

**Asamblea General**

Distr. limitada  
17 de septiembre de 2012  
Español  
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para  
el Derecho Mercantil Internacional**  
**Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)**  
**42º período de sesiones**  
Viena, 26 a 30 de noviembre 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	3
I. Obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia . . . . .	6-51	4
A. Introducción . . . . .	6-19	4
B. Determinación de las partes en que recaen las obligaciones . . . . .	20-23	5
C. Cuándo nacen las obligaciones: el período cercano a la insolvencia . . . . .	24-27	6
D. La naturaleza de las obligaciones . . . . .	28-33	6
E. El criterio que ha de cumplirse . . . . .	34-37	8
F. Ejecución de las obligaciones de los directores respecto a la apertura de un procedimiento de insolvencia . . . . .	38-51	8
1. Defensas . . . . .	38-40	8
2. Recursos . . . . .	41-47	8
3. Partes que pueden entablar una acción . . . . .	48-50	9
4. Financiación del procedimiento . . . . .	51	11
Proyectos de recomendación 1 a 10 . . . . .		12



II.	Cuestiones relativas a los directores de empresas pertenecientes a un grupo. . . . .	52-60	18
A.	Observaciones generales . . . . .	52-59	18
B.	Cuestiones que se deben examinar . . . . .	60	21
III.	Cuestiones transfronterizas. . . . .	61	21

## Introducción

1. En su 43° período de sesiones, celebrado en 2010, la Comisión tuvo a su disposición varias propuestas para una labor futura sobre el régimen de la insolvencia (documentos A/CN.9/WG.V/WP.93 y Add.1 a 6 y documento A/CN.9/582/Add.6). Esas propuestas habían sido examinadas por el Grupo de Trabajo V en su 38° período de sesiones (véanse los párrs. 99 a 107 del documento A/CN.9/691), ocasión en que se recomendaron a la Comisión posibles temas de estudio (véase el párr. 104 del documento A/CN.9/691). Con posterioridad a ese período de sesiones del Grupo de Trabajo V, se presentó otro documento (A/CN.9/709) con material complementario de la propuesta de Suiza que figuraba en el documento A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5.

2. Después de sus deliberaciones, la Comisión apoyó la recomendación del Grupo de Trabajo V que figuraba en el párrafo 104 del documento A/CN.9/691 de que se emprendieran actividades sobre dos temas relacionados con la insolvencia, que tenían importancia en la actualidad y en los que una mayor armonización de las reglamentaciones de los distintos Estados aportaría mayor 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), la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL International) (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3) y el International Insolvency Institute (A/CN.9/582/Add.6), relativo a la responsabilidad y las obligaciones de los directores y ejecutivos de una empresa en situación de insolvencia o previa a la insolvencia<sup>1</sup>. Dadas las inquietudes planteadas durante el extenso debate la Comisión convino en que, en relación con este tema, se trataría únicamente la responsabilidad y las obligaciones que nacieran en el contexto de la insolvencia sin pretender abarcar aspectos de la responsabilidad penal ni cuestiones estrictamente del ámbito de la legislación sobre sociedades.

4. El examen de este tema comenzó en el 39° período de sesiones del Grupo de Trabajo (celebrado en diciembre de 2010 en Viena) y continuó en los períodos de sesiones 40° y 41° de ese Grupo (celebrados en octubre y noviembre de 2011 en Viena y del 30 de abril al 4 de mayo de 2012 en Nueva York). Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo figuran en los informes de esos períodos de sesiones (documentos A/CN.9/715, A/CN.9/738 y A/CN.9/742, respectivamente).

5. De conformidad con la hipótesis de trabajo adoptada por el Grupo de Trabajo en su 41° período de sesiones (párr. 74 del documento A/CN.9/742) de que la labor formaría parte de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia la presente nota incluye un borrador de comentario (párrs. 6 a 51 de la parte I) y las recomendaciones 1 a 10, así como también observaciones generales sobre las obligaciones de los directores en el contexto de un grupo de empresas (parte II) y cuestiones transfronterizas (parte III). El material que figura a continuación se basa en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.96, 100 y 104, así como en las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 39°, 40° y 41°. Los párrafos del proyecto de comentario contenidos en el documento A/CN.9/WG.V/WP.104 que no han sido reformados o que no incluyen un texto reformado no figuran en la

<sup>1</sup> El primer tema, relativo al centro de los principales intereses y cuestiones conexas se examina en el documento A/CN.9/WG.V/WP.107.

presente nota y están indicados de la siguiente manera: - “6. [...]”. Para facilitar la consulta se ha conservado el número de párrafo empleado en el documento A/CN.9/WG.V/WP.104. Cuando se ha agregado un nuevo párrafo este toma el número del párrafo inmediatamente anterior con el agregado de una letra. El lector comprenderá mejor los cambios propuestos en el presente documento si los compara con el texto del documento A/CN.9/WG.V/WP.104.

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

### **A. Introducción**

6. [...]

7. [...]

8. Al final de la primera oración, agregar la siguiente frase: “en el período anterior a la iniciación del procedimiento de insolvencia”. En la tercera oración suprimir la frase que comienza con las palabras “Con todo” y termina con la palabra “procedimientos” y reemplazarla por la siguiente frase: “No está claramente establecido el carácter ni el alcance de las obligaciones que puedan tener los directores en un período en que la empresa pueda tener problemas financieros sin ser todavía insolvente, pero”.

9. Al final de la primera oración, agregar la frase “que serán decisivos para la supervivencia de la empresa, con los consiguientes beneficios para sus dueños, acreedores, clientes, empleados y demás interesados”. En la tercera oración, agregar la palabra “debidamente” antes de la palabra “partes”. Agregar una cuarta y una quinta oración: “En algunas legislaciones esas partes interesadas serán la propia sociedad y sus accionistas. En otras legislaciones puede tratarse de una comunidad de intereses más amplia que incluya a los acreedores”. Corregir la oración final de la siguiente forma: “Un director temeroso de las posibles repercusiones financieras de la adopción de decisiones difíciles en esas circunstancias puede cerrar prematuramente una empresa en lugar de intentar resolver las dificultades, puede incurrir en comportamientos indebidos, como la disposición impropia de los bienes o el patrimonio, o también puede sentirse tentado a renunciar, lo que a menudo aumenta las dificultades que tiene la sociedad”.

9A. Corregir la primera oración de la siguiente forma: “No es fácil lograr un equilibrio entre los diferentes intereses y motivaciones de las partes interesadas, los cuales pueden convertirse en una fuente de conflicto”. En la segunda oración corregir la primera parte de la siguiente forma: “Por ejemplo, los accionistas de la empresa, que generalmente tienen pocas posibilidades de participar en una distribución que se realice en el procedimiento de insolvencia, están interesados en mejorar su propia posición tratando de negociar una salida de la insolvencia”, y la última frase de la siguiente forma: “y no dejan nada a los accionistas”.

10. En la cuarta oración, reemplazar las palabras “por las operaciones” con las palabras “por las operaciones comerciales”. En la última oración corregir las palabras finales de la siguiente forma: “no actuaron de manera oportuna”.

11. En la última oración, corregir la parte central de la siguiente forma: “para que se actúe cuanto antes recurriendo con prontitud a las negociaciones de reestructuración o a la reorganización, e impedir que los directores externalicen”.
12. En la tercera oración, agregar las palabras “las obligaciones” y en la tercera y cuarta oración, reemplazar la palabra “directivos” por “directores”.
13. Agregar una segunda oración, a saber: “Una norma por la que se presume la mala gestión basándose solamente en el hecho de la dificultad financiera suele provocar la renuncia de directores que por lo demás son idóneos y competentes y se pierde la oportunidad de reorganizar la sociedad y devolverle la rentabilidad”. Al final de la cuarta oración, agregar las siguientes palabras: “y tiene más probabilidades de lograr un equilibrio entre los derechos y las expectativas legítimas de todas las partes interesadas, distinguiendo los casos de mala conducta de los casos que entrañan mala suerte o las consecuencias de factores exógenos”.
14. En la segunda oración, reemplazar las palabras “y para” por “y podrían optar por”. En la tercera oración, reemplazar “los tribunales tienden a” por “los tribunales han tendido a”. En la penúltima oración, agregar la palabra “todos” antes de “los acreedores”.
15. En la penúltima oración, agregar las palabras “en la actualidad” antes de la frase “pueden no encontrar una respuesta”. Al comienzo de la última oración, agregar la expresión “Sin embargo,”.
16. En la primera oración, agregar la frase “como se ha señalado *supra*” después de los dos puntos.
17. [...]
18. En la primera oración, reemplazar las palabras “tratar de salvaguardar” por “salvaguardar” y después de la palabra “desalentar” agregar las palabras “conductas indebidas y”. En la última oración, agregar la palabra “confusas” después de “poco prácticas,” y al final de la oración, agregar la siguiente frase “y agravar la dificultad financiera que pretenden solucionar”.
19. En la última oración, reemplazar las palabras “ser ejecutables” por “serían ejecutables”.

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

20. [...]
21. [...]
22. En la segunda oración, poner entre corchetes las palabras “o” y “o debería adoptar”.
23. [suprimido]

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

24. Combinar las primeras dos oraciones de la siguiente manera: “Esta [parte] se centra en las obligaciones que pueden nacer en algún momento anterior a la apertura del procedimiento de insolvencia y que son ejecutables una vez iniciado ese procedimiento y como consecuencia de su apertura, con aplicación retroactiva de forma similar a las disposiciones de anulación (véase el debate en la segunda parte, capítulo II, párrs. 148 a 150 y 152). Corregir la oración que comienza con la palabra “Aunque” de la siguiente manera: “Aunque el concepto puede ser impreciso, pretende describir un período en que existe tal deterioro de la estabilidad financiera de la empresa que, si no se subsana y no se adoptan medidas correctivas, la insolvencia es inminente (vale decir, cuando la empresa deja de estar, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento (recomendación 15 a) de la Guía Legislativa)) o es inevitable”. Agréguese las siguientes dos oraciones: “Determinar con exactitud el momento en que nacen esas 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 al comienzo del procedimiento de insolvencia el tribunal habría de tener en cuenta al entender en una acción por incumplimiento de esas obligaciones”.

25. Corregir la primera oración de la siguiente forma: “Hay diversos criterios para determinar el momento en que pueden nacer las obligaciones de los directores en el período anterior al comienzo del procedimiento de insolvencia”. En la segunda oración, reemplazar la palabra “crea” por la palabra “aporta”. Al final de párrafo, agregar la siguiente frase “por lo que respecta a alentar a los directores a actuar con prontitud”.

26. En la cuarta oración, sustituir las palabras “sirven de base” por “son la base”. Corregir la última oración de la siguiente forma: “El motivo de la imposición de obligaciones a los directores sobre la base de esos criterios de solvencia es alentarlos a que intenten evitar la insolvencia o, cuando esta sea inevitable, a que adopten medidas para reducir al mínimo su alcance, por ejemplo solicitando, cuando corresponda, la apertura oficial del procedimiento de insolvencia”.

27. Agregar una nueva cuarta oración: “Esencialmente esto requiere evaluar la actuación del director en función del conocimiento que un director razonable habría o debería haber tenido en las circunstancias del caso”.

### **D. La naturaleza de las obligaciones**

28. Al final del párrafo, corregir las palabras después del paréntesis de la siguiente forma: “y la anulación en el procedimiento de insolvencia de medidas adoptadas por los directores en la proximidad de una insolvencia, incluso operaciones comerciales”.

#### **a) Obligación de iniciar un procedimiento de insolvencia**

29. [...]

**b) Responsabilidad civil**

30. [...]

31. Después de la frase “reducir al mínimo las pérdidas de la empresa”, agregar “(incluso las de los accionistas)”.

32. [...]

a) [...]

b) Agregar la siguiente oración al final del apartado: “Puede que los directores deban dedicar más tiempo y atención a los asuntos de la empresa en ese momento del que necesitarían dedicarle cuando la sociedad es próspera”.

c) a f) [...]

g) Corregir la mención de “el entorno” por “y las cuestiones ambientales”. Al final del apartado, reemplazar “como consecuencia” por “que puede ser consecuencia”;

h) En la primera oración, agregar “se protejan los activos de la empresa y que esta” después de las palabras “los directores pueden velar por que”. Agregar una segunda oración: “En determinadas circunstancias, no todos los activos requerirán protección; por ejemplo los que estén asegurados por un valor inferior al de su garantía son gravosos, carentes de valor y difíciles de convertir en efectivo (véase la segunda parte, capítulo II, párr. 88)”. Al final del párrafo, agregar la siguiente oración: “Los directores con un gran paquete accionario o que representen a importantes accionistas no se pueden considerar desinteresados ni imparciales, y en el período cercano a la insolvencia deberían tener particular cuidado cuando voten sobre operaciones;”.

i) [...]

*Responsabilidad mancomunada y solidaria*

32A. Usualmente los directores son responsables por incumplimiento de sus obligaciones en forma mancomunada y solidaria, aunque según algunas legislaciones los tribunales pueden ordenar que uno de los directores asuma el total de la responsabilidad o que uno de ellos contribuya en mayor medida cuando, por ejemplo, se haya determinado que la culpabilidad por el daño causado no es equitativa. Partir de una responsabilidad mancomunada y solidaria puede favorecer el carácter disuasivo de la imposición de obligaciones, ya que los directores tendrán interés en supervisar la conducta de sus pares para evitar la responsabilidad por su conducta.

32B. Los directores pueden adoptar medidas para evitar o reducir su responsabilidad por decisiones que posteriormente se cuestionen. Para ello, puede ser necesario que cumplan con determinados requisitos formales, como por ejemplo dejar constancia de su oposición en las actas de la reunión; entregar un escrito en que expresen su desacuerdo al secretario de la reunión antes de que esta se levante; o entregar o enviar su oposición por escrito inmediatamente después de levantada la reunión al domicilio social de la empresa. Se puede considerar que los directores que han estado ausentes en una reunión en que se adoptaron determinadas decisiones han prestado su consentimiento a menos que cumplan con el procedimiento establecido,

como por ejemplo adoptar las medidas necesarias para dejar sentada su oposición dentro de determinados plazo después de conocida la decisión en cuestión.

32C. Se puede disminuir la responsabilidad mediante un seguro o el uso de resarcimientos. En determinadas legislaciones es posible, cuando se ha presentado una denuncia contra un director, negociar un acuerdo con el representante de la insolvencia; este es el criterio habitual en algunas jurisdicciones.

**c) Anulación de operaciones**

33. En la tercera oración, agregar las palabras “en ciertas legislaciones pueden considerarse ilícitos” después de la palabra “además,” y suprimir las palabras “pueden pasar a ser ilícitos” después de la palabra “los directores”. Al principio de la última oración, agregar las palabras “Según esas disposiciones,” antes de la expresión “la responsabilidad”.

**E. El criterio que ha de cumplirse**

34. Cambiar las palabras “se suele juzgar” por “se juzga”.

35. [...]

36. En la primera oración, después de la palabra “deuda” agregar “o realizar la operación”. En la segunda oración, reemplazar las palabras “exista una situación de insolvencia” por “la empresa es insolvente”. En la cuarta oración, la corrección no se aplica al español.

37. En la tercera oración, que comienza con “Entre los ejemplos de comportamientos”, después de la palabra “responsabilidad” agregar “de conformidad con esas legislaciones”. Al comienzo de la última oración, agregar la siguiente frase: “En algunos ordenamientos jurídicos que adoptan ese criterio,”.

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

**1. Defensas**

38. La corrección no se aplica al texto español.

39. En la segunda oración, reemplazar las palabras “esta defensa” por “esto como defensa”.

40. [...]

**2. Recursos**

41. Al comienzo de la primera oración, suprimir las palabras “En numerosos regímenes se prevén” y reemplazar “recursos, también en el derecho civil” por “recursos se prevén en el derecho civil”. Agregar la penúltima frase siguiente: “Evidentemente, los daños y perjuicios no tienen carácter punitivo”.



**a) Daños y perjuicios e indemnización**

42. Corregir la tercera oración de la siguiente forma: “Como se señaló *supra*, generalmente la responsabilidad de los miembros del directorio suele ser solidaria, pero en algunos casos puede corresponder a determinados directores”.

43. Cambiar las últimas palabras del párrafo de la siguiente manera: “prevén también que se otorgue una indemnización”.

44. Corregir las primeras dos oraciones de la siguiente forma: “Cuando los directores son considerados responsables puede especificarse que la cantidad recuperada engrosará la masa de la insolvencia dado que la principal justificación 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”. En la segunda oración, reemplazar las palabras “existe una hipoteca de empresa” por “la empresa tiene una hipoteca”. En la tercera oración, reemplazar las palabras “tales casos” por “apoyo de tal criterio”. Al final del párrafo, agregar la siguiente oración: “Sin embargo, cuando la legislación permita que los acreedores demanden a los directores (véase *infra*), estaría justificado sugerir que la indemnización se destine, en primer lugar, a cubrir las costas incurridas por el acreedor o los acreedores que iniciaron el procedimiento y para satisfacer sus demandas o modificar la prelación de sus créditos<sup>2</sup>”.

45. Cambiar la última palabra de forma que quede la siguiente frase: “el incumplimiento de sus obligaciones”.

**b) Inhabilitación**

46. [...]

47. [...]

**3. Partes que pueden entablar una acción**

48. Al final de la primera oración, agregar la siguiente frase: “vale decir, antes o después de iniciado el procedimiento de insolvencia”. Corregir la segunda oración de la siguiente manera: “Podrían ser aplicables consideraciones similares a las aplicables al ejercicio de las facultades de anulación, examinadas en la recomendación 87 (véase al segunda parte, capítulo II, párrs. 192 a 195)”.

49. En la primera oración, después de las palabras “contra el director”, suprimir la frase “, por ejemplo, para obtener la anulación de una operación particular o” y reemplazarla por “para obtener”.

49A. Si bien una importante razón de imponer obligaciones a los directores en el período cercano 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 reconocen en determinadas circunstancias, por ejemplo cuando el representante de la insolvencia no adopta ninguna medida, a los acreedores y a veces a los accionistas el derecho de

<sup>2</sup> **Nota al Grupo de Trabajo.** Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si en el comentario debería tratarse la cuestión de que el director tenga o no la capacidad de pagar la indemnización ordenada y las consecuencias de la falta de esa capacidad.

interponer una acción subrogatoria (véase la segunda parte, capítulo II, párrs. 192 a 195). Según otras legislaciones, un acreedor solo puede actuar contra los directores 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, ya que no tienen un derecho independiente a interponerla.

49B. Cuando se considere conveniente que la ley permita a los acreedores demandar a los directores puede marcarse una distinción entre los acreedores cuya deuda nació 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. Los primeros, además del derecho de iniciar procedimientos en beneficio de la masa de la insolvencia, pueden tener el derecho personal de reclamar daños y perjuicios contra el director sobre la base de que la conducta en cuestión ocurrió en el período problemático y exacerbó las dificultades financieras del deudor. En algunas legislaciones ese derecho individual queda limitado a los casos en que el mal comportamiento en cuestión fue dirigido 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, 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 ese procedimiento pueda causar a la administración de la masa de la insolvencia.

[49C. Cuando para demandar a un director el acreedor debe contar con el consentimiento del representante de la insolvencia o de los acreedores, pero no lo haya obtenido o le haya sido denegado, la ley puede permitirle solicitar la aprobación del tribunal. El representante de la insolvencia debería tener derecho a ser escuchado en la correspondiente vista judicial para explicar por qué considera que no debería continuarse con las actuaciones. En esa vista el tribunal podría autorizar que se inicie el procedimiento o podría decidir que examinará el fondo del caso. Ese criterio puede reducir la posibilidad de que las diversas partes lleguen a un arreglo. En los casos en que se permite que los acreedores interpongan una demanda de anulación, algunas leyes estipulan que las costas del procedimiento sean a cargo de los acreedores o admiten la imposición de sanciones a los acreedores para desalentar posibles abusos; ese mismo criterio se puede aplicar a las demandas de los acreedores contra los directores<sup>3</sup>.]

50. Corregir la primera oración de la siguiente forma: “En las normativas que imponen a los directores la obligación de iniciar procedimientos de insolvencia (véase el párr. 29), la propia sociedad, sus accionistas y acreedores pueden tener derecho a una indemnización por daños y perjuicios en caso de incumplimiento de esa obligación”. Al final del párrafo, agregar la siguiente oración: “Es conveniente

---

<sup>3</sup> **Nota al Grupo de Trabajo.** El presente párrafo se basa en material incluido en la Guía Legislativa con respecto al procedimiento de anulación (concretamente la segunda parte, capítulo II, párr. 193). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si este párrafo se debería incluir aquí o si bastaría hacer una remisión a los párrafos pertinentes de la Guía Legislativa.

que el régimen de la insolvencia garantice la coordinación de los procedimientos que puedan iniciar las diferentes partes”.

#### 4. Financiación del procedimiento

51. Corregir la primera oración de la siguiente forma: “Una dificultad que podría surgir en las jurisdicciones en que el representante de la insolvencia esté autorizado a entablar una demanda es la relativa al 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 de que los casos de demanda por incumplimiento de esas obligaciones sean relativamente escasos. 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, capítulo II, párr. 196). Sin embargo, en muchos casos los fondos disponibles en la masa de insolvencia no serán suficientes para demandar a un director, aunque sean muchas las posibilidades de éxito. 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. 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 se puede recurrir a un prestamista para que provea los fondos. Cuando el demandante es una parte distinta del representante de la insolvencia el costo de comenzar esas actuaciones puede recuperarse de la indemnización que se pague. En algunas legislaciones las demandas contra los directores se pueden dirimir mediante negociaciones con los representantes de la insolvencia, evitando la necesidad de financiación. En algunas jurisdicciones esto no es frecuente, mientras que en otras constituye una práctica habitual, y los representantes de la insolvencia suelen “invitar” a los directores a que hagan contribuciones. Como cuestión adicional, sería apropiado considerar también el tribunal en que se pueden entablar esas actuaciones; esta cuestión se ha examinado *supra*, en la segunda parte, capítulo I, párr. 19”.

**Proyectos de recomendación 1 a 10****Finalidad de las disposiciones legislativas**

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

- a) proteger los intereses legítimos de los acreedores y demás interesados;
- b) velar por que [los encargados de adoptar decisiones acerca de la gestión de una empresa] [los directores] estén enterados de sus funciones y responsabilidades en esas circunstancias;
- c) proveer recursos apropiados en caso de incumplimiento de esas obligaciones, que podrán hacerse efectivos una vez comenzado el procedimiento de insolvencia.

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 las que experimentan dificultades financieras;
- c) no impidan la aplicación de un discernimiento comercial razonable o que se asuma un riesgo comercial razonable.

*Observaciones*

1. El párrafo b) ha sido agregado a la cláusula de la finalidad de conformidad con la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 41º período de sesiones (véase el párr. 99 del documento A/CN.9/742) de que se incluyera el objetivo de servir de instrumento para informar a los directores sobre sus funciones y responsabilidades en el período cercano a la insolvencia. La segunda parte del nuevo párrafo c) ha sido agregada para aclarar que las obligaciones solo serán exigibles una vez comenzado el juicio de insolvencia. Lo que antes era el párrafo c) ha quedado incluido ahora como una segunda oración.

**Contenido de las disposiciones legislativas****Recomendación 1** [anteriormente recomendaciones 4 y 6]**La obligación**

1 1) [El régimen de la insolvencia] [La ley relativa a la insolvencia] debería especificar que desde el momento a que se hace referencia en la recomendación 2 las personas mencionadas en la recomendación 3 tendrán la obligación de tener debidamente en cuenta los intereses de los acreedores y demás interesados y:

- a) adoptar medidas razonables para evitar la insolvencia;
- b) cuando la insolvencia sea inevitable, reducir al mínimo su alcance.

2) Entre las medidas razonables cabría citar las siguientes: asegurarse de que [estén] [esté] plenamente [informados] [informado] de los asuntos de la empresa; buscar asesoramiento profesional cuando corresponda; [y] velar por que los activos de la empresa estén protegidos; [y no concertar el tipo de operaciones que pueda ser

anulable de conformidad con [la segunda parte, capítulo II] [la recomendación 87] ni permitir que la empresa lo haga].

#### *Observaciones*

2. Se ha modificado la secuencia de los proyectos de recomendación para centrarse, en primer lugar, en la obligación y luego en el momento en que esta nace y a quién le incumbe su cumplimiento. Sin embargo, uno de los ajustes de redacción que el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar es el empleo de la palabra “director” en la cláusula de la finalidad y en las recomendaciones 1 y 2. Como la parte a quien incumbe la obligación es objeto de una recomendación de fondo (recomendación 3) tal vez en otras recomendaciones corresponda referirse a la persona mencionada en la recomendación 3 o referirse a esa persona en una forma más genérica, como por ejemplo la persona encargada de adoptar decisiones sobre la dirección de la empresa o responsable de su gestión.

3. En su 41º período de sesiones el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que volviera a examinar los proyectos de recomendación 1, 4, 5 y 6 (véase el párrafo 93 del documento A/CN.9/742). El presente proyecto de recomendación 1 combina los textos anteriores de las recomendaciones 4 y 6. El párrafo 1 trata de los elementos de la obligación, mientras que el párrafo 2 contiene ejemplos de lo que constituirían medidas razonables que deben adoptarse de conformidad con el párrafo 1.

4. La referencia al régimen de insolvencia (o a la legislación relativa a la insolvencia) tiene por objeto indicar que la obligación en la recomendación 1 se aplica solo en el marco de esa normativa, y que, si bien el incumplimiento de la obligación debe darse antes de que comience el procedimiento de insolvencia de conformidad con lo enunciado en la recomendación 2, la responsabilidad solo puede ser exigible una vez comenzado ese procedimiento. Si esto no ha quedado suficientemente claro tal vez sea conveniente repetir la segunda parte de la cláusula de finalidad c) en el cuerpo de las recomendaciones.

5. En la segunda parte de la recomendación 1 se exige la adopción de medidas razonables para evitar la insolvencia o para reducir al mínimo su alcance, cuando esta sea inevitable. Esto sugiere que la obligación podría nacer en dos momentos virtualmente diferentes. Sin embargo, en la práctica la distinción entre los dos momentos puede depender de la secuencia de acontecimientos y puede que solo se vea claramente con posterioridad al acontecimiento. Por ejemplo, un suceso catastrófico o una conmoción exógena puede hacer inevitable la insolvencia, sin que hubiera un período en el que se pudieran adoptar medidas correctivas. Por otra parte, puede haber posibilidades de caer en la insolvencia debido a factores externos, como un suceso determinado o una caída momentánea del mercado, pero que no se concreten gracias a una mejora en esos factores externos o porque se adoptaron medidas para evitar las consecuencias.

6. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la cuestión de la oportunidad es un tema que deba tratarse en la redacción de las recomendaciones (especialmente en las recomendaciones 1 y 2) o si el texto actual es suficiente claro.

**Recomendación 2** [anteriormente recomendación 3]**¿Cuándo nacen las obligaciones?**

2. [El régimen de la insolvencia] [La ley relativa a la insolvencia] debería especificar que la obligación mencionada en la recomendación 1 nace en el momento en que la persona mencionada en la recomendación 3 supo, o debería razonablemente haber sabido, que la insolvencia era probable [inminente] o inevitable.

*Observaciones*

7. En el 41º período de sesiones se convino en mantener la recomendación 3 tal como estaba redactada (véase el párr. 82 del documento A/CN.9/742). Sin embargo, se ha expresado una cierta duda de que el texto actual abarque tanto la situación financiera del deudor como una cuestión de hecho (vale decir que la insolvencia era de hecho “probable [inminente] o inevitable” en el momento en cuestión) y el conocimiento que tuviera el director de ese hecho. Con la redacción actual esta cuestión debería estar abarcada por la frase “era probable [inminente] o inevitable” al final del proyecto de recomendación, ya que el conocimiento solo se puede imputar a un hecho o una situación que ya se ha dado. Sin embargo, el Grupo de Trabajo tal vez desee decidir si es necesario agregar una aclaración sobre este punto.

8. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la cuestión planteada en el párrafo 5 *supra* con respecto a la oportunidad debe mencionarse en la recomendación 2 o si el texto actual es suficientemente flexible para abarcar las distintas posibilidades.

**Recomendación 3** [anteriormente recomendación 2]**Partes en que recaen las obligaciones**

3. [El régimen de la insolvencia] [La ley relativa a la insolvencia] debería especificar [la persona] en quien recae la obligación, que puede tratarse de cualquier persona que, en virtud de las definiciones del derecho nacional, cumpla la función de un director\* [, como por ejemplo un director designado oficialmente o cualquier otra persona [que ejerza el control *de facto*] [[y que ejerza las funciones] [que asuma las responsabilidades] de un director]].

\* Véase en los párrafos 20 a 22 *supra* la explicación de quién puede ser considerado un director.

*Observaciones*

9. En el 41º período de sesiones se presentaron varias propuestas con respecto a esta recomendación (véanse los párrafos 79 y 80 del documento A/CN.9/742). Existe amplio acuerdo en que debería aplicarse a toda persona que en virtud de las definiciones del derecho nacional cumpla la función de un director. Como ejemplo se propuso (párr. 79) que la recomendación se aplicara a quienes ejercieran libremente funciones de gestión o adoptaran decisiones de gestión, incluso quienes debieran adoptar ese tipo de decisiones pero que no necesariamente lo hicieran. A fin de detallar más detenidamente el tipo de persona que debería incluirse en esta definición se han agregado las palabras entre corchetes y una nota de pie de página que remite a los párrafos pertinentes del comentario.

**Recomendación 4** [anteriormente recomendaciones 1, 5 y 7]**Responsabilidad**

4 1) [El régimen de la insolvencia] [La ley relativa a la insolvencia] debería especificar que [los intereses de los acreedores se han visto perjudicados] [los acreedores han sufrido pérdidas o perjuicios] como consecuencia del incumplimiento de la obligación en la recomendación 1 [ocurrido en el período mencionado en la recomendación 2], [la persona imbuida de la obligación] [el director] puede ser responsable.

4 2) [El régimen de la insolvencia] [La legislación relativa a la insolvencia] debería estipular que la responsabilidad por incumplimiento de la obligación en la recomendación 1 está limitada a la medida de las pérdidas y los daños que ha causado el incumplimiento.

*Observaciones*

10. El proyecto de recomendación 4 combina ideas ya reflejadas en los proyectos de recomendación 1 y 5 y el encabezamiento de la recomendación 7, vale decir que cuando se incumpla la obligación de la recomendación 1 y los acreedores sufran pérdidas o daños o sean perjudicados sus intereses puede hacerse responsable a la persona imbuida de la obligación. El resto del anterior proyecto de recomendación 7 (vale decir los párrafos a) a d)) ha quedado incorporado al proyecto de recomendación 6. El párrafo 2 del proyecto de recomendación 4 se refiere a un requisito que antes figuraba en el encabezamiento del proyecto de recomendación 7, de que la responsabilidad sea proporcional al daño causado o, en otras palabras, que la responsabilidad esté limitada a la medida del daño causado por el incumplimiento.

11. En el 41º período de sesiones se sugirió (párr. 77 del documento A/CN.9/742) que en el texto de la antigua recomendación 1 se agregaran la palabras “efectuadas durante el período previo a la apertura del procedimiento de insolvencia” a fin de aclarar que el incumplimiento de la obligación debe ocurrir en el período anterior al inicio del procedimiento de insolvencia. Como el proyecto de recomendación 1 se remite a la recomendación 2, podría ser conveniente que en el proyecto de recomendación 4 solo se conservara la remisión al proyecto de recomendación 1 y se evitara así la complejidad adicional de repetir la condición de que el incumplimiento sea en un momento determinado.

**Recomendación 5** [nueva, reemplaza la recomendación 6]**Elementos de la responsabilidad y excepciones**

5. [El régimen de la insolvencia] [La ley relativa a la insolvencia] debería especificar los elementos que habrán de probarse a fin de establecer el incumplimiento de la obligación enunciada en la recomendación 1, y que esta ha provocado [una pérdida o daño a los acreedores] [un perjuicio a los intereses de los acreedores]; a qué parte corresponde la carga de esa prueba; y las posibles excepciones que podrán oponerse a una alegación de incumplimiento de la obligación. Una de las excepciones que se pueden oponer es que [la persona imbuida de la obligación] [el director] ha adoptado medidas razonables del tipo de las mencionadas en el párrafo 2 de la recomendación 1. La ley podrá también

establecer presunciones y permitir la inversión de la carga de la prueba para facilitar el curso del procedimiento por incumplimiento de la obligación.

#### *Observaciones*

12. En el 41° período de sesiones se expuso preocupación con respecto a la forma en que el proyecto de recomendación 6 había reflejado la cuestión de la prueba del incumplimiento de la obligación enunciada en la recomendación 1 y las posibles excepciones oponibles.

13. El proyecto de recomendación enfoca ahora la realización del procedimiento por incumplimiento de las obligaciones enunciadas en la recomendación 1 de la misma forma en que la recomendación 97 de la Guía Legislativa enfoca la realización del procedimiento de anulación. Vale decir que si bien se señala la necesidad de que la legislación regule cuestiones tales como las excepciones, los elementos que se deben probar, y establezca las presunciones y la carga de la prueba, el proyecto de recomendación deja a la legislación nacional la determinación y especificación de los requisitos exactos.

#### **Recomendación 6** [anteriormente recomendación 7]

##### **Recursos**

6. [El régimen de la insolvencia] [La ley relativa a la insolvencia] debería especificar que los recursos oponibles por responsabilidad [podrían] [deberían] incluir el pago completo a la masa de la insolvencia de todo resarcimiento por daños y perjuicios fijado por incumplimiento de la obligación enunciada en la recomendación 1. La falta de pago de la totalidad de esos daños debería impedir que [la persona imbuida de la obligación] [el director] pudiera ejercer ningún derecho o demanda contra la masa de la insolvencia [en el período en que se adeude el pago] [mientras no se haya efectuado el pago en su totalidad].

#### *Observaciones*

14. En su 41° período de sesiones el Grupo de Trabajo decidió que el proyecto de recomendación se centrara en los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación de la recomendación 1 y en la reparación de esos perjuicios. Con la reforma de la recomendación quedó en claro que la indemnización por daños y perjuicios acrecienta la masa de la insolvencia (el proyecto de recomendación 7 deja en claro que la facultad o el derecho de demandar a un director es un activo de la masa). La segunda oración se basa en los párrafos c) y d) del texto anterior de la recomendación 7.

15. El requisito del pago íntegro antes de que un director pueda ejercer una acción de repetición contra la masa tiene por objeto resolver la cuestión de si sería permisible el resarcimiento. Sin embargo, en algunas legislaciones una norma que impida a la persona que tiene la titularidad de la obligación ejercer un derecho o una acción contra la masa de la insolvencia podría crear dificultades, ya que es una disposición estrechamente relacionada con el tema de la propiedad. Por ejemplo, se le podría considerar una denegación del derecho de propiedad del acreedor sobre las acciones judiciales. La intención del proyecto de recomendación 6 es fomentar el pago e impedir que un director responsable de causar perjuicios se beneficie de cualquier distribución con respecto a sus derechos contra la masa de la insolvencia



mientras esté pendiente el pago del resarcimiento por daños y perjuicios. En la recomendación se podría aclarar que su intención es postergar el derecho a repetir o el ejercicio de sus derechos contra la masa de la insolvencia hasta tanto no se haya efectuado el pago íntegro de lo adeudado o no se haya cancelado ese derecho. Véase la nota de pie de página del párrafo 44 *supra*, relativa a la capacidad del director de pagar los perjuicios fijados.

#### **Recomendación 7** [anteriormente recomendación 8]

##### **Sustanciación del procedimiento por incumplimiento de la obligación**

7. [El régimen de la insolvencia] [La ley relativa a la insolvencia] debería especificar que la causa de la acción por [el daño causado por] [la pérdida o perjuicio sufrido como resultado del] incumplimiento de la obligación enunciada en la recomendación 1 corresponde a la masa de la insolvencia y el representante de la insolvencia es el principal responsable de iniciar el procedimiento por incumplimiento de dicha obligación. [El régimen de la insolvencia] [La ley relativa a la insolvencia] podrá también permitir a un acreedor o a cualquier otra parte interesada iniciar ese procedimiento con el consentimiento del representante de la insolvencia o, en caso de haberse denegado ese consentimiento, el acreedor o la otra parte interesada podrá solicitar autorización judicial para iniciar dicho procedimiento.

#### *Observaciones*

16. El proyecto de recomendación 7 fue corregido de conformidad con la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 41° período de sesiones (véase el párr. 96 del documento A/CN.9/742) de estipular que los acreedores o cualquier otra parte interesada pudiera iniciar el procedimiento por incumplimiento de la obligación enunciada en la recomendación 1. Dado que el término “parte interesada” está definido en el glosario de la Guía Legislativa (véase el párr. 12 dd) de la introducción), se emplea también en la recomendación revisada para garantizar la inclusión de los accionistas y otras partes pertinentes.

17. Como diferentes jurisdicciones pueden permitir que los acreedores y demás personas interpongan acciones, esa posibilidad puede incluirse en la recomendación como una opción. Ese derecho de interponer una acción debería corresponder a la masa de la insolvencia o ser parte de ella para sentar un principio claro y un destino claro para el pago de cualquier resarcimiento fijado por los daños y perjuicios respecto del incumplimiento (véase el proyecto de recomendación 6).

18. En algunas legislaciones la mayoría de los acreedores y el comité de acreedores deben renunciar al derecho de demandar por incumplimiento a un director antes de que ese derecho se pueda adjudicar a un solo acreedor. Si bien esa posibilidad figura en el comentario (párrs. 49A-B), se agregaría otro nivel de complejidad al proyecto de recomendación si se estableciera a) que la causa de la acción corresponde a la masa de la insolvencia, b) que el representante de la insolvencia tiene el derecho de ejercerla, c) que los acreedores pueden ejercerla con aprobación del representante de la insolvencia (o del tribunal), y d) que un acreedor solo puede ejercerla cuando tenga la aprobación de la mayoría de los acreedores además de la del representante de la insolvencia.

**Recomendaciones 8 y 9** [anteriormente recomendaciones 9 y 10]**Financiación de los procedimientos por incumplimiento de la obligación**

8. [El régimen de la insolvencia] [La ley relativa a la insolvencia] debería especificar que las costas del procedimiento contra un director se abonarán como gastos de administración de la masa.

9. [El régimen de la insolvencia] [La ley relativa a la insolvencia] podrá prever otras formas de regular la sustanciación y financiación de ese procedimiento.

*Observaciones*

19. En su 41º período de sesiones el Grupo de Trabajo adoptó el contenido de los anteriores proyectos de recomendación 9 y 10 (véase el párr. 97 del documento A/CN.9/742).

**Recomendación 10** [anteriormente recomendación 11]**Medidas adicionales**

10. [El régimen de la insolvencia] [La ley relativa a la insolvencia] podrá incluir otras medidas además de los recursos mencionados en la recomendación 6 para desalentar todo comportamiento que pueda dar lugar a la responsabilidad según lo dispuesto en la recomendación 4. [Una de esas medidas podría ser restringir [la facultad de la persona que tenga la obligación de desempeñarse como director] [la posibilidad de un director de desempeñarse como tal] por un período de tiempo determinado].

*Observaciones*

20. En el 41º período de sesiones se expresaron reservas con respecto a la segunda oración del proyecto de recomendación porque podría representar una medida punitiva y, por lo tanto, ser inapropiada (véase el párr. 98 del documento A/CN.9/742). Como no se logró acuerdo sobre este punto se acordó conservar la segunda oración entre corchetes, a la espera de un examen más profundo.

## **II. Cuestiones relativas a los directores de empresas pertenecientes a un grupo**

### **A. Observaciones generales**

52. En la tercera parte de la Guía Legislativa se señala que un grupo de empresas se suele caracterizar por diversos grados (de altamente centralizado a relativamente independiente) y tipos (vertical y horizontal) de integración y por relaciones complejas entre las empresas del grupo que pueden representar distintos niveles de dominio y de control. Esos factores, junto con la forma en que los grupos tienden a estar regulados por la ley aplicable (vale decir como entidades separadas en oposición a una única empresa) plantean varias cuestiones para los directores de las empresas pertenecientes a un grupo. En el siguiente análisis se examinan dos cuestiones en el contexto de las obligaciones del director de una empresa perteneciente a un grupo. La primera se refiere a la prevalencia del principio de la

entidad única y sus consecuencias para el director cuando haya conflicto entre la actuación en interés de la empresa de la que es director y los intereses del grupo al que esta pertenece. La segunda se refiere a la definición de quién puede ser considerado director (véanse los párrs. 20 a 22 *supra*) y la circunstancias en que las otras empresas del grupo pueden estar abarcadas por esa definición, especialmente cuando entra en juego la relación entre la sociedad matriz y las filiales de propiedad total o controladas.

**a) Consecuencias de la estructura de un grupo de empresas para las obligaciones del director**

53. Generalmente los directores tienen obligaciones respecto de su sociedad y deben actuar en beneficio o en interés de ella. En el contexto del grupo, se debe respetar el principio de la personalidad propia y, en virtud de la mayoría de las legislaciones, se aplican esas mismas obligaciones, independientemente de toda consideración de los intereses del grupo y de la posición que ocupa la sociedad del director en la estructura del grupo. Ese énfasis en los intereses de un miembro del grupo tiene particular importancia cuando la solvencia de ese miembro pueda plantear un problema o se convierte en un problema después de realizada una operación destinada a beneficiar al grupo en su totalidad. Pero en la práctica la estructura del grupo puede llevar a los directores a actuar en beneficio de todo el grupo, viéndose obligados a equilibrar los intereses de su propia empresa contra los objetivos o necesidades económicas del grupo colectivo, que posiblemente sean opuestos. Entre los ejemplos de posibles casos de conflicto se pueden citar que una empresa del grupo realice un préstamo a otra empresa del mismo grupo o salga de garante de un préstamo concedido a otra empresa del grupo por un prestamista externo; que una empresa del grupo concierte un acuerdo con otra empresa del mismo grupo para transferirle su negocio o sus activos o para cederle una oportunidad comercial o para concertar un contrato con esa empresa en términos que no se pueden considerar comercialmente viables; o que una empresa del grupo salga de garantía cruzada de otras empresas del grupo para ayudarlo a aprovechar mejor sus activos en la financiación de las operaciones del grupo en sí. Esas operaciones pueden ser problemáticas por la relación entre las partes en la operación (es decir, con respecto al dominio y el control) o su posición dentro del grupo (es decir, matriz o filial) y porque el carácter de la operación implica una distribución de beneficios y perjuicios que no se ajusta a lo que generalmente se consideraría comercialmente viable. Sería más fácil, por ejemplo, determinar los beneficios que recibe la empresa matriz al prestarle o realizar otras operaciones con una subsidiaria de propiedad total (operaciones hacia abajo) que lo contrario (operaciones hacia arriba), especialmente cuando la filial no es de propiedad total, o los beneficios resultan de operaciones entre filiales del grupo (operaciones horizontales).

54. Si bien comercialmente puede parecer poco realista exigir que el director de una empresa perteneciente a un grupo ignore la estructura de grupo en que opera su empresa, la dificultad nace con las consideraciones señaladas *supra* sobre la forma de evaluar los beneficios de una operación para las empresas individuales que conforman el grupo cuando dicha operación solo parece resultar sensata desde la perspectiva global del grupo. En algunos casos el beneficio puede ser directo y relativamente fácil de determinar; en otros puede no ser inmediatamente aparente e incluso puede requerir un cierto sacrificio de la empresa individual, aunque más no sea en el corto plazo. Además, la evaluación puede entrañar múltiples factores

similares a los señalados en la recomendación 217 (tercera parte), como por ejemplo la relación entre las partes en la operación y el grado de integración entre ellas, la finalidad de la operación, si gracias a la operación las empresas del grupo u otras personas allegadas han obtenido alguna ventaja que normalmente no se otorgaría entre partes no allegadas y si la operación se puede catalogar como hacia arriba, hacia abajo u horizontal.

55. Los tribunales de diferentes jurisdicciones han acordado distintos grados de reconocimiento a la realidad práctica de la forma en que operan los grupos de empresas. Si bien el énfasis sigue recayendo en el director que ejerce sus facultades en beneficio de su propia empresa, en algunas jurisdicciones el director puede, sin embargo, considerar los beneficios comerciales directos o indirectos que tiene para su empresa una determinada operación con otras empresas del grupo y la medida en que la prosperidad o supervivencia de ella depende del bienestar del grupo en sí. Generalmente el mero beneficio colectivo no es justificación suficiente. Además, se puede exigir al director que tome en consideración todo posible perjuicio que pueda sufrir su empresa como resultado de la operación y que tome en consideración la posición de los acreedores no garantizados de su empresa, especialmente cuando la operación en cuestión pueda afectar la solvencia de esa empresa. Esta última consideración es de particular importancia cuando la operación consiste en dar una garantía o una fianza por un préstamo concedido a otra empresa del mismo grupo<sup>4</sup>.

56. Otras jurisdicciones han permitido que el director de una sociedad del grupo actúe en interés de todo el grupo cuando se dan determinadas condiciones, como por ejemplo que el grupo tenga una estructura equilibrada y firmemente establecida; que la empresa perteneciente a ese grupo haya participado en la política de largo plazo y coherente del grupo; y que de buena fe el director haya asumido razonablemente que cualquier detrimento sufrido por su empresa se vea oportunamente compensado con otras ventajas. Otro enfoque admite que el director de una empresa del grupo actúe en interés de la sociedad matriz siempre que no perjudique la posibilidad de su empresa de pagar a sus propios acreedores, y el director esté autorizado, ya sea por los estatutos de la sociedad o por los accionistas, según que la empresa sea de propiedad total o parcial. La empresa perteneciente al grupo no debe ser insolvente en el momento en que el director actúa y no debe resultar insolvente a causa de esa actuación.

57. Como se señaló en la tercera parte (párrs. 75 a 80), algunas operaciones comerciales realizadas dentro del grupo pueden resultar operaciones entre personas allegadas y, por lo tanto, impugnables en el contexto de la insolvencia. En algunas legislaciones esas operaciones pueden también exponer al director a responsabilidad personal cuando la empresa del grupo ya era insolvente o si pasó a serlo a raíz de la operación. Otras operaciones o acciones no quedarían comprendidas en las disposiciones relativas a las partes allegadas, tales como las decisiones sobre actuar o no actuar (por ejemplo, no competir con otra empresa del grupo por una determinada oportunidad) o cambiar la función de la empresa (por ejemplo, vendiendo externamente los activos de la empresa miembro del grupo, ya sea para

---

<sup>4</sup> Estas consideraciones son similares a las mencionadas en la recomendación 212 relativa a la concesión de financiación tras la apertura de un procedimiento en el contexto de un grupo de empresas.

arruinarla o para convertirla en una “caja” para el grupo). Las disposiciones sobre partes allegadas no exigen que se tengan en cuenta los intereses de los acreedores.

**b) Definición de “director” en el contexto del grupo de empresas**

58. En el párrafo 20 *supra* se examina la segunda cuestión relativa a las circunstancias en que una empresa del grupo o su director (por ejemplo de una sociedad de carteras) puede ser considerado un director, incluso un director virtual (nota de pie de página 6), de otra sociedad del grupo. Algunas legislaciones no permiten que una empresa perteneciente a un grupo de empresas sea nombrada director de otra empresa del grupo, pero sí puede ser considerada como un director virtual de otra empresa. Esto puede ocurrir de distintas maneras, como por ejemplo cuando las juntas directivas de las dos sociedades están integradas por las mismas personas, cuando la mayoría de los miembros de la junta directiva de una sociedad del grupo es nombrada por la otra empresa, que tiene una posición dominante, cuando una sociedad controla la gestión y la adopción de decisiones financieras del grupo y cuando una empresa del grupo interfiere de manera sostenida y generalizada en la gestión de otra empresa del grupo, que suele darse en el caso de una sociedad matriz y de una filial controlada del mismo grupo.

59. En la tercera parte de la Guía Legislativa se examina la posibilidad de extender la responsabilidad por las deudas externas en el contexto del grupo y se señala (párr. 99) que en varios ejemplos donde la responsabilidad tal vez pueda hacerse extensiva a la sociedad matriz, esa responsabilidad podría incluir la responsabilidad personal de los integrantes de la junta directiva de la sociedad matriz (que podrían ser directores nombrados oficialmente, *de facto* o virtuales). Una de las principales dificultades para extender la responsabilidad en esos casos es probar que la actividad en cuestión muestra que la sociedad matriz ha actuado como director *de facto* o virtual de la otra sociedad del grupo.

**B. Cuestiones que se deben examinar**

60. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si se necesitan otras recomendaciones para dar respuesta a las cuestiones planteadas *supra*. ¿Convendría, por ejemplo, permitir que el director de una sociedad en la cercanía de la insolvencia tomara en consideración los intereses del grupo en su totalidad además de tener en cuenta los de su propia sociedad o debería centrarse exclusivamente en su propia sociedad? En segundo lugar, el Grupo de Trabajo ha acordado que un “director” a los fines del presente trabajo debería definirse de conformidad con la legislación nacional (véase el proyecto de recomendación ...). ¿Es esa definición suficientemente amplia para abarcar las consideraciones pertinentes a los grupos de empresas?

### **III. Cuestiones transfronterizas**

61. En sus períodos de sesiones 39° y 40° el Grupo de Trabajo convino en que las cuestiones transfronterizas se examinaran en un futuro período de sesiones (véase el párr. 109 del documento A/CN.9/715 y el párr. 52 del documento A/CN.9/738). El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar cuáles de esas cuestiones deberían examinarse en el contexto de la labor actual y la manera de hacerlo.

---