



Asamblea General

Distr. limitada
12 de febrero de 2013
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
43° período de sesiones
Nueva York, 15 a 19 de abril de 2013

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	1-8	2
Obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia		4
Introducción y finalidad de esta [parte].		4
I. Contexto	1-15	4
II. Elementos de las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia	16-57	10
A. La naturaleza de las obligaciones	16-21	10
B. Cuándo nacen las obligaciones: el período cercano a la insolvencia	22-25	15
C. Determinación de las partes en las que recaen las obligaciones	26-29	16
D. Responsabilidad	30-36	18
E. Ejecución de las obligaciones de los directores respecto a la apertura de un procedimiento de insolvencia	37-57	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 A/CN.9/582/Add.6). Esas propuestas habían sido examinadas por el Grupo de Trabajo V en su 38° período de sesiones (véase A/CN.9/691, párrs. 99 a 107), ocasión en que se recomendaron a la Comisión posibles temas de estudio (A/CN.9/691, párr. 104). 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 documento A/CN.9/691, párrafo 104, 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 de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (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 insolvencia¹. 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°, 41° y 42° de ese Grupo (celebrados del 31 de octubre al 4 de noviembre de 2011 en Viena; del 30 de abril al 4 de mayo de 2012 en Nueva York; y del 26 al 30 de noviembre de 2012 en Viena). Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo figuran en los informes de esos períodos de sesiones (A/CN.9/715, A/CN.9/738, A/CN.9/742 y A/CN.9/763, respectivamente).

5. El material que figura a continuación se basa en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.96, 100, 104 y 108, así como en las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 39°, 40°, 41° y 42°. Para facilitar la consulta se ha conservado en la presente nota entre corchetes el número de párrafo y de recomendación empleados en las versiones anteriores del texto (a saber, A/CN.9/WG.V/WP.104 y 108).

6. De conformidad con la hipótesis de trabajo adoptada por el Grupo de Trabajo en su 41° período de sesiones (A/CN.9/742, párr. 74) de que la labor formaría parte de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, el texto que figura a continuación sigue el formato de la Guía Legislativa. El Grupo de Trabajo tal vez

¹ El primer tema, relativo al centro de los principales intereses y cuestiones conexas se examina en el documento A/CN.9/WG.V/WP.112.

desea estudiar si debe ser una parte nueva de la Guía o si puede incluirse como una sección nueva de una parte ya existente, por ejemplo el capítulo III de la segunda parte (Participantes). De acuerdo con una solicitud formulada en el 42º período de sesiones, el orden del comentario refleja ahora el orden de las recomendaciones y las recomendaciones ya no aparecen todas juntas al final del texto, sino que van a continuación de las partes correspondientes del comentario. Cada conjunto de recomendaciones lleva como introducción una cláusula sobre la finalidad, en consonancia con las partes primera a tercera de la Guía.

7. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar también si se deberían incluir en un glosario para esta [parte] algunos términos específicos.

8. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en los párrafos que se mencionan a continuación figura texto nuevo entre corchetes para su examen: Introducción y finalidad, párrafos 1 y 2; Contexto, párrafo 2; sección II, párrafos 20 d), f), j), 21, 21A, 22, 25, 33, 35, 36, 47, 48, 51, 55 y 57. Las cláusulas sobre finalidad de los proyectos de recomendación 3 a 12 se presentan para su examen, así como algunos términos de los proyectos de recomendación 1, 3, 6, 8 y el proyecto de recomendación 12 y la nota de pie de página asociada.

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia

Obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia

Introducción y finalidad de esta [parte]

[1. Esta [parte] se centra en las obligaciones que se podrían imponer a los responsables de adoptar decisiones con respecto a la administración de una empresa cuando esa empresa se enfrenta a una insolvencia inminente o la insolvencia se hace inevitable. El propósito de imponer esas obligaciones, que serían exigibles una vez que se hubiera iniciado el procedimiento de insolvencia, es proteger los intereses legítimos de los acreedores y demás interesados y alentar a que se actúe con prontitud para minimizar los efectos de las dificultades financieras que atraviesa la empresa. La constitución de una junta directiva es un factor importante para hacer frente a los problemas. Generalmente, está formada por personas que tienen derechos de propiedad sobre la empresa y personas que trabajan para ella, por ejemplo gestionando sus operaciones comerciales, o tienen alguna conexión con sus accionistas (“directores internos”), junto con personas que son independientes y con frecuencia son seleccionadas como consecuencia de su experiencia y su visión para los negocios (“directores independientes”). Los directores independientes pueden no tener acceso a la misma cantidad de información que conocen o tienen a su disposición los directores internos, los acreedores o los terceros. La responsabilidad de los directores internos e independientes puede ser distinta, según las circunstancias del caso.]

[2. Se tratan los elementos esenciales de las disposiciones que imponen esas obligaciones; a saber: a) la naturaleza y el alcance de las obligaciones; b) cuándo deberían nacer las obligaciones; c) las personas en las que recaerían las obligaciones; d) la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones; e) la ejecución de esas obligaciones; f) las defensas aplicables; g) los recursos; h) las personas que pueden entablar una demanda para exigir el cumplimiento de las obligaciones; e i) cómo se podrían financiar esas demandas.]

I. Contexto

1. [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 empresarial 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 empresarial², ampliamente adoptados, que abarcan las obligaciones de las personas encargadas de adoptar decisiones sobre la administración de una empresa (en esta [parte], denominados “directores”)³ cuando la empresa es solvente.

2. [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 ese procedimiento, y se centrarán prioritariamente en obtener el máximo valor de los bienes y en preservar la masa para su distribución a los acreedores. 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. [La recomendación 112 se ocupa de las diversas posibilidades que puede desempeñar el deudor cuando se mantenga en marcha la empresa, a saber, mantener el pleno control, ser privado parcialmente de sus funciones y ser removido totalmente.] Las obligaciones de los directores una vez iniciado un procedimiento de insolvencia se tratan 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 párrafos 32 a 34 del comentario).

3. [8] Los regímenes de la insolvencia eficaces, además de establecer un proceso jurídico previsible para hacer frente a las dificultades financieras de las empresas con problemas y el marco necesario para su reorganización eficiente o una liquidación ordenada, deberían permitir también la realización de un examen de las circunstancias que dieron lugar a la insolvencia y, en particular, de la conducta de los directores de la empresa en el período anterior al comienzo del procedimiento de insolvencia. Ahora bien, poco se ha hecho a nivel internacional para armonizar los distintos enfoques de las legislaciones nacionales con vistas a facilitar el examen de esa conducta, y sigue habiendo divergencias importantes. No están claramente establecidos el carácter ni el alcance de las obligaciones que puedan tener los directores en un período en que la empresa pueda tener problemas financieros sin ser todavía insolvente o ser objeto del procedimiento de insolvencia, pero están siendo objeto de un creciente debate, especialmente en vista de las múltiples quiebras ocurridas como consecuencia de la crisis financiera mundial de 2008.

² Véanse, por ejemplo, los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE, 2004.

³ La cuestión de quién puede ser considerado director a los efectos de esta [parte] se examina más abajo en los párrs. ... Si bien no existe una definición universalmente aceptada del término, por comodidad en la presente parte nos referimos generalmente a “directores”.

4. [9] Una empresa que se ve en la imposibilidad efectiva o inminente de cumplir sus obligaciones financieras y contractuales cuando vencen los plazos necesita una gestión robusta, ya que a menudo hay juicios y decisiones difíciles que adoptar que serán decisivos para la supervivencia de la empresa, con los consiguientes beneficios para sus dueños, acreedores, clientes, empleados y demás interesados. 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 partes interesadas correspondientes en las circunstancias concretas del caso. En algunos regímenes esas partes interesadas serán la propia sociedad y sus accionistas. En otros regímenes puede tratarse de una comunidad de intereses más amplia que incluya a los acreedores. Un director preocupado por su responsabilidad personal y 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 de renunciar, lo que a menudo aumenta las dificultades que tiene la sociedad.

5. [9 A] No les es fácil a los directores ni a los directivos lograr un equilibrio entre los diferentes intereses y motivaciones de las partes interesadas, los cuales pueden convertirse en una fuente de conflicto. 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 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 y no dejaría nada a 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.

6. [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 eficaces⁴. Además, los regímenes que exponen a los directores a responsabilidad por las operaciones que realicen mientras estén en curso procedimientos oficiosos tales como las negociaciones de

⁴ 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.

reestructuración (examinadas en la primera parte, capítulo II, párrafos 2 a 18) pueden desincentivar 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 de insolvencia debido a que los directores de las empresas no actuaron en el momento oportuno.

7. [11] Varios ordenamientos jurídicos abordan la cuestión de alentar una pronta acción imponiendo al deudor la obligación de solicitar la apertura del procedimiento oficial de insolvencia 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 recurriendo con prontitud 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.

8. [12] La imposición de esas obligaciones ha sido objeto de un debate continuo. Quienes reconocen que este enfoque tiene sus ventajas⁵, 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, las obligaciones pueden también tener el efecto de controlar y disciplinar a los directores, disuadiéndolos de embarcarse en actuaciones excesivamente arriesgadas o de consentir pasivamente en que se adopten medidas excesivamente arriesgadas propuestas por otros directores, debido a las sanciones que conlleva el incumplimiento de las obligaciones. Una ventaja adicional podría ser que incentivan a los directores a recabar asesoramiento profesional competente cuando se vislumbran dificultades financieras.

9. [13] Los comentaristas que opinan que hay importantes desventajas citan los ejemplos siguientes. 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. 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 y tienen más probabilidades

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

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 en los que intervienen las condiciones del mercado u otros factores exógenos. Otra desventaja que se ha citado es 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 empresa, debido a que un riesgo demasiado elevado puede desalentar a los directores. Unas disposiciones debidamente formuladas, sin embargo, 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 que incluyen esas obligaciones en sus legislaciones indican que solo los directores más claramente irresponsables terminan siendo sancionados.

10. [14] Se dice asimismo que esas obligaciones pueden acrecentar la imprevisibilidad, ya que la responsabilidad depende de las circunstancias concretas de cada caso y también de las actitudes futuras de los tribunales. Se ha sugerido que muchos tribunales carecen de la experiencia necesaria para examinar el comportamiento comercial después de los hechos y pueden inclinarse por poner en tela de juicio las decisiones tomadas por los directores en el período en cuestión. Sin embargo, en los Estados que tienen experiencia en la aplicación de esas obligaciones, los tribunales han tendido a respetar 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 adecuada⁶. 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. Sin embargo, ese criterio presupone, por ejemplo, que todos los acreedores tengan un contrato con el deudor, que sean capaces de negociar las debidas salvaguardias para cubrir una amplia gama de imprevistos y que tengan los recursos, la voluntad y la capacidad de seguir de cerca los asuntos de la empresa. No todos los acreedores están en esta situación.

11. [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

⁶ Véase el párr. 27 [21].

opiniones giran en torno al hecho de que, si la empresa es solvente, rige normalmente el derecho de sociedades, mientras que si la empresa es objeto de un procedimiento de insolvencia, rige el régimen de la insolvencia (si bien existen ejemplos en los que no se puede establecer una distinción tan clara)⁷. El período anterior a la apertura de un procedimiento de insolvencia, cuando un deudor puede ser técnicamente insolvente, plantea problemas que en la actualidad pueden no encontrar una respuesta adecuada ni en el derecho de sociedades ni en el régimen de la insolvencia. Sin embargo, la imposición de obligaciones aplicables retroactivamente después de la apertura de un procedimiento de insolvencia puede conducir a un traslape de las obligaciones estipuladas en diferentes regímenes, y conviene conciliar esas obligaciones para asegurar la transparencia y la claridad y evitar posibles conflictos.

12. [16] No solo varían los regímenes en que se estipulan las obligaciones, sino también las obligaciones mismas: como se ha señalado más arriba, 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 y pueden depender también de si el director es un externo independiente o un director interno.

13. [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.

14. [18] Una reglamentación eficaz en este ámbito debería tratar de equilibrar los objetivos e intereses, a menudo contrapuestos, de las distintas partes interesadas: salvaguardar la libertad de los directores de cumplir sus obligaciones y actuar debidamente conforme a su criterio, alentar un comportamiento responsable, desalentar las conductas indebidas y la adopción de medidas excesivamente arriesgadas, promover la actividad empresarial y alentar, desde un principio, la refinanciación o reorganización de las empresas con dificultades financieras o al borde de la insolvencia. Esa reglamentación podría reforzar la confianza de los acreedores y su disposición a hacer negocios con las empresas, alentar la participación de directores más experimentados, que de otra forma podrían ser reacios a participar debido a los riesgos que supondría una quiebra, y promover la buena gobernanza empresarial, generando una situación jurídica más previsible para los directores y limitando los riesgos de que los profesionales de la insolvencia entablen demandas en su contra una vez iniciado el procedimiento de insolvencia.

⁷ Reconociendo este problema, las recomendaciones de esta [parte] adoptan el criterio flexible de referirse a “la ley relativa a la insolvencia”.

Las directrices poco prácticas, confusas, anticuadas e incoherentes sobre las obligaciones de los responsables de adoptar decisiones con respecto a la gestión de una empresa al borde de la insolvencia pueden menoscabar las ventajas que un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente pretende establecer y agravar la dificultad financiera que pretenden solucionar.

15. [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 se encuentra ante una insolvencia inminente o la insolvencia se vuelve inevitable. Estos principios pueden servir de puntos de referencia y ser usados por los responsables de la formulación de políticas al examinar y elaborar los marcos jurídicos y reguladores adecuados. Aunque se reconoce la conveniencia de alcanzar los objetivos del régimen de la insolvencia (enunciados en la primera parte, 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 podrían incluirse en el régimen correspondiente y serían ejecutables una vez entablado un procedimiento de insolvencia.

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

A. La naturaleza de las obligaciones

16. [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 suelen centrarse en dos aspectos: en primer lugar, la imposición de responsabilidad civil a los directores por haber causado la insolvencia o por no haber adoptado las medidas adecuadas en la proximidad de la insolvencia (lo que en algunos regímenes puede incluir iniciar un procedimiento de insolvencia en virtud de la obligación de hacerlo con arreglo a la legislación nacional; véase el párr. 17 [29]) y, en segundo lugar, una vez que se ha iniciado el procedimiento de insolvencia, la anulación de las medidas tomadas por los directores, entre ellas las operaciones que se hayan podido realizar, en la proximidad de una insolvencia.

1. Obligación de iniciar un procedimiento de insolvencia

17. [29] Como se ha indicado más arriba, algunos regímenes nacionales imponen a los directores la obligación de solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia, que incluiría la reorganización o la liquidación, dentro de un plazo especificado, por lo general bastante corto, por ejemplo de tres semanas, contado a partir de la fecha en que la empresa pasó a ser técnicamente insolvente. El incumplimiento de esta obligación puede acarrear 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 con mayor detalle en la segunda parte, capítulo I, párrafos 35 y 36.

2. Responsabilidad civil

18. [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 puedan traducir en un aumento significativo de la exposición de los acreedores, 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, por ejemplo notificar la imposibilidad de efectuar ciertos pagos, como los impuestos o las primas de la seguridad social, o presentar una declaración oficial de insolvencia.

19. [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 los acreedores y la empresa (incluidos sus accionistas) y, eviten todo acto que pudiera agravar la situación y tomen las medidas apropiadas para evitar que la empresa caiga en la insolvencia.

20. [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. 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) 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 un examen objetivo e independiente. [En este caso, los directores, ya sea colectivamente, como directores internos o como directores independientes, pueden contratar a contables, expertos en reestructuración o abogados independientes que asesoren autónomamente sobre las opciones que tiene el consejo de administración para determinar la viabilidad de las propuestas formuladas por los directivos];

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. [Los directores pueden examinar también la capacidad de la dirección actual, con miras a determinar si debe ser mantenida o sustituida];

g) Los directores pueden modificar las prácticas de gestión para centrarse en una serie de partes interesadas, que podrían incluir a los acreedores, los empleados, los proveedores, los clientes, los gobiernos, los accionistas y, en algunas circunstancias, el entorno, a fin de determinar las medidas que conviene adoptar. Cuando la insolvencia se vuelve inminente o inevitable, el hecho de tener también en cuenta los intereses de los acreedores en lugar de concentrarse en maximizar el valor para los accionistas impulsa a los directores a reducir al mínimo el daño para los acreedores (que serán las principales partes interesadas una vez que se abra el procedimiento de insolvencia), que pueda ser consecuencia de una conducta excesivamente arriesgada, imprudente o gravemente negligente. Celebrar reuniones con los grupos de acreedores pertinentes puede ser un mecanismo apropiado para determinar esos intereses;

h) Los directores pueden velar por que los activos de la empresa estén protegidos⁸ y que esta 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. 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) 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 accionario se ha menoscabado (esto se aplica por lo general cuando el régimen incluye requisitos de mantenimiento de capital);

[j) Puede examinarse la composición del consejo de administración para determinar si incluye un número adecuado de directores independientes.]

3. Anulación de operaciones

21. [33] Las recomendaciones 87 a 99 tratan 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). Esas recomendaciones se aplicarían a la anulación de operaciones concertadas por la empresa en la proximidad de la insolvencia. [Que una operación sea anulable no basta por sí solo para imponer una responsabilidad personal a los directores].

21A. [33] [Sin embargo, determinadas operaciones anulables pueden tener también otras consecuencias.] Algunos regímenes consideran ilícitas determinadas actuaciones de los directores en virtud, por ejemplo, de las disposiciones sobre 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 comercial suficiente. Además de la anulación de esas operaciones, en algunos regímenes los directores pueden incurrir en responsabilidad personal por permitir que la empresa concertara esas operaciones [fraudulentas o inapropiadas de otro modo]. Con arreglo a esas disposiciones, 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.

⁸ No todos los activos requerirán necesariamente protección en todas las circunstancias. Un ejemplo de los tipos de activos que tal vez no necesiten protección en todas las circunstancias pueden ser los que estén asegurados por un valor inferior al de su garantía, sean gravosos, carentes de valor o difíciles de convertir en efectivo (esto se examina más detenidamente en la segunda parte, capítulo II, párr. 88).

Recomendaciones 1 y 2

Finalidad de las disposiciones legislativas

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

- a) Proteger los intereses legítimos de los acreedores y demás interesados;
- b) Velar por que los responsables de adoptar decisiones acerca de la gestión de una empresa 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.

Contenido de las disposiciones legislativas

Las obligaciones

1. La ley relativa a la insolvencia debería especificar que, a partir del momento mencionado en la recomendación 3, las personas citadas en [de acuerdo con] la recomendación 4 tendrán la obligación de tener debidamente en cuenta los intereses de los acreedores y demás interesados, así como la obligación de adoptar medidas razonables para:

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

2. [1] A los efectos de la recomendación 1, entre las medidas razonables podrán figurar las siguientes:

- a) Evaluar la situación financiera de la empresa y asegurar que las cuentas se lleven debidamente y estén actualizadas; informarse de manera independiente acerca de la situación financiera en que se encuentra la empresa y su situación general; celebrar reuniones periódicas del consejo de administración para vigilar la situación; obtener asesoramiento profesional, incluso asesoramiento jurídico o relativo a la insolvencia; mantener conversaciones con los auditores; convocar una asamblea de accionistas; modificar las prácticas de gestión para tener en cuenta los intereses de los acreedores y otras partes interesadas; proteger los activos de la empresa para obtener el máximo valor y evitar la pérdida de activos fundamentales; estudiar la estructura y las funciones de la empresa para examinar la viabilidad y reducir los gastos; no permitir que la empresa se comprometa a concertar determinados tipos de operaciones que podrían ser anuladas a no ser que ello se

justifique debidamente desde el punto de vista empresarial; seguir comerciando en las circunstancias en que resulte apropiado hacerlo, para obtener el máximo valor del negocio en marcha; mantener negociaciones con los acreedores o iniciar otros procedimientos oficiosos, como negociaciones para una reestructuración de carácter voluntario⁹;

b) Iniciar un procedimiento oficial de reorganización o liquidación cuando sea apropiado hacerlo o cuando lo exija la legislación nacional.

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

22. [24] El momento en que podrían nacer las obligaciones examinadas más arriba se ha denominado 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 un período en que existe tal deterioro de la estabilidad financiera de la empresa que la insolvencia se ha vuelto 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. 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] habría de tener en cuenta el tribunal al entender en una demanda por incumplimiento de esas obligaciones.

23. [25] Hay diversas posibilidades para determinar el momento en que pueden nacer las obligaciones de los directores en el período anterior al comienzo del procedimiento de insolvencia y se adoptan distintos criterios. Una posibilidad podría ser el momento en que se presenta una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, y esta podría considerarse la opción que proporciona la mayor certidumbre. Sin embargo, si el régimen de la insolvencia prevé la apertura automática de un procedimiento después de una solicitud, o si el plazo entre la solicitud y la apertura es muy corto (véase la recomendación 18), esta opción surtirá escaso efecto por lo que respecta a alentar a los directores a actuar con prontitud.

24. [26] Otra posibilidad se centra en las obligaciones que nacen cuando una empresa es insolvente de hecho, lo que, en algunos regímenes, puede ocurrir bastante antes de que se presente una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia. Adoptando el enfoque general de la Guía 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 (recomendación 15 a)). Estos criterios, sin embargo, se utilizan cada vez más en los regímenes de la insolvencia como criterios de apertura, y en algunos Estados constituyen la base para imponer a los directores la obligación de solicitar la

⁹ Véase Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, primera parte, capítulo II, párrs. 2 a 18.

apertura de un procedimiento de insolvencia en un plazo especificado, habitualmente bastante corto, después de que la empresa haya pasado a ser insolvente. En consecuencia, también es improbable que esos criterios animen a adoptar las medidas apropiadas lo suficientemente pronto.

25. [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 la insolvencia era inminente y 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. [El fundamento de este criterio es que sea aplicable a los directores que administren de un modo imprudente una empresa que esté atravesando dificultades financieras y proporcionar incentivos para que se adopten las medidas apropiadas en el mejor momento.] Si bien una preocupación que suscita este tipo de criterio es la dificultad de determinar con certeza el momento exacto en que pudiera considerarse que el director tenía ese conocimiento, si las cuentas de la empresa se han llevado adecuadamente y son exactas, el director debería poder entender cuándo se encuentra en dificultades la empresa 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. 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. 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.

Recomendación 3

Finalidad de las disposiciones legislativas

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

Contenido de las disposiciones legislativas

¿Cuándo nacen las obligaciones?

3. [2] La ley relativa a la insolvencia debería especificar que las obligaciones mencionadas en la recomendación 1 nacen en el momento en que la persona mencionada en [de acuerdo con] la recomendación 4 supo, o debería razonablemente haber sabido, que la insolvencia era inminente o inevitable.

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

26. [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 designados oficialmente (que pueden ser externos independientes o ejecutivos o gerentes de la empresa que pueden desempeñar el cargo de directores ejecutivos, denominados “directores internos”) y de personas y entidades no designadas, incluidos terceros que actúen en calidad de directores de facto¹⁰ o virtuales¹¹, así como personas en las que los directores hayan delegado las facultades o los deberes de un director¹².

27. [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,

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² Nota para el Grupo de Trabajo: el texto que figura a continuación puede incluirse en cualquier material que se prepare con respecto a los grupos de empresas o si no, suprimirse — 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.

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, de 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.

28. [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 la administración de la empresa, entre ellas funciones tales como las siguientes¹³: 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 director general y el apoyo a su desempeño; la garantía de la disponibilidad de recursos financieros suficientes; 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.

29. [22] Las obligaciones que se examinan *supra* recaerán en toda persona que sea 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.

Recomendación 4 [3]

Finalidad de las disposiciones legislativas

[La finalidad de las disposiciones es determinar a quiénes deben aplicarse las obligaciones.]

Contenido de las disposiciones legislativas

Personas en quienes recaen las obligaciones

4. [3] La ley relativa a la insolvencia debería especificar la persona en quien recaen las obligaciones, que puede tratarse de un director designado oficialmente o cualquier otra persona que ejerza el control de facto y que ejerza las funciones de un director.

D. Responsabilidad

1. El criterio que ha de cumplirse

30. [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 juzga en función de una serie de criterios para determinar si han incumplido o no esas obligaciones. [24] Normalmente, esas obligaciones solo serían ejecutables una vez que se hubiera iniciado el procedimiento de insolvencia y como consecuencia de

¹³ Esos ejemplos se ofrecen a título informativo y no se enumeran en ningún orden de importancia.

su apertura, y se aplicarían retroactivamente de la misma manera que las disposiciones de anulación (véase el análisis que figura en la segunda parte, cap. II, párrs. 148 a 150 y 152).

31. [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.

32. [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 o realizar la operación que dieron lugar a la insolvencia. Que haya motivos razonables para sospechar la insolvencia exigiría algo más que meras conjeturas, y el director debe tener una aprensión real de que la empresa es insolvente. Este es un umbral más bajo que el hecho de prever o saber que la empresa es insolvente. Con arreglo a este enfoque, el criterio es el de un director de competencia normal que es capaz de tener una comprensión básica de la situación financiera de la empresa, y la evaluación se hace teniendo en cuenta la información que ese director pudo 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 que tenga lugar 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.

33. [38] Algunos regímenes protegen a los directores, por ejemplo mediante la regla del criterio mercantil bien fundado, que 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. [A condición de que actuaran de buena fe, con la diligencia debida y dentro de sus competencias, los directores quedarán exentos de responsabilidad. Para acogerse a esa regla, los directores han de informarse con respecto a las cuestiones sobre las que se ha de decidir adquiriendo y estudiando la información que una persona sensata encontraría convincente en circunstancias similares y apoyándose en ella, y no tener ningún conflicto de intereses con respecto a esas cuestiones.]

34. [37] Otro enfoque se centra en la mala gestión. Los regímenes que adoptan este enfoque pueden exigir 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 con arreglo a esos regímenes 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 información suficiente 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 previsible, y en que la mala gestión del personal por los directores da lugar a malestar y huelgas. En algunos ordenamientos jurídicos que adoptan ese criterio, para determinar que hubo mala gestión no es necesario que el director haya intervenido activamente en la gestión de la empresa; la aquiescencia pasiva puede bastar.

2. El carácter de la responsabilidad

35. [32A] [Para determinar si un director concreto ha incumplido sus obligaciones es necesario examinar sus circunstancias personales. Una vez que se ha determinado el incumplimiento de las obligaciones con arreglo a los requisitos probatorios correspondientes, la responsabilidad puede ser atribuida de varios modos. Con arreglo a un enfoque, la responsabilidad será atribuida a cada director en proporción a su participación concreta en las decisiones o comportamientos examinados, exigiéndose el examen de esa participación en todas las circunstancias.]

36. [32A] [Varios otros regímenes establecen la regla general de que los directores responderán mancomunada y solidariamente por no cumplir esas obligaciones. Así puede ocurrir incluso aunque cada director no sea responsable del cumplimiento de todas las obligaciones correspondientes. Algunos de esos regímenes, no obstante, disponen que el tribunal puede decidir sin embargo la contribución de cada director tomando en consideración los hechos del caso, por ejemplo los diferentes niveles de culpabilidad. El tribunal puede por ejemplo ordenar que uno de los directores asuma el total de la responsabilidad (cuando, por ejemplo, a ese director se le hubieran asignado personalmente obligaciones concretas relacionadas con el perjuicio que se está examinando) u ordenar que un director contribuya en mayor medida cuando, por ejemplo, se haya determinado que la culpabilidad por el daño causado no es equitativa. En un régimen, solo se puede exigir responsabilidad mancomunada y solidaria a los directores si se demuestra que cometieron un fraude o una deshonestidad a sabiendas; en todos los demás casos, la responsabilidad es proporcional a la medida en que las actuaciones del director contribuyeron a las pérdidas de la sociedad. En otro régimen se adopta un enfoque ligeramente diferente en el que el tribunal determina si una persona juzgada responsable debe indemnizar a la empresa, en función de la gravedad de la culpa y la solidez del nexo causal,

pero la cuantía de la indemnización no es necesariamente proporcional al nivel de responsabilidad o de culpa. En algunos regímenes, la cuestión de si la responsabilidad es mancomunada o se atribuye específicamente a los directores responsables de la conducta en cuestión (lo que puede incluir la inacción o no haber velado por que otros directores cumplieren con sus propias obligaciones) depende del acto que origina la responsabilidad.]

Recomendaciones 5 y 6

Finalidad de las disposiciones legislativas

[La finalidad de las disposiciones sobre responsabilidad es:

- a) proporcionar normas para las circunstancias en las que los actos de una persona sujeta a las obligaciones enunciadas en la recomendación 1 que tienen lugar antes de que se inicie el procedimiento de insolvencia pueden ser considerados perjudiciales y por consiguiente, un incumplimiento de esas obligaciones; y
- b) determinar las consecuencias de ese incumplimiento.]

Contenido de las disposiciones legislativas

Responsabilidad

5. [4] La ley relativa a la insolvencia debería especificar que cuando los acreedores han sufrido pérdidas o perjuicios como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la recomendación 1, la persona imbuida de las obligaciones puede ser responsable.

6. [4] La ley relativa a la insolvencia debería estipular que la responsabilidad [por] [derivada del] incumplimiento de las obligaciones de la recomendación 1 está limitada a la medida de las pérdidas y los daños que ha causado el incumplimiento.

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

1. Defensas

37. [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. 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 bien fundado sirva de defensa en relación con algunas de las obligaciones especificadas por la ley, pero no con todas.

38. [39] En algunos regímenes, 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.

39. [32B] Algunos regímenes disponen también que los directores adopten determinadas medidas de procedimiento u oficiales para evitar o reducir su responsabilidad por decisiones o actuaciones que posteriormente se cuestionen, 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 o a otro organismo que disponga la legislación nacional. Se puede considerar que los directores que han estado ausentes en una reunión en que se adoptaron esas 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 plazos después de conocida la decisión en cuestión.

40. [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.

41. [32C] Se puede disminuir la responsabilidad mediante un seguro específico, que puede ser pagado por la empresa a sus directores, o mediante el uso de resarcimientos. [Cuando hay un seguro, los límites principales normalmente son el fraude deliberado y la actuación en provecho propio, con lo que los directores tienen generalmente cubierto el incumplimiento de las obligaciones examinadas salvo que la cobertura del seguro sea inadecuada, como puede ocurrir en la insolvencia.] 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.

2. Recursos

42. [41] Se prevén diferentes recursos y combinaciones de recursos en el derecho civil para el caso de que un director incumpla sus obligaciones. 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. Los daños y perjuicios no suelen tener carácter punitivo. [Varios] [Muchos] 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*

43. [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 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. 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.

44. [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.

45. [44] Cuando los directores son considerados responsables puede especificarse que la cantidad recuperada engrosará la masa de la insolvencia dado que la justificación principal para demandar a los directores es recuperar en forma de indemnización para la masa de la insolvencia parte del valor que se ha perdido por sus actos. Aprovechará así a todos los acreedores, no a algunos en concreto. En algunos regímenes se estipula que, si la sociedad tiene una hipoteca de empresa, indemnización que se obtenga irá en beneficio de los acreedores no garantizados. Cabe sostener en apoyo de ese enfoque que la indemnización no debería beneficiar a los acreedores garantizados, ya que la causa de la acción no 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 indemnizar los daños y perjuicios sufridos por los acreedores. Sin embargo, cuando el régimen de la insolvencia permita que los acreedores demanden a los directores (véase *infra*), estaría justificado sugerir que cualquier indemnización que se haya de pagar se destine, en primer lugar, a cubrir las costas incurridas por el acreedor o los acreedores que iniciaron el procedimiento.

46. [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 obligaciones.

b) *Inhabilitación*

47. [46] Una consecuencia prevista en [varios] [muchos] 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 2 y 15 años si se considera que la persona no es “apta” para actuar como director. Entre los factores que se tienen en cuenta en esa determinación figuran los siguientes: 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.

48. [47] La inhabilitación puede decidirse junto con los demás recursos y sanciones arriba descritos, o bien de forma independiente, cuando la conducta general de una persona como director merezca tal sanción. [Cuando es posible la inhabilitación, las personas facultadas para solicitarla pueden estar limitadas a los organismos u oficiales especificados, el representante de la insolvencia y, en algunos casos, los acreedores.]

3. Partes que pueden entablar una acción

49. [48] Varios regímenes limitan el derecho a entablar acciones contra un director por el incumplimiento de las obligaciones examinadas más arriba en función de la naturaleza de la acción y la persona facultada para ejercerla. Pueden ser de aplicación consideraciones parecidas a las aplicables al ejercicio de las facultades de anulación, que se examinan en la recomendación 87 (véase la segunda parte, capítulo II, párrafos 192 a 195).

50. [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 para obtener 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.

51. [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 interponer una acción subrogatoria (véase la segunda parte, capítulo II, párrs. 192 a 195). [Cuando el resarcimiento por daños y perjuicios corresponderá a la masa de la insolvencia en beneficio de los acreedores, los accionistas tendrán escasa motivación para entablar esa acción. Otros regímenes autorizan únicamente a los acreedores a demandar por determinados tipos de acciones u operaciones, como ejercicio indebido del cargo u operaciones de venta por un valor demasiado bajo.] En otros regímenes, cuando los acreedores no tienen un derecho independiente a interponer una acción, 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.

52. [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 cercano a la insolvencia 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 esa actuación pueda causar a la administración de la masa de la insolvencia.

53. [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 interponga la demanda 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 legislaciones estipulan que las costas de la demanda 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.

54. [50] En los regímenes que imponen a los directores la obligación de abrir un procedimiento de insolvencia, la propia sociedad, sus accionistas y acreedores pueden tener derecho a una indemnización por daños y perjuicios en caso de incumplimiento de esa obligación. Si los directores han efectuado pagos contraviniendo una moratoria que 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. Es conveniente que el régimen de la insolvencia garantice la coordinación de las demandas que puedan iniciar las diferentes partes

55. [Los litigios relacionados con las obligaciones de los directores de una empresa objeto de un procedimiento de insolvencia probablemente serán no solo costosos, sino también lentos y pueden hacer que se demore la conclusión del procedimiento de insolvencia conexo. Si bien esta cuestión rebasa el presente análisis, tal vez mereciera la pena examinarla para reducir los efectos de esos litigios sobre ese procedimiento.]

4. Financiación del procedimiento

56. [51] Una dificultad que podría surgir en las jurisdicciones en que el representante de la insolvencia esté autorizado a entablar una demanda por el incumplimiento de esas obligaciones es la relativa al pago de sus costas en el caso de que 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 la insolvencia no serán suficientes para demandar a un director, aunque sean muchas las posibilidades de éxito.

57. [51] 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. [Se facilitaría la obtención de esa financiación alternativa incluyendo una autorización apropiada en los regímenes de la insolvencia de un modo muy parecido al que se dispone en la recomendación 95 con respecto a la financiación del procedimiento de anulación.] Puede cederse a un tercero, incluso a los acreedores, la facultad de entablar el procedimiento, o el producto 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.

Recomendaciones 7 a 11

Finalidad de las disposiciones legislativas

[La finalidad de las disposiciones sobre la ejecución de las obligaciones es establecer los recursos apropiados contra el incumplimiento de las obligaciones y facilitar la interposición y la sustanciación de las demandas para obtener indemnización por ese incumplimiento.]

Contenido de las disposiciones legislativas

Elementos de la responsabilidad y excepciones

7. [5] La ley relativa a la insolvencia debería especificar los elementos que habrán de probarse a fin de establecer el incumplimiento de las obligaciones enunciadas en la recomendación 1, y que esta ha provocado una pérdida o daño a los acreedores; a qué parte corresponde la carga de esa prueba; y las posibles excepciones que podrán oponerse a una alegación de incumplimiento de las obligaciones. Una de las excepciones que se pueden oponer es que la persona imbuida de las obligaciones ha adoptado medidas razonables del tipo de las mencionadas en la recomendación 2.

Recursos

8. [6] La ley relativa a la insolvencia debería especificar que los recursos oponibles cuando el tribunal determine que existe responsabilidad por un incumplimiento de la obligación enunciada en la recomendación 1 deberían incluir el pago completo a la masa de la insolvencia de todo resarcimiento por daños y perjuicios fijado por el tribunal [como indemnización por ese incumplimiento]. La falta de pago de la totalidad de esos daños debería limitar el ejercicio de compensación de la persona imbuida de la obligación con respecto a toda deuda que la empresa tenga con esa persona mientras no se haya efectuado el pago en su totalidad.

Sustanciación de la demanda por incumplimiento de la obligación

9. [7] La ley relativa a la insolvencia debería especificar que la causa de la acción por la pérdida o perjuicio sufrido como resultado del incumplimiento de las obligaciones enunciadas en la recomendación 1 corresponde a la masa de la insolvencia y el representante de la insolvencia es el principal responsable de interponer una demanda por incumplimiento de dichas obligaciones. La ley relativa a la insolvencia podrá también permitir a un acreedor o a cualquier otra parte interesada interponer esa demanda con el consentimiento del representante de la insolvencia. En caso de haberse denegado ese consentimiento, el acreedor o una otra parte interesada podrán solicitar autorización judicial para interponer dicha demanda.

Financiación de las demandas por incumplimiento de la obligación

10. [8] La ley relativa a la insolvencia debería especificar que las costas de la demanda contra la persona imbuida de las obligaciones se abonarán como gastos de administración de la masa.

11. [9] La ley relativa a la insolvencia podrá prever otras formas de regular la sustanciación y financiación de esas demandas.

Medidas adicionales

[12. [10] Para desalentar todo comportamiento que pueda dar lugar a la responsabilidad según lo dispuesto en la recomendación 5, la ley relativa a la insolvencia podrá incluir otros recursos¹⁴ además del pago [de un resarcimiento] [por daños y perjuicios] previsto en la recomendación 8.]

[¹⁴ Los recursos adicionales de que se podrá disponer dependerán de los tipos de recursos que haya disponibles en una determinada jurisdicción y de lo que, además del pago del resarcimiento, resulte proporcional al comportamiento en cuestión y apropiado en las circunstancias del caso concreto. Se examinan ejemplos de esos recursos en los párrafos --- [del comentario].]