



# Asamblea General

Distr. limitada  
9 de agosto de 2011  
Español  
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para  
el Derecho Mercantil Internacional**  
**Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)**  
**40º período de sesiones**  
Viena, 31 de octubre a 4 de noviembre de 2011

## Régimen de la insolvencia

### Responsabilidades y obligaciones de los directores y ejecutivos en situaciones de insolvencia y preinsolvencia

#### Nota de la Secretaría

## Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción. . . . .	1-4	2
I. La labor que ha de realizarse . . . . .	5-11	2
A. Forma de los posibles principios o directrices . . . . .	8-10	3
B. Cuestiones que deben abordarse . . . . .	11	4
II. Determinación de las personas que habrán de asumir los deberes . . . . .	12-14	4
A. Titulares oficiales de todo cargo directivo como punto de partida . . . . .	13	5
B. Personas adicionales . . . . .	14	5
III. Determinación del momento en que nacen los deberes . . . . .	15-16	5
IV. Determinación de las personas beneficiarias de esos deberes . . . . .	17-19	6
V. Naturaleza de los deberes o de los tipos de conducta indebida . . . . .	20	6
VI. Determinación de los recursos ejercitables . . . . .	21-22	6
VII. Cuestiones transfronterizas . . . . .	23	7



## Introducción

1. En su 43º período de sesiones (2010), la Comisión tuvo a su disposición una serie de propuestas sobre la labor futura en relación con el régimen de la insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.93 y Add.1 a Add.6 y A/CN.9/582/Add.6). Esas propuestas se debatieron en el 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo V (véase A/CN.9/691, párrs. 99 a 107); en la misma ocasión se formuló una recomendación destinada a la Comisión sobre temas que cabría tratar (A/CN.9/691, párr. 104). En otro documento (A/CN.9/709), presentado después de ese período de sesiones del Grupo de Trabajo V, se expuso material para complementar la propuesta de Suiza enunciada en el documento A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5.

2. Tras deliberar, la Comisión hizo suya la recomendación del Grupo de Trabajo V, que figura en el párrafo 104 del documento A/CN.9/691, de que se empezaran a tratar dos temas relacionados con la insolvencia que tenían importancia en la actualidad y que permitirían lograr certeza y previsibilidad si se armonizaban más las reglamentaciones pertinentes de los distintos Estados.

3. El objeto de la presente nota es el segundo tema, propuesto por el Reino Unido (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4), INSOL International (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3) y el International Insolvency Institute (A/CN.9/582/Add.6), relativo a las responsabilidades y obligaciones de los directores y ejecutivos de una empresa en casos de insolvencia y de preinsolvencia<sup>1</sup>. En vista de las preocupaciones planteadas durante las extensas deliberaciones, la Comisión convino en que el punto central de la labor sobre ese tema fuera únicamente las responsabilidades y obligaciones que nacieran en el contexto de la insolvencia, y que no se pretendía regular aspectos de responsabilidad penal ni cuestiones fundamentales propias del derecho de sociedades.

4. El presente documento se basa en el documento preparado para el 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.V/WP.96). Se destacan en él las conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo en su 39º período de sesiones (véase A/CN.9/715) y se plantean cuestiones suplementarias que habrán de examinarse.

## I. La labor que ha de realizarse

5. En el párrafo 15 del documento A/CN.9/WG.V/WP.96, se observaban las dificultades que entrañaba armonizar las legislaciones en materia de responsabilidades y obligaciones de los directores en el contexto de la insolvencia. El Grupo de Trabajo reconoció esas dificultades y determinó que era necesario, al examinar el tema, evitar adentrarse indebidamente en el campo del derecho de sociedades, del derecho penal o de otras ramas del derecho civil (A/CN.9/715, párr. 66). El Grupo de Trabajo convino, sin embargo, en que sería apropiado dar orientaciones acerca de este tema (A/CN.9/715, párr. 67). Se trataría así de garantizar que cuando una empresa estuviera al borde de la insolvencia, los directores tuvieran los incentivos necesarios para adoptar oportunamente las medidas que procediera adoptar a fin de conservar su valor, en lugar de limitarse a

---

<sup>1</sup> El primer tema, relativo al centro de los principales intereses y cuestiones conexas se examina en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.95 y Add. 1 y A/CN.9/WG.V/WP.99.

esperar la apertura del procedimiento de insolvencia. Esos incentivos se complementarían con sanciones, incluso de responsabilidad personal, que fueran aplicables de no adoptarse esas medidas.

6. Las propuestas a las que responde el documento A/CN.9/WG.V/WP.96 sugieren que debería ser posible precisar, a partir de regímenes de la insolvencia eficaces, principios básicos o directrices en los que deberían plasmarse los deberes de los directores y ejecutivos en situaciones de insolvencia. El Grupo de Trabajo observó (A/CN.9/715, párr. 62) que habría que dar orientaciones de carácter más descriptivo que normativo o preceptivo y que, al formularse principios, no deberían regularse cuestiones regidas por el derecho de sociedades.

7. Entre las cuestiones que se han de examinar, cabría incluir: la forma que adoptarían cualesquiera principios o directrices y los temas que esos principios o directrices abordarían.

## **A. Forma de los posibles principios o directrices**

8. Al examinar la forma que revestirían esos principios y directrices, el Grupo de Trabajo tal vez desee recordar el criterio adoptado en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (la Guía Legislativa) de examinar en el comentario con cierto detalle muchas de las cuestiones pertinentes para la elaboración de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente y luego formular, según el caso, un conjunto de recomendaciones legislativas sobre los aspectos más importantes de esas cuestiones. En las recomendaciones no se abordan todas las cuestiones examinadas en el comentario. En un plano general, un comentario sobre los deberes de los directores daría orientación a los Estados sobre las circunstancias en que los directores podrían incurrir en responsabilidad personal y, al mismo tiempo, debería reconocer los escollos y amenazas para el espíritu de empresa que podrían surgir de unas normas que fueran draconianas. Como observó el Grupo de Trabajo (A/CN.9/715, párr. 108), sería primordial fomentar una actuación adecuada y, al mismo tiempo, evitar que se caiga prematuramente en la insolvencia.

9. En cuanto al alcance de las directrices o los principios mismos, el Grupo de Trabajo tal vez desee recordar la diversidad de criterios adoptados en la Guía Legislativa, a saber, con recomendaciones generales que señalan un tema que ha de abordarse en el régimen de la insolvencia o bien con recomendaciones específicas que regulan de forma detallada el modo en que el régimen de la insolvencia debe tratar una cuestión particular. Los principios o directrices sobre los deberes de los directores podrían seguir el primer criterio, más general, señalando la cuestión que habría de abordarse y la forma general en que cabría tratarla, mencionándose, en su caso, otras opciones. En un comentario adjunto se podría ofrecer, con un enfoque similar al de la Guía Legislativa, información de antecedentes y datos más detallados sobre una determinada cuestión.

10. Tal criterio sería similar al adoptado en los Principios de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), como se observó en el párrafo 15 del documento A/CN.9/WG.V/WP.96, y podría servir de base para la elaboración de los principios o directrices. El texto decía lo siguiente:

“No existe un modelo único de gobierno corporativo. No obstante, el trabajo realizado [...] ha servido para identificar algunos elementos comunes que subyacen al buen gobierno corporativo. Los Principios toman estos elementos como referencia, y han sido formulados para que abarquen los diferentes modelos que existen.

Los Principios tienen un carácter no vinculante y no pretenden la incorporación de disposiciones detalladas en las legislaciones nacionales. Más bien, lo que pretenden es identificar objetivos y plantear diversos medios para alcanzarlos. Su propósito es servir como punto de referencia. Los responsables políticos pueden emplearlos a la hora de examinar y desarrollar unos marcos legales y reglamentarios en materia de gobierno corporativo que reflejen su propio entorno económico, social, legal y cultural, y los agentes del mercado, a la hora de desarrollar sus propias prácticas”<sup>2</sup>.

## **B. Cuestiones que deben abordarse**

11. En los principios o directrices cabría abordar las siguientes cuestiones:
  - a) Determinación de las personas que habrán de asumir los deberes;
  - b) Determinación del momento en que nacen los deberes;
  - c) Determinación de las personas beneficiarias de esos deberes;
  - d) Naturaleza de los deberes o de los tipos de conducta indebida;
  - e) Determinación de los recursos ejercitables;
  - f) Cuestiones transfronterizas.

## **II. Determinación de las personas que habrán de asumir los deberes**

12. El Grupo de Trabajo convino en que, como punto de partida, procedería incluir a los titulares oficiales de todo cargo directivo, ya se tratara de personas naturales o jurídicas. En lo que respecta a personas adicionales, como titulares de facto o suplentes de un cargo directivo y personas diversas que ejercieran influencia (se determinaron varias posibilidades), se convino en que se habría de atender a la finalidad del acto de gestión impugnado, en lugar de utilizar expresiones como “titular de facto de un cargo directivo” o “titular suplente de un cargo directivo” (A/CN.9/715, párr. 69). El Grupo de Trabajo convino en que era necesario examinar más en detalle si procedía ampliar esta categoría de personas eventualmente responsables más allá de los titulares de cargos directivos y abarcar a otras personas que ejercieran influencia (A/CN.9/715, párr. 72).

---

<sup>2</sup> Principios de la OCDE, págs. 13 y 14.

## **A. Titulares oficiales de todo cargo directivo como punto de partida**

13. Habida cuenta de lo que antecede, el punto de partida de cualesquiera principios o directrices sobre esta cuestión podría ser que han de asumir los deberes los titulares oficiales de todo cargo directivo, ya se trate de personas naturales o jurídicas. Los principios pueden ofrecer una declaración general a tal efecto o, en lugar de ello, un criterio similar al seguido por los Principios de la OCDE, de que asumen los deberes los miembros oficialmente nombrados de cualquier órgano encargado de las funciones de dirigir la empresa y supervisar la gestión. Si fuera necesario dar ejemplos de esas funciones, se podría hacer referencia a otros textos, como los Principios de la OCDE, en los que las funciones se describen más en detalle.

## **B. Personas adicionales**

14. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de si las personas adicionales habrían de entrar o no en el ámbito de los principios que se adoptaran sobre la base del debate reseñado en los párrafos 19 a 23 del documento A/CN.9/WG.V/WP.96 y de las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo en su 39º período de sesiones (A/CN.9/715, párrs. 69 a 71). La cuestión podría tratarse, por ejemplo, señalando en el comentario, y no en una declaración de principio, las otras clases de personas que también podrían tener que asumir los deberes basándose, por ejemplo, en los párrafos 19 a 21 del documento A/CN.9/WG.V/WP.96.

## **III. Determinación del momento en que nacen los deberes**

15. El Grupo de Trabajo convino en que los deberes nacerían cuando el deudor fuera insolvente o su insolvencia fuera inminente, situación que se ha llamado “la proximidad de la insolvencia”, aun cuando esas obligaciones fueran únicamente exigibles una vez que se hubiera abierto el procedimiento de insolvencia. Se observó que el momento en que nacían los deberes debería ser el momento en que el personal directivo debería haber sabido que no quedaba ninguna posibilidad razonable de evitar la insolvencia (A/CN.9/715, párr. 81).

16. Habida cuenta de que el acuerdo del Grupo de Trabajo reconoce que los deberes pueden nacer antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, es necesario definir cuál es ese momento, posiblemente remitiendo al requisito de “insolvencia”. La Guía Legislativa, por ejemplo, los párrafos 23 a 30 del primer capítulo de la segunda parte, y las recomendaciones 15 y 16, donde se abordan los criterios que rigen la apertura de un procedimiento de insolvencia, incluida la insolvencia inminente, pueden servir de base para tratar más a fondo la cuestión (véase también A/CN.9/WG.V/WP.96, párrs. 49 a 53).

#### **IV. Determinación de las personas beneficiarias de esos deberes**

17. El Grupo de Trabajo planteó varias cuestiones: la importancia del momento en que debía cumplirse el deber (por ejemplo, al inicio de la insolvencia o después de la apertura del procedimiento de insolvencia); si el deber debería beneficiar al conjunto de los acreedores o a la masa de la insolvencia en sí (enfoque que, según se afirma, está en consonancia con la Guía Legislativa y que implicaría un enfoque práctico basado en la determinación de toda categoría eventual de beneficiarios de las sumas recuperadas para la masa); y la forma en que se abordaría la cuestión en el contexto de los grupos de empresas.

18. La decisión señalada en el apartado III *supra* con respecto al momento en que nace el deber da a entender que las personas beneficiarias del deber podrían rebasar el marco de la masa de la insolvencia en sí, puesto que tal masa únicamente quedaría constituida al abrirse el procedimiento de insolvencia. No obstante, si los deberes únicamente son exigibles tras la apertura del procedimiento, la masa de la insolvencia podría ser el beneficiario pertinente y el representante de la insolvencia sería la persona que con mayor probabilidad haría cumplir esos deberes. Las diversas opciones se analizan en el párrafo 33 del documento A/CN.9/WG.V/WP.96.

19. El Grupo de Trabajo convino en proseguir sus deliberaciones en un futuro período de sesiones sobre la base de las deliberaciones mantenidas en su 39º período de sesiones (A/CN.9/715, párrs. 73 a 79).

#### **V. Naturaleza de los deberes o de los tipos de conducta indebida**

20. El Grupo de Trabajo convino en que en sus deliberaciones futuras procedería a determinar las medidas que habrían de adoptarse en cumplimiento del deber en lo que respecta al comercio en fraude de los acreedores (A/CN.9/715, párr. 91). En los párrafos 58 a 60 del documento A/CN.9/WG.V/WP.96 figura una introducción a la legislación en materia de comercio en fraude de los acreedores.

#### **VI. Determinación de los recursos ejercitables**

21. Se convino en general en que el derecho a ejercitar el deber pertinente correspondería en principio al representante de la insolvencia (A/CN.9/715, párr. 97); y que las disposiciones sobre la insolvencia deberían respetar los derechos reconocidos por otras normas legales (de derecho civil, empresarial o relativas a la responsabilidad extracontractual de las partes) (A/CN.9/715, párr. 98).

22. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si, habida cuenta de su conclusión con respecto al momento en que pueden hacerse cumplir los deberes y con respecto a los derechos de otros a ejercitar una acción en caso de incumplimiento, en cualquier orientación que se diera habría que determinar qué otras partes podrían gozar del derecho a ejercitar una acción en caso de incumplimiento si se diera la situación de que, por ejemplo, el representante de la insolvencia no lo hiciera. Tal vez también desee estudiar si en dicha orientación deberían abordarse cuestiones

como el pago de las costas en caso de que el representante de la insolvencia sí ejercitara tal recurso, pero fuera desestimado.

## **VII. Cuestiones transfronterizas**

23. El Grupo de Trabajo convino en examinar en un futuro período de sesiones varias cuestiones planteadas (la ley aplicable, el acceso a un tribunal extranjero y si las excepciones oponibles ante los tribunales de un país serían ejercitables en otros países (A/CN.9/715, párr. 109).

---