



Asamblea General

Distr. limitada
13 de abril de 2010
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
38º período de sesiones
Nueva York, 19 a 23 de abril de 2010

Régimen de la insolvencia: posible labor futura

Adición

Propuesta de la delegación del Reino Unido sobre la elaboración de directrices aplicables a las responsabilidades y obligaciones de los directores y ejecutivos en situaciones de insolvencia y de preinsolvencia (inclusive en la etapa previa a la apertura de procedimientos formales de insolvencia, cuando la empresa se encuentre en la “zona gris”)*

[Los antecedentes de esta propuesta figuran en el documento presentado al Grupo de Trabajo en su 38º período de sesiones por el International Insolvency Institute (A/CN.9/582/Add.6)]

1. Con la elaboración de la Ley Modelo y de la Guía Legislativa, la CNUDMI ha establecido un marco moderno, armonizado y equitativo para regular con eficacia los casos de insolvencia transfronteriza, respetando al mismo tiempo las diferencias entre los derechos internos. Como complemento de esta labor, la delegación del Reino Unido recomienda al Grupo de Trabajo V que, en su labor futura, estudie y prepare directrices aplicables a las responsabilidades y obligaciones de los directores y ejecutivos de empresas que se encuentren en situaciones de insolvencia y de preinsolvencia.
2. La Ley Modelo se basa en una serie de principios fundamentales, como la administración justa y eficaz de las insolvencias transfronterizas para proteger los intereses de todos los acreedores y de otras partes interesadas, inclusive los del deudor, así como para preservar e incrementar al máximo el valor de los bienes del deudor. A fin de contribuir a que se apliquen estos principios, el Reino Unido

* Este documento se ha presentado lo antes posible tras la recepción de la propuesta.



considera importante establecer unas directrices aplicables a las responsabilidades de los directores y ejecutivos cuando una empresa se declare insolvente o esté al borde de la insolvencia. Con esas directrices se mejoraría la aplicación de la Ley Modelo y de la Guía Legislativa al establecerse lo que deberían ser los principios de la actuación de los directores y ejecutivos en el desempeño de sus funciones y las sanciones que los Estados podrían prever cuando los directores o ejecutivos incumplieran esas funciones.

3. El Reino Unido reconoce que esas directrices tendrían que ser básicas y concebirse con criterios amplios. Los directores y ejecutivos de las empresas ya estarán sujetos a muy diversas leyes que regulen sus deberes individuales y colectivos, y será necesario que las directrices sobre el modo en que las obligaciones de los directores o ejecutivos se verán afectadas cuando una empresa esté al borde de la insolvencia complementen las leyes preexistentes o las políticas seguidas al respecto. Del mismo modo, las directrices no deberían repercutir negativamente en la libertad de los directores y ejecutivos para desempeñar sus funciones y actuar debidamente conforme a su criterio ni desalentar la actividad empresarial. Las directrices deberían promover una conducta responsable de los directores y ejecutivos sin desalentar la adopción de medidas arriesgadas o encaminadas a proporcionar nueva financiación a las empresas que puedan caer en la insolvencia o a reestructurarlas.

I. Características de las directrices propuestas

4. Conforme se expuso en la propuesta del *International Insolvency Institute* (A/CN.9/582/Add.6), las directrices deberían contener orientaciones sobre diversas cuestiones que los Estados pudieran hacer suyas o modificar en función de las circunstancias. A continuación se enumeran aspectos que podrían ser el punto de partida para la labor del Grupo de Trabajo V, si bien la enumeración no pretende ser exhaustiva.

A. Directores y ejecutivos

5. Las definiciones de director y de ejecutivo son factores importantes para determinar a las personas o a los grupos de personas a los que van destinadas las orientaciones. Las directrices deberían ser lo suficientemente amplias para abarcar a los muy diversos cargos y entidades oficiales y oficiosos que controlan una empresa.

B. Obligaciones y responsabilidades de los directores y ejecutivos

6. En sus derechos internos o reglamentaciones, muchos Estados Miembros harán algún tipo de referencia a las normas aplicables a los directores y ejecutivos y a sus obligaciones. Por ejemplo, en el Reino Unido las obligaciones generales de los directores vienen enunciadas en la *Companies Act* de 2006, en que se dispone que todo directivo deberá ejercer su cargo con la precaución, la competencia y la diligencia de rigor. Los principios comunes de una actuación basada en la confianza son el deber de diligencia y el de actuar de buena fe para promover la prosperidad de la empresa (en la mayoría de los casos, en beneficio de sus integrantes). Pero en

la legislación del Reino Unido, ese deber está subordinado a reglas de derecho conforme a las cuales los directores deberán, en determinadas circunstancias, tener en cuenta o salvaguardar los intereses de los acreedores de la empresa. Ante todo, el deber fiduciario de todo director o ejecutivo de una empresa insolvente es el de velar por los intereses de los acreedores de la empresa. Cuando una empresa está al borde de la insolvencia, los intereses de sus integrantes se ven cada vez más desplazados por los de los acreedores. En el Reino Unido se tiene en cuenta este factor declarando ilegales las medidas que adopte un directivo cuando la empresa ya sea insolvente, por ejemplo, mediante las disposiciones sobre el comercio ilícito que prevé la *Insolvency Act* de 1986. El Reino Unido considera que la elaboración de directrices sobre los deberes fiduciarios será sumamente beneficiosa para los Estados.

C. El período de insolvencia inminente

1. La “zona gris”

7. Como se ha dicho antes, las obligaciones de un director o ejecutivo de una empresa se ven afectadas por la insolvencia de la empresa o por su insolvencia inminente. *INSOL International* ha preparado informes al respecto en que ese período se denomina “la zona gris”. Las directrices deberían describir la conducta y la actuación de un director o ejecutivo en ese período de subsistencia, y sería útil que en ellas se determinara el momento en que empieza ese período.

8. La determinación del momento en que empieza el período depende de numerosas variables, entre ellas la naturaleza y las circunstancias de la empresa y las competencias y conocimientos de sus directores y ejecutivos. Un criterio básico podría ser el momento en el que el director o ejecutivo supiera, o debiera haber sabido, que la empresa era insolvente o que probablemente caería en la insolvencia. Se plantea además la cuestión de determinar el momento en que una empresa pasa a ser insolvente. Según la legislación del Reino Unido, hay insolvencia a partir del momento en que una empresa no puede pagar sus deudas en la fecha de su vencimiento o cuando su pasivo es superior al valor de su patrimonio. Ambos criterios son subjetivos y requieren un análisis más detenido de las circunstancias y del contexto.

2. Insolvencia formal

9. Resulta más fácil determinar el momento en que termina el período de “zona gris” y en que comienza la insolvencia formal. Esta cuestión ya se regula en la Guía Legislativa.

10. Además, la Guía reglamenta las obligaciones de los directores y ejecutivos de empresas en situaciones de insolvencia en sus recomendaciones 108 a 114, remitiendo a las obligaciones del deudor (110) de cooperar con el representante de la insolvencia y prestarle asistencia, además de la imposición de sanciones al deudor en caso de incumplimiento (114).

D. Conducta indebida de directores y ejecutivos

11. Sería útil que en las directrices se trataran los tipos de conducta indebida más frecuentes de los directores o ejecutivos de empresas insolventes. Detallando estos tipos de conducta indebida, las directrices podrían enunciar eficazmente una serie de normas que sirvieran de criterio para juzgar la actuación de los directores o ejecutivos. En el informe del Banco Mundial titulado “Principios para Sistemas Eficaces de Insolvencia y Derechos de los Acreedores” (*Principles for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*) se recomienda que como mínimo, las normas deberían regular la conducta basada en el conocimiento de las consecuencias adversas para los acreedores o del hecho de hacer caso omiso temerariamente de tales consecuencias.

12. Sugerimos que, al elaborar las directrices, el Grupo de Trabajo V empiece tal vez por tratar las siguientes cuestiones:

a) El comercio fraudulento: situación que se da cuando un director o ejecutivo ha obrado de mala fe o temerariamente en la gestión de una empresa que ha pasado a ser insolvente, prosiguiendo los negocios con el objetivo de defraudar a los acreedores o con un fin fraudulento;

b) Las operaciones para defraudar a los acreedores, es decir, las realizadas por un director o ejecutivo de una empresa que ha motivado fraudulentamente la transferencia o enajenación de bienes de la empresa;

c) El comercio ilícito, es decir, la situación en que un director o ejecutivo debiera haber sabido que la insolvencia era ineludible y no ha adoptado medidas razonables para reducir al mínimo las pérdidas ocasionables a los acreedores;

d) Incumplimiento de deber/dejación con perjuicio: situación en que un director o ejecutivo ha malversado o ha retenido dinero o bienes de la empresa o en que, a raíz de una dejación o violación de un deber, fiduciario o de otra índole, ha causado la asignación incorrecta de bienes o pérdidas a la empresa;

e) Conducta indebida con el dinero o los bienes de la empresa: situación en que un director o ejecutivo ha ocasionado o permitido una preferencia o una operación infravalorada en detrimento de los acreedores;

f) El incumplimiento de las obligaciones legislativas de un director o ejecutivo;

g) La conducta indebida con los expedientes de la empresa: la falsificación o el hecho de no haber preservado o entregado expedientes de la empresa;

h) El impago de impuestos.

13. Además, entre las cuestiones relacionadas con la conducta posterior a la insolvencia cabría incluir también:

i) La reutilización del nombre de la empresa: situación en que un director o ejecutivo de una empresa insolvente reutiliza el nombre de la empresa sin la debida autorización o exoneración;

j) El hecho de que un director o ejecutivo actúe cuando lo tenga prohibido.

E. Actos delictivos, responsabilidad personal e inhabilitación

14. Cuando un director o ejecutivo de una empresa insolvente o que está al borde de la insolvencia haya cometido un acto de fraude o haya realizado actividades comerciales fraudulentas, es probable que la legislación del Estado prevea disposiciones adecuadas para sancionar tales actos. En el Reino Unido, en algunos ámbitos del régimen de la insolvencia, el titular de la oficina de la insolvencia está obligado por ley a dar aviso a la fiscalía del Estado. Con ello, el director o ejecutivo responsable puede incurrir en responsabilidad personal y muchas veces hay una superposición del delito demostrado con la responsabilidad personal del director o ejecutivo. Del mismo modo, cuando un director o ejecutivo no haya adoptado medidas razonables para limitar las pérdidas ocasionadas a los acreedores, podrá pedírsele que haga una contribución a los bienes de la empresa insolvente. No obstante, en las directrices que se elaboren sobre la responsabilidad de los directores y ejecutivos debería adoptarse un criterio de equilibrio. Las empresas que están al borde de la insolvencia necesitan una sólida gestión, ya que muchas veces deben adoptarse decisiones difíciles. Los directores que temen las posibles repercusiones de tales decisiones empresariales pueden optar por cerrar prematuramente la empresa, en vez de tratar de sortear las dificultades. En las directrices podría tratarse de dar orientación a los Estados sobre las circunstancias que pudieran hacer incurrir a los directores en responsabilidad personal, reconociendo al mismo tiempo las dificultades y las amenazas para la gestión empresarial que pudieran derivarse de la imposición de reglas excesivamente estrictas.

15. El Grupo de Trabajo tal vez podría examinar también el tema de la inhabilitación de los directores cuando pueda defenderse a la empresa de un director incompetente destituyéndolo de su cargo o impidiendo que participe en la gestión de la empresa durante cierto tiempo. En el Reino Unido, la *Company Directors Disqualification Act 1986* permite inhabilitar a directores por períodos de dos a 15 años cuando se demuestre su inaptitud para el cargo. La inhabilitación puede decidirse junto con otras sanciones y con el cargo de responsabilidad personal que se han descrito o puede decidirse de forma independiente cuando la conducta general de una persona como director o ejecutivo merezca tal sanción. En el marco de esta labor, también puede ser apropiado que el Grupo de Trabajo examine la cuestión del reconocimiento de las sanciones de inhabilitación entre ordenamientos estatales, como el que ya prevé la legislación australiana.

II. Propuesta

16. Por consiguiente, esta delegación propone que:

El Grupo de Trabajo V se plantee la posibilidad de recomendar que la Comisión estudie este tipo de propuesta en su siguiente período de sesiones con miras a encomendar al Grupo de Trabajo V la elaboración de directrices sobre las responsabilidades y obligaciones de los directores y ejecutivos en situaciones de insolvencia, inclusive en la etapa previa a la apertura de procedimientos formales de insolvencia.

17. Agradeceremos que el Grupo de Trabajo tenga a bien examinar esta propuesta.