicial para iniciar dicho procedimiento.

Financiación del procedimiento contra un director

9. El régimen de la insolvencia debería especificar que las costas del procedimiento contra un director se abonarán como gastos de administración de la masa.

10. El régimen de la insolvencia podrá prever otras formas de regular la sustanciación y financiación de ese procedimiento.

Medidas adicionales

11. El régimen de la insolvencia podrá incluir otras medidas, además de los recursos mencionados en la recomendación 7, para desincentivar todo comportamiento que pueda conducir a la responsabilidad de un director en virtud de lo dispuesto en la recomendación 5. Una de esas medidas podría ser la restricción de la posibilidad de un director de desempeñarse como tal por un período de tiempo determinado.

Nota para el Grupo de Trabajo

52. En caso de que el presente material se incorpore en la Guía Legislativa como cuarta parte, estas recomendaciones se renumerarán y pasarán a ser las recomendaciones 255 a 266. Las recomendaciones 8 a 10 se basan en las recomendaciones 93 a 95 de la Guía Legislativa y se incluyen debido a que son adecuadas también para el procedimiento de demanda contra un director por incumplimiento de las obligaciones que rigen en la proximidad de la insolvencia.
