



Asamblea General

Distr. limitada
24 de septiembre de 2002
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
27º periodo de sesiones
Viena, 9 a 13 de diciembre de 2002

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Nota de la Secretaría

Índice

[La introducción y la primera parte del proyecto de guía figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.63; el capítulo I de la segunda parte, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 y Add.2; y el capítulo II.A y B, en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 y Add.4; el capítulo III.A a F figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 a 9; y el capítulo IV C y D, y los capítulos V a VII figuran en adiciones subsiguientes]

	Párrafos	Página
Segunda parte (continuación)		
IV. Participantes e instituciones.		2
A. El deudor.	203-230	2
1. Introducción.	203	2
2. Curso ininterrumpido del negocio del deudor.	204-216	3
3. Derechos del deudor.	217-219	7
4. Obligaciones del deudor.	220-229	8
5. Responsabilidad del deudor.	230	11
Recomendaciones.	(89)-(95)	11
B. El representante de la insolvencia.	231-259	14
1. Introducción.	231-232	14



	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
2. Condiciones que ha de reunir el representante de la insolvencia	233-238	14
3. Selección y nombramiento del representante de la insolvencia	239-241	16
4. Deberes y funciones del representante de la insolvencia	242-243	17
5. Confidencialidad	244	18
6. Remuneración del representante de la insolvencia	245-251	19
7. Deber de diligencia [Responsabilidad].	252-254	21
8. Agentes del representante de la insolvencia	255-257	22
9. Destitución del representante de la insolvencia.	258	23
10. Sustitución del representante de la insolvencia.	259	23
Recomendaciones	(96)-(105)	23

Los números de párrafos que figuran entre corchetes remiten al número del respectivo párrafo del documento A/CN.9/WG.V/WP.58, que es la versión anterior del texto de la Guía.

Los números de recomendaciones que figuran entre corchetes remiten a la versión anterior de dichas recomendaciones que figura en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.61 y Add.1. Todo texto que se haya añadido a las recomendaciones aparece subrayado en el presente documento.

Segunda parte (continuación)

IV. Participantes e instituciones

A. El deudor

1. Introducción

203. El régimen de la insolvencia sigue diversos criterios respecto de la función que cabe atribuir al deudor en el procedimiento de insolvencia tras su apertura, y establece habitualmente una distinción según que el procedimiento sea de liquidación o de reorganización. En supuestos en los que el negocio ha de proseguirse (para la reorganización de la empresa, o en un supuesto de liquidación, para su venta como negocio en marcha) suele ser más necesario que el deudor intervenga de alguna forma en su gestión. El deudor deberá asimismo ayudar al representante de la insolvencia en el ejercicio de sus propias funciones y deberá facilitar información sobre el negocio al tribunal o al representante de la insolvencia. El deudor retendrá asimismo algún derecho respecto del curso eventual

del procedimiento. A fin de asegurar la buena marcha del procedimiento y de que las partes sepan a qué atenerse, sería conveniente que el régimen de la insolvencia defina el alcance de los derechos y de las obligaciones del deudor.

2. Curso ininterrumpido del negocio del deudor

a) Liquidación

204. [152] Una vez iniciado el procedimiento de liquidación la conservación de la masa o patrimonio del deudor requerirá la introducción de un juego muy completo de medidas para proteger la masa no sólo contra toda actuación de los acreedores (ver segunda parte, capítulo III.B), sino también del propio deudor o del personal gerente y de los propietarios de la empresa¹. Por esta razón, muchos regímenes de la insolvencia privan al deudor de todo derecho a controlar los bienes y a administrar y explotar el negocio en liquidación, y nombran un representante de la insolvencia para que asuma toda función de la que el deudor haya sido privado. Además de la facultad de explotar y disponer de los bienes, cabe citar el derecho a presentar y defender acciones judiciales en nombre de la masa y a cobrar todo pago destinado al deudor. Tras la apertura de un procedimiento de liquidación, [153] toda operación relativa a bienes de la masa o a su transferencia que no haya sido autorizada por el representante de la insolvencia, por el tribunal o por los acreedores en general (de ser ello requerido) será nula (o impugnabile), y todo bien que se haya transferido (o su valor) será recuperable en provecho de la masa (ver Segunda Parte, capítulo III.D.7, III.E.8).

205. [153] En supuestos en que se determine que el medio más eficaz para liquidar la masa es vender la empresa como negocio en marcha, algunos regímenes disponen que el representante de la insolvencia deberá supervisar y controlar globalmente el negocio, pero dejando margen para que el deudor pueda mejorar el valor de la masa y facilitar la venta de ciertos bienes, manteniéndose para ello en funciones y asesorando al representante de la insolvencia. Aboga en favor de este enfoque la conveniencia de aprovechar el conocimiento que el deudor tenga del negocio y del mercado o ramo comercial de que se trate, así como de su clientela y proveedores, y del trato que haya mantenido con sus acreedores. Según el grado de control que haya de ejercer sobre las actividades del deudor, el representante de la insolvencia tal vez sea responsable de todo acto indebido del deudor durante el período en que haya actuado bajo su control (ver segunda parte, capítulo IV.B.7).

b) Reorganización

206. [154] En supuestos de reorganización, no existe ningún criterio universalmente aplicable sobre si se debe o no privar al deudor del control de la empresa y, en supuestos en los que se le prive en parte de ese control, sobre cuál será la función

¹ Dado que el régimen de la insolvencia será aplicable a diversos tipos de negocios, ya sean comerciantes individuales, sociedades colectivas o alguna modalidad de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, el supuesto de un funcionamiento ininterrumpido del negocio del deudor suscita cuestiones respecto de la función que cabe encomendar al personal gerente o a los propietarios de la empresa deudora en las circunstancias del caso. La Guía se refiere, para mayor sencillez, únicamente al “deudor” en supuestos en los que hubiera sido más procedente hablar del personal directivo o de los propietarios de la empresa deudora.

que convendría asignarle. Esa función puede depender en gran medida de que el deudor actúe de buena fe durante el proceso de reorganización; de no obrar así, cabe cuestionar la utilidad de mantenerlo en funciones. La solución pudiera depender de que el deudor haya recurrido voluntariamente al procedimiento o de que el procedimiento le haya sido impuesto por los acreedores, en cuyo caso cabe que el deudor se muestre poco cooperativo o incluso hostil.

i) Ventajas e inconvenientes de que el deudor siga en funciones

207. El mantener al deudor en funciones puede reportar ciertas ventajas. [154] En muchos casos, el deudor dispondrá de un conocimiento directo e íntimo de su negocio y del ramo en el que opere su empresa. Este conocimiento puede ser particularmente importante en negocios individuales o en sociedades formadas por pocos socios donde tal vez proceda, en aras de la continuidad comercial, que el deudor siga ejerciendo alguna función en la resolución de cuestiones de limitado alcance y propias del giro normal del negocio. Puede también ayudar al representante de la insolvencia a asumir sus funciones con un conocimiento más cabal y directo del negocio del deudor. Por razones similares, el deudor suele estar en excelentes condiciones para proponer un plan de reorganización a los acreedores o al tribunal. De ser este el caso, tal vez no proceda desplazar plenamente al deudor aunque haya tenido cierta parte en las dificultades financieras del negocio, pues ese desplazamiento restaría incentivos a la actividad empresarial del deudor y le haría más reacio a adoptar riesgos que sean tal vez convenientes, disuadiéndolo además de abrir prontamente un procedimiento de reorganización, cuando ese procedimiento sea ya oportuno, lo que restaría probabilidades de éxito a la reorganización.

208. [155] Esa conveniencia de que el deudor siga ejerciendo ciertas funciones ha de ser sopesada a la luz de algunas posibles desventajas. Los acreedores tal vez hayan perdido confianza en el deudor a raíz de las dificultades financieras de su empresa (caso de ser imputables en parte al deudor), por lo que se habrá de restaurar esa confianza para que la reorganización pueda dar resultado. Permitir que el deudor siga dirigiendo el negocio sin someterle a medidas de control adecuadas no sólo agravará esa ruptura de la confianza sino que tal vez antagonice aún más a los acreedores. Si el régimen impuesto es percibido como excesivamente favorable al deudor, los acreedores perderán confianza e interés en el procedimiento, lo que puede llevar a que se desentiendan de su función supervisora de la gestión de la empresa deudora, en supuestos en los que la ley les encomiende dicha función. Mantener al deudor en el ejercicio de sus funciones puede, por ello, suscitar actitudes conflictivas en el procedimiento, que ocasionarían mayores demoras y costas procesales. El plan de gestión del deudor pudiera ser contrario a los objetivos del régimen de la insolvencia, desconociendo en particular el objetivo de regularizar en lo posible el pago de los acreedores. Tal vez su objetivo supremo sea retener el control del negocio, descuidando el objetivo de regularizar el reembolso de los acreedores. Además, el éxito de la reorganización tal vez dependa no sólo de algún cambio de gestión que el deudor no esté dispuesto a efectuar, sino de que el deudor tenga un conocimiento práctico y teórico del propio régimen de la insolvencia que le permita ponerlo al servicio de la solución de sus dificultades financieras. Como factor conexo que habrá de considerarse cabe citar el hecho de que la apertura del procedimiento haya sido voluntaria o involuntaria (ya que este último supuesto sería indicio de cierta hostilidad entre el deudor y sus acreedores).

209. [nota del párrafo 161] Cierta número de regímenes de la insolvencia hacen una distinción, respecto de la función asignable al deudor, entre el período que transcurre entre la apertura de la insolvencia y la aprobación de un plan de reorganización, por una parte, y el período posterior a la aprobación de dicho plan, por otra. Esos regímenes han previsto, para el primer período, ciertas reglas que definen estrictamente a las facultades del deudor para dirigir y controlar la marcha diaria del negocio y relativas al nombramiento de un representante independiente de la insolvencia. Una vez aprobado el plan, esos regímenes han previsto que se levanten ciertos límites aplicables al control de la gestión del negocio por el deudor y que el deudor pase a ser responsable de la ejecución del plan aprobado.

210. [156] El régimen de la insolvencia recurre a diversas soluciones para compaginar esas consideraciones conflictivas que se dan en la reorganización. Esas soluciones oscilan desde privar al deudor de todo control sobre el negocio y sustituirlo por un representante de la insolvencia, por una parte, y permitir que el deudor siga controlando su negocio con un mínimo de supervisión, por otra. Otras soluciones intermedias prevén que el representante de la insolvencia ejerza un cierto grado de supervisión, al tiempo que se retiene en funciones al personal de gestión de la empresa deudora.

ii) Posibles enfoques: Deposición total del personal gerente del deudor

211. [156] La primera solución consiste en seguir el régimen propio de la liquidación, privando al deudor de todo control sobre el negocio y nombrando un representante de la insolvencia que asuma todas las funciones del deudor en cuanto a la gestión del negocio. Ahora bien, como ya se observó, esa deposición total del deudor pudiera perturbar la marcha del negocio en un momento crítico para su supervivencia.

iii) Posibles enfoques: supervisión del deudor por el representante de la insolvencia

212. [157] En ciertos enfoques intermedios se prevén diversos grados de control del deudor por el representante de la insolvencia. Lo más usual es que el representante de la insolvencia haya de ejercer cierta supervisión global de las actividades del deudor, que habrá de recabar su aprobación para toda operación importante, mientras que el deudor dirigirá la marcha diaria del negocio y adoptará toda decisión requerida al respecto. Este arreglo tal vez deba ser reforzado mediante un régimen relativamente estricto que delimite claramente las responsabilidades del representante de la insolvencia y del deudor, y que dé certeza al curso del proceso de reorganización. Por ejemplo, algunos regímenes de la insolvencia especifican que determinadas operaciones, tales como todo nuevo endeudamiento, la enajenación o pignoración de bienes y la creación de algún derecho de usufructo o utilización sobre bienes de la masa, sólo podrá hacerse sin el consentimiento previo del representante de la insolvencia o del tribunal competente, si se efectúa en el giro normal del negocio. De no ser así, el deudor deberá recabar dicho consentimiento. Supervisar los movimientos de caja de la empresa deudora puede ser una herramienta adicional para supervisar la labor y las operaciones del deudor. Si el deudor ignora alguna de estas restricciones y concierta contratos sin el consentimiento previo requerido, el régimen de la insolvencia deberá prever la

impugnabilidad de dichas operaciones y prever toda sanción que se estime oportuna. Conforme a cierto régimen de la insolvencia, en dicho supuesto el tribunal podrá sobreseer el procedimiento de insolvencia. La idoneidad de este remedio dependerá, sin duda, de que la apertura del procedimiento haya sido voluntaria o involuntaria.

213. Todo régimen de la insolvencia que enumere las operaciones para las que habrá de recabarse dicho consentimiento, suele demarcar con cierta claridad la responsabilidad del deudor, del representante de la insolvencia y del tribunal. En algunos de ellos se faculta asimismo al representante de la insolvencia para asumir un mayor control de la masa insolvente y de la gestión de la marcha diaria del negocio si lo juzga necesario para salvaguardar los intereses de la masa de la insolvencia. [158] Cabe citar como supuesto donde proceda actuar así, que existan indicios de actuación financiera irresponsable del deudor o de mala gestión o malversación de fondos. De darse un supuesto así, tal vez convenga prever que el foro competente deponga al deudor, para lo que podrá obrar de oficio o a instancia del representante de la insolvencia, así como a instancia de los acreedores o del comité de acreedores.

214. [157] Tal vez se encomiende a los acreedores la función de supervisar la gestión del deudor y de cerciorarse de que esa gestión se hace como es debido. Si se otorga dicha función a los acreedores, tal vez convenga prever ciertas medidas que impidan que los acreedores traten de frustrar el proceso de reorganización o de ejercer alguna presión indebida. Tal vez se consiga ese propósito exigiendo, por ejemplo, un cierto quórum o mayoría de los acreedores para que éstos traten de deponer al deudor o de intensificar la función supervisora del representante de la insolvencia.

215. Un método muy distinto para demarcar las facultades del deudor y del representante de la insolvencia consiste en que el régimen de la insolvencia no especifique las operaciones que se dejan al arbitrio del deudor, sino que permita que el foro competente o el representante de la insolvencia determinen cuáles son los actos jurídicos de gestión autorizados y cuáles son actos para los que el deudor deberá obtener aprobación. Al tiempo que deja cierto grado de flexibilidad, este método tal vez disuada al deudor de poner en marcha el procedimiento de insolvencia, ya que no estará seguro sobre cuál será el efecto de la apertura del procedimiento sobre su control y gestión del negocio.

iv) Posibles enfoques: retención plena del control por el deudor

216. [159] Otro enfoque posible de esta cuestión es dejar que el deudor retenga pleno control sobre la marcha del negocio, absteniéndose el tribunal de nombrar un representante independiente a la apertura del procedimiento (denominado a veces “deudor en posesión del negocio”). Este método tiene la ventaja de mejorar las probabilidades de éxito de la reorganización en todo supuesto en el que se pueda uno fiar del deudor para proseguir el negocio con honradez y ganarse la confianza y la cooperación de los acreedores. Sería, no obstante, desventajoso recurrir a este método cuando sea sumamente improbable que la reorganización sea viable, ya que serviría únicamente para demorar lo inevitable con el resultado de que se seguirá dispersando y malgastando los bienes, y con el riesgo adicional de que el personal de gestión actúe de modo irresponsable o incluso fraudulento durante el período en el que retenga el control de la empresa, comprometiendo aún más el éxito de la

reorganización y defraudando la confianza depositada en el deudor por los acreedores. Cabría mitigar esas dificultades adoptando ciertas precauciones tales como la de obligar al deudor a informar con regularidad al tribunal sobre el curso de la reorganización, nombrar a un representante de la insolvencia que supervise la gestión del deudor, facultar adecuadamente a los acreedores para supervisar la gestión del deudor o arbitrar algún mecanismo que permita que el tribunal deponga (de oficio o a instancia de los acreedores) al deudor nombrando en su lugar a un representante de la insolvencia o convierta la reorganización en un procedimiento de liquidación. No obstante, la complejidad de este enfoque aconseja someterlo a cuidadoso estudio antes de adoptarlo, no sólo por depender su éxito de una cierta capacidad institucional y de la imposición de un régimen de gestión estricto, sino también por incidir en algunos otros aspectos estructurales del régimen de la insolvencia (por ejemplo, en el plan de reorganización, en el ejercicio de la vía de impugnación y el régimen de los contratos).

3. Derechos del deudor

217. [168] Como medida de amparo de lo que en algunos países se denominan los derechos fundamentales del deudor y a fin de asegurar que el deudor sea tratado con equidad e imparcialidad, alentándole así a colaborar con fiabilidad en el procedimiento de insolvencia, sería conveniente que se definiera claramente en el régimen de la insolvencia la función del deudor en el curso del procedimiento y los derechos de que gozará durante su desarrollo. En muchos países, los derechos del deudor, en su condición de persona natural, en el curso de un procedimiento de insolvencia pueden estar definidos en pactos o convenios internacionales o regionales, como pudiera ser el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).

- *Derecho del deudor a ser oído, a ser informado y a retener ciertos efectos personales*

218. [168] Por las razones anteriormente indicadas sería conveniente que el deudor goce del derecho a ser oído en el curso del procedimiento de insolvencia y del derecho a participar de algún modo en las decisiones inherentes a dicho procedimiento, particularmente si es de reorganización. En particular, el deudor debe tener en todo supuesto acceso a la información relativa a la marcha del procedimiento, pero con mayor razón en supuestos en los que la ley haya previsto (sea para la liquidación o para la reorganización) que el deudor sea privado en cierta medida de la gestión o del control de su negocio. Este derecho de acceso a la información puede ser particularmente importante en una reorganización si el régimen de la insolvencia prevé que el deudor sea privado en cierta medida de sus facultades con anterioridad a la aprobación del plan, pero prevén que el deudor se haga cargo de la ejecución del plan una vez aprobado. Ese acceso puede incluso ser oportuno en supuestos en los que el deudor no participe en la formulación del plan, ya que le ofrecería una oportunidad de dar a conocer su parecer acerca del plan antes de que éste sea presentado a quien haya de aprobarlo. Como se observó anteriormente en la segunda parte, capítulo III.A.3, de ser el deudor una persona natural, algunos de sus bienes quedarán excluidos de la masa de la insolvencia a fin de que el deudor pueda preservar ciertos derechos personales y de su familia, por lo

que sería conveniente que el régimen de la insolvencia confirme claramente su derecho a retener ciertos bienes.

219. [169] Pueden darse supuestos, no obstante, en los que el ejercicio de esos derechos o su observancia resulte engorroso o costoso, sin reportar beneficio directo alguno al deudor. Puede suceder, por ejemplo, que un deudor que no se encuentre en el territorio del foro ante el que se esté siguiendo el procedimiento, no responda a ninguna citación que se le haga para comparecer ante el tribunal o para ponerse en contacto con el representante de la insolvencia, lo que haría que su derecho a ser oído, caso de ser absoluto, pueda llegar a ser un grave obstáculo para el curso normal del procedimiento. Por ello, si bien es deseable que se haga todo lo que sea razonable por dar al deudor la oportunidad de ser oído, el régimen de la insolvencia debe dejar cierto margen de flexibilidad para impedir que el ejercicio de ese derecho obstaculice gravemente el curso del procedimiento.

4. Obligaciones del deudor

220. Al igual que respecto de los derechos del deudor, sería conveniente que el régimen de la insolvencia defina claramente las obligaciones del deudor en el curso del procedimiento de insolvencia. Precizando, en lo posible, su contenido así como ante quién serán debidas. Será preciso adaptar esas obligaciones a la función que le incumba al deudor, en el marco tanto de una liquidación como de una reorganización, en lo relativo a la gestión y control del negocio en vías de reorganización. Por ejemplo, de retener el deudor el control del negocio durante una reorganización, no le será aplicable la obligación de entregar los bienes que formen parte de la masa.

a) Deber de cooperar y prestar asistencia

221. [167] A fin de asegurar la buena marcha del procedimiento, algunos regímenes de la insolvencia imponen al deudor una obligación genérica de cooperar y de prestar asistencia al representante de la insolvencia en el cumplimiento de su cometido y, conforme a algunos regímenes, de abstenerse de todo acto que pudiera obstaculizar la buena marcha del procedimiento. Un factor esencial de la obligación de cooperar es facilitar la asunción por el representante de la insolvencia del control efectivo de la masa mediante la entrega de los bienes que formen parte de ella, así como de la documentación contable y comercial de la empresa. Tal vez se deba exigir también al deudor que coopere con el representante de la insolvencia en la preparación de una lista de los acreedores y de sus créditos pendientes (véase segunda parte, capítulo IV.B.4).

b) Deber de facilitar información detallada

222. [162] Para facilitar una evaluación independiente y exhaustiva del negocio del deudor, particularmente en lo relativo a sus necesidades inmediatas de liquidez y a la conveniencia de que se le otorgue financiación tras la apertura del procedimiento, se requerirá información sobre la empresa deudora, así como sobre sus bienes y sus obligaciones, su situación financiera y comercial en general y sobre la competencia de su personal gerente para seguir al frente de la empresa. Para que esa evaluación sea posible, en uno u otro tipo de procedimiento, pero particularmente en un

supuesto de reorganización o en un supuesto de liquidación en el que se trate de vender la empresa como negocio en marcha, será conveniente que el deudor siga obligado a facilitar información detallada respecto del negocio y de su situación financiera durante un cierto período que vaya más allá del período cercano a la apertura del procedimiento. Entre los pormenores sobre los que deba informar cabe citar los bienes y las obligaciones de la empresa, su lista de clientes, sus previsiones de ganancias y pérdidas, y datos sobre su flujo de tesorería, su situación comercial y sobre las tendencias del mercado en particular, así como toda información relativa a las causas de la crisis financiera del deudor y relativa a toda operación pasada que sea susceptible de ser impugnada con arreglo al régimen de la insolvencia. Deberá dar también información sobre todo contrato pendiente y toda operación efectuada con personas con las que esté emparentado, así como sobre todo procedimiento que se esté siguiendo ante un tribunal judicial, arbitral o administrativo, particularmente en lo relativo a toda medida ejecutoria en curso contra el deudor o que pueda afectarle. Cierta número de regímenes de la insolvencia exigen también que el deudor facilite información sobre sus acreedores y prepare, a menudo en colaboración con el representante de la insolvencia, una lista de sus acreedores que permita verificar los créditos que presenten. El deudor tal vez deberá también actualizar esa lista a medida que se vaya verificando la admisibilidad o no admisibilidad de los créditos.

223. [162] Aun cuando tal vez no sea necesario que una ley de la insolvencia numere exhaustivamente la información que ha de darse, el facilitar una lista podría servir de orientación sobre el tipo de información que se deberá dar. En algunos regímenes se han preparado, a este respecto formularios en los que se indican los datos que habrán de darse. Esos formularios han de ser llenados por el deudor (previéndose ciertas sanciones para toda información falsa o que pueda inducir a error) o por un administrador o persona independiente.

224. [163] A fin de que la información facilitada pueda servir para todas estas finalidades, hará falta que esté actualizada y que sea completa, exacta y fiable, y sería conveniente exigir que la información sea facilitada lo antes posible tras la apertura del procedimiento. Si el deudor cumple como es debido con esta obligación estará restaurando la confianza de los acreedores en su capacidad para seguir dirigiendo el negocio.

225. [164] Si el deudor no es una persona física, la información podrá ser facilitada al representante de la insolvencia por el personal gerente de la empresa deudora y por toda otra persona que esté debidamente conectada con la empresa. Otra posibilidad sería exigir que el propio deudor (si es una persona física) o uno o más miembros del órgano rector de la empresa deudora asistan o se hagan representar en una junta general de acreedores para responder a las preguntas, salvo que ello no sea físicamente posible por celebrarse la junta en algún lugar distinto de donde estén ubicados los órganos rectores de dicha empresa.

c) Confidencialidad

226. [165] A menudo la información recabada será comercialmente delicada (tal vez secretos comerciales, listas de clientes y proveedores, datos de investigación o planes para un futuro desarrollo de la empresa) y tal vez esa información esté bajo el control del deudor, pero sea propiedad de un tercero. Sería conveniente que el

régimen de la insolvencia haya previsto alguna medida de amparo de su índole confidencial a fin de evitar todo abuso de la misma por los acreedores o algún tercero que obtenga acceso a ella. Ese deber de respetar su índole confidencial puede ser aplicable no sólo al deudor, sino también a toda persona que mantenga algún vínculo con el deudor, así como al representante de la insolvencia, al comité de acreedores y a todo tercero que obtenga acceso a la información.

d) Obligaciones supletorias o complementarias

227. Algunos regímenes de la insolvencia imponen otras obligaciones que son supletorias o complementarias de la obligación del deudor de cooperar y prestar asistencia. Cabe citar, por ejemplo, el deber (ya sea del deudor como comerciante que actúa a título individual o del personal directivo de la empresa deudora) de no abandonar su lugar de residencia habitual (sin autorización del tribunal) de dar a conocer toda correspondencia comercial al representante de la insolvencia o al tribunal, así como otras restricciones oportunas de la libertad personal del deudor. Esas restricciones pudieran ser esenciales para evitar toda perturbación de la marcha del procedimiento imputable a la práctica habitual de ciertos deudores de ausentarse o de abandonar el lugar del establecimiento comercial y de ciertos directivos o miembros del consejo de administración de dimitir de sus cargos tras la apertura del procedimiento. De prever el régimen de la insolvencia alguna obligación al respecto, sería conveniente que los deberes impuestos estén justificados por la finalidad que persiguen y por ser complementarios del deber general de cooperar; deberá también respetarse todo límite que venga impuesto por los acuerdos o pactos suscritos en materia de derechos humanos. Algunos regímenes de la insolvencia disponen explícitamente que esas obligaciones serán automáticamente aplicables, mientras que en otros será el tribunal el que habrá de decidir si son o no necesarios para la administración de la masa insolvente. En algunos regímenes se hace una distinción entre el deudor que sea un comerciante individual y otros tipos de deudores; si el deudor es un comerciante individual, será el tribunal el que deberá decretar los límites que le sean aplicables, pero si el deudor es una sociedad o persona jurídica, ciertos límites serán aplicables automáticamente, tales como el deber de dar a conocer toda la correspondencia que vaya destinada a la empresa.

e) Recurso a personal pericial para que ayude al deudor

228. [160] A fin de que el deudor pueda cumplir todo deber que le sea impuesto en el marco del procedimiento, ciertos ordenamientos permiten que el deudor contrate a profesionales como contables, abogados, tasadores y a todo otro perito o profesional que sea necesario, a reserva de que se le autorice a hacerlo. En algunos ordenamientos, esa autorización le podrá ser dada por el representante de la insolvencia, mientras que en otros deberá obtenerla del tribunal o de los acreedores.

f) Inobservancia de algún deber

229. [166] Para el supuesto de que el deudor incumpla alguna de sus obligaciones, convendría que el régimen de la insolvencia prevea cómo se ha de responder a ese incumplimiento. Por ejemplo, de mantener el deudor oculta parte de la información requerida, tal vez sea necesario prever algún mecanismo por el que se pueda obligar al deudor a facilitar esa información a través de, por ejemplo, algún “interrogatorio

público” del deudor por el tribunal o por el representante de la insolvencia. En el derecho penal de algunos países se han previsto sanciones contra los supuestos graves de ocultación de datos requeridos. Tal vez convenga prever alguna respuesta similar para el incumplimiento de otras obligaciones. El régimen de la insolvencia tal vez deba también considerar los efectos de todo acto por el que se incumpla algunas de estas obligaciones y si dicho acto será o no impugnabile.

5. Responsabilidad del deudor

230. [170] Mientras una empresa sea solvente, su personal gerente suele tener que responder ante los propietarios de la empresa y sus relaciones con los acreedores se regirán únicamente por los términos de su respectivo contrato. Al pasar una empresa a ser insolvente, el eje de la responsabilidad se desplaza hacia los acreedores, que pasarán a ser los verdaderos titulares financieros de la empresa, ya que son ellos los que habrán de soportar el riesgo de toda pérdida adicional en la que incurra la empresa deudora de seguir comerciando. Pese a este desplazamiento del eje de responsabilidad, la conducta y la diligencia de los propietarios y del personal gerente de una empresa es un asunto que depende primordialmente de normas de derecho o de conducta profesional que están al margen del régimen de la insolvencia. No es aconsejable que el régimen de la insolvencia sea utilizado para remediar las deficiencias de la reglamentación legal de la responsabilidad comercial o del deber de vigilar la observancia de las normas de buena gestión empresarial, pese a que en algunos regímenes de la insolvencia esté prevista la obligación de recurrir a la apertura de un procedimiento en una etapa temprana de las dificultades financieras (ver segunda parte, capítulo II.B). Si los actos o la conducta anterior de ciertas personas profesionalmente vinculadas a la empresa insolvente son causa de pérdida o daño para los acreedores de la empresa (por ejemplo, por razón de fraude o de su comportamiento negligente), tal vez proceda, a tenor del régimen interno de la responsabilidad aplicable en materia de fraude o de negligencia, que el régimen de la insolvencia otorgue explícitamente el derecho a reclamar daños de dichas personas.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones referentes al deudor tienen por objeto:

- a) establecer los derechos y las obligaciones [responsabilidades] del deudor ~~[y las personas asociadas con el deudor]~~ durante el curso del procedimiento de insolvencia;
- b) prever posibles vías de recurso contra el incumplimiento por el deudor de algunas de sus obligaciones;
- c) prever toda cuestión relativa a la gestión de la empresa deudora en el marco tanto de una liquidación como de una reorganización.

Contenido de las disposiciones legales

Derecho del deudor a ser oído

(89) [(69)] El régimen de la insolvencia debe disponer que el deudor tendrá derecho a ser oído en el curso de todo procedimiento [tanto de liquidación como de reorganización].

Derecho a participar y a ser informado

(90) [(70)] El régimen de la insolvencia puede también disponer que el deudor tendrá derecho a participar en el procedimiento de insolvencia, ~~en particular en el de reorganización~~, y a recabar información tanto del representante de la insolvencia como del tribunal. Estos derechos serán de mayor importancia en el marco de un procedimiento de reorganización.

Derecho a conservar ciertos bienes para preservar sus derechos personales

(91) De ser el deudor una persona natural, el régimen de la insolvencia debe facultarle para retener ciertos bienes, que quedaran excluidos de la masa de la insolvencia, a fin de poder preservar sus derechos personales².

Obligaciones

(92) [(71)] El régimen de la insolvencia debe indicar claramente cuáles serán las obligaciones del deudor en el marco de un procedimiento de liquidación y en el marco de un procedimiento de reorganización. Cabe citar, entre ellas, la obligación de:

- a) cooperar con el representante de la insolvencia y ayudarle a cumplir sus deberes [y abstenerse de toda conducta que pueda perturbar el curso del procedimiento];
- b) facilitar toda información exacta, fidedigna y completa sobre su situación financiera y el estado de su negocio que pueda razonablemente serle solicitada por el tribunal, por el representante de la insolvencia o por el comité de acreedores, en particular:
 - i) datos sobre a toda operación celebrada durante el período de sospecha en la que el deudor haya participado o que haya afectado a sus bienes;
 - ii) datos sobre a todo procedimiento judicial, arbitral o administrativo que se esté siguiendo, así como sobre todo procedimiento ejecutivo en curso;
- c) permitir que el representante de la insolvencia se haga con el control efectivo de la masa de la insolvencia, y hacer entrega al representante de la insolvencia de los bienes que formen parte de dicha masa, así como del control sobre dichos bienes, con independencia de si se encuentran dentro o fuera del territorio del foro competente³, y de toda la documentación comercial de la empresa deudora;

² Ver capítulo III: A. Bienes que se verán afectados, recomendación 29).

³ Ver capítulo VIII: la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza y nombramiento de un representante extranjero.

- d) preparar una lista de acreedores y de sus respectivos créditos en colaboración con el representante de la insolvencia y actualizar o enmendar esa lista a medida que se vaya tramitando la admisión de sus créditos;
- e) de ser el deudor una persona natural, no deberá abandonar su lugar de residencia habitual sin la autorización del tribunal.

Confidencialidad

93) [(72)] Cuando la información facilitada por el deudor sea de índole comercial delicada, esa información debe ponerse al amparo de disposiciones adecuadas, ya sean del propio régimen de la insolvencia o del derecho procesal aplicable. Ese deber de confidencialidad debe amparar toda información que esté bajo el control del deudor, ya sea de su propiedad o propiedad de terceros, particularmente si se trata de secretos comerciales.

Marcha ininterrumpida del negocio del deudor

94) [(73)] El régimen de la insolvencia debe resolver la cuestión de la función que se asignará al deudor en la marcha ininterrumpida del negocio [en el marco de un procedimiento de reorganización o de un procedimiento de liquidación que prevea la venta de la empresa como negocio en marcha]. Entre las diversas soluciones previstas al respecto, cabe citar:

- a) privar plenamente al deudor de toda función rectora en el negocio y nombrar a un representante de la insolvencia;
- b) privar parcialmente al deudor de su función rectora, pero dejar que siga al frente del curso normal del negocio, bajo la supervisión de un representante de la insolvencia designado al efecto, en cuyo caso, el régimen de la insolvencia deberá delimitar claramente, entre el deudor y el representante de la insolvencia, o sus respectivas responsabilidades.
- c) dejar al deudor en pleno control del negocio (deudor en posesión de la empresa) sin nombrar representante alguno de la insolvencia, pero previéndose diversas salvaguardias adecuadas, así como cierto grado de control sobre el deudor, y la posibilidad de que el deudor sea privado de su función rectora en determinados supuestos⁴.

Sanciones para supuestos de incumplimiento

95) [(74)] El régimen de la insolvencia debe prever sanciones para todo supuesto de incumplimiento por el deudor, ya se trate de una persona natural o de una sociedad comercial, de alguna de sus obligaciones prescritas, y dispone asimismo que todo acto que contravenga a alguna de esas obligaciones será tenido por inválido.

⁴ Debe observarse que esta opción depende para su funcionamiento de la eficiencia de la estructura judicial del país y de la introducción de salvaguardias que permitan deponer al deudor en determinados supuestos. Véase una explicación más detallada al respecto en los párrafos 204 a 216 del comentario analítico.

B. El representante de la insolvencia

1. Introducción

231. [171] En el régimen de la insolvencia se designa a la persona encargada de administrar el procedimiento y la masa de la insolvencia por diversos nombres, incluido el de administrador, síndico, liquidador, supervisor, contador público, curador, administrador oficial o judicial y comisario. En la presente Guía, por “representante de la insolvencia” se entiende la persona que administra en sentido lato un procedimiento, sin distinguir entre las diversas funciones que cabe asignarle en diversos tipos de procedimiento. El representante de la insolvencia puede ser una sola persona o, en algunos ordenamientos jurídicos una sociedad u otra entidad jurídica independiente. Sea nombrado por los acreedores, por el tribunal, un órgano público o estatal, o una autoridad judicial o administrativa o por el propio deudor, el representante de la insolvencia desempeña una función preponderante en lo que respecta a la aplicación efectiva del régimen de la insolvencia y está dotado de ciertas potestades sobre los actos del deudor y sus bienes que debe ejercer en aras de amparar su valor y de velar por una aplicación eficaz e imparcial de la ley. En algunos países, su mandato es de índole igual o similar al de un síndico, que ha de ejercer ciertas potestades de interés público y ha de obrar al servicio de los intereses de los acreedores y del propio deudor. De nombrar el tribunal un representante de la insolvencia para el período previo a la apertura del procedimiento, el tribunal deberá normalmente definir sus facultades y sus funciones. En la medida en que esas facultades y funciones correspondan a las de un representante nombrado una vez abierto el procedimiento, lo indicado será que se exija del representante interino el mismo grado de responsabilidad y de competencia profesional que se exige del representante nombrado a la apertura del procedimiento, y deberá remunerarse a uno y otro por igual.

232. [172] El régimen de la insolvencia sigue diversos criterios para definir la relación entre el representante de la insolvencia y el tribunal y, en particular, para delimitar sus respectivos poderes o potestades. Dado que normalmente la persona que dispone de más información sobre la situación del deudor es el representante, también suele estar en mejores condiciones para adoptar decisiones con conocimiento de causa acerca del curso que ha de darse al procedimiento de insolvencia. Eso no significa, no obstante, que el representante de la insolvencia haga las veces de tribunal, ya que en general será necesario que el tribunal dirima las disputas que surjan en el curso del procedimiento y su aprobación suele ser requerida en diversas etapas del procedimiento. Incluso en los países en que se restringe el papel del tribunal en la marcha del procedimiento de insolvencia, la autoridad que normalmente se confiere al representante de la insolvencia tiene un límite. La potestad atribuida al representante de la insolvencia dependerá también de la función que el régimen de la insolvencia haya previsto asignar a los acreedores.

2. Condiciones que ha de reunir el representante de la insolvencia

233. [177] El representante de la insolvencia podrá ser elegido entre los miembros de diversas profesiones o actividades profesionales tales como la comunidad comercial, algún organismo público especializado o ciertas profesiones (abogados, personal contable o de otra índole). Si el régimen de la insolvencia prevé el nombramiento como representante de la insolvencia de algún funcionario o

miembro de un organismo público, las condiciones que a continuación se analizan no serán de interés para su nombramiento (aunque tal vez sí lo sean para la inclusión de esa persona en ese organismo público o agencia estatal).

234. [177] En muchos países, el representante de la insolvencia ha de ser una persona física, pero en otros cabe designar una persona jurídica, a reserva de que el personal de esa entidad que haya de ejercer de representante cumpla ciertos requisitos de competencia profesional y que la persona jurídica nombrada sea objeto de alguna reglamentación. La complejidad de muchos procedimientos de insolvencia hace sumamente deseable que el representante tenga además conocimientos de derecho (no sólo en lo relativo al régimen de la insolvencia, sino también sobre toda cuestión de derecho comercial o mercantil que pueda surgir), y que posea experiencia adecuada en asuntos comerciales y financieros. Si en algún caso se requiere algún conocimiento más especializado será siempre posible contratar al personal pericial adecuado. Para ciertos supuestos particulares el régimen de la insolvencia exige en algunos países que la persona designada como representante de la insolvencia posea los conocimientos y la pericia particular que se requiera para el caso considerado.

235. [177] Además de poseer los conocimientos y la experiencia requerida, tal vez sea también conveniente exigir que el representante de la insolvencia posea ciertas cualidades personales, como integridad, imparcialidad e independencia de todo interés personal en el asunto. [180] Pueden darse conflictos de interés en todo supuesto en donde haya habido o subsistan relaciones con el deudor. En algunos países bastará para impedir el nombramiento que haya habido alguna relación previa comercial, o incluso de propiedad, con la empresa deudora, así como toda relación con un acreedor del deudor, o con alguna empresa competidora del deudor o alguna relación de representación o mandato con el propio deudor. En otros países, esa persona podría ser nombrada con tal de que haya dado a conocer el motivo por el que pudiera darse algún conflicto de intereses. A efectos de fortalecer la transparencia, previsibilidad e integridad del procedimiento, sería conveniente que el régimen de la insolvencia indique el grado de relación o asociación que pudiera dar lugar a un conflicto de intereses y que exija que el representante de la insolvencia dé a conocer toda circunstancia que pudiera dar lugar a un conflicto de intereses o de falta de independencia. Suele dejarse al tribunal la determinación de si en el supuesto considerado existe o no un conflicto de intereses o de si hay o no indicios de que determinada persona adolece de falta de independencia.

236. Las condiciones que habrá de reunir una persona que vaya a ser designada representante de la insolvencia dependerán de la función que el régimen de la insolvencia asigne al representante (y particularmente de si el procedimiento es de liquidación o de reorganización) así como del grado de supervisión judicial que se ejerza sobre el representante de la insolvencia (y sobre el curso del procedimiento en general). Pueden asimismo depender del procedimiento previsto para su nombramiento (ver más adelante).

237. [178] Existen diversas vías para determinar la idoneidad profesional de un representante de la insolvencia, como la de exigir ciertas pruebas o diplomas de competencia profesional; la de exigir una licencia otorgada por algún órgano público o colegio profesional; la de organizar cursos especializados con examen final de licenciatura; la de exigir cierto grado de experiencia (computada en años) en determinadas esferas, por ejemplo, finanzas, comercio, contabilidad y derecho,

así como en la sustanciación de procedimientos de insolvencia. Aquellos sistemas que prevén la obtención de una licencia o de un diploma profesional, o la pertenencia a algún colegio o asociación profesional, suelen prever asimismo algún régimen disciplinario y cierta supervisión, y cabe que el representante de la insolvencia esté sujeto a un régimen impuesto por el tribunal, por alguna autoridad administrativa o por un colegio profesional o algún otro órgano. Algunos de esos sistemas son relativamente complejos, por lo que no procede examinarlos en detalle en la presente Guía.

238. [179] Al definir el grado de competencia que deba exigirse para ser nombrado representante de la insolvencia, se ha de evitar, por una parte exigir requisitos demasiado estrictos que darían lugar al nombramiento de personas altamente calificadas pero que reducirían notablemente el número de personas aptas para ser nombradas y elevarían las costas del procedimiento, al igual que se ha de evitar imponer requisitos que no basten para asegurar la competencia profesional requerida para el desempeño de este cargo. De ser escaso el personal profesional debidamente calificado, será mayor la importancia de la función que desempeñe el tribunal en el nombramiento y la supervisión del representante.

3. Selección y nombramiento del representante de la insolvencia

239. [174] El régimen de la insolvencia prevé diversos métodos para la selección y nombramiento de un representante de la insolvencia. Conforme algunos regímenes, será nombrado automáticamente un cargo público (conocido por diversos nombres: síndico, contador oficial, administrador concursal y ...) en todo supuesto de insolvencia o sólo para determinados supuestos de insolvencia. Son muchos los países en donde el tribunal se encarga de seleccionar, nombrar y supervisar al representante de la insolvencia. La selección podrá hacerse al arbitrio del tribunal pero a partir de una lista de profesionales debidamente calificados, pudiendo hacerlo por algún sistema rotativo o por algún otro medio, incluso a recomendación de los acreedores o del propio deudor. Pese a que constituye un método equitativo e imparcial para el nombramiento del representante, [176] un inconveniente de todo sistema de lista rotativa es que no asegura el nombramiento de la persona más calificada para administrar el caso considerado. Tal vez quepa mitigar ese inconveniente estructurando de algún modo la lista o definiendo con cuidado las calificaciones requeridas para figurar en ella. Ese inconveniente tal vez no sea tan importante en supuestos en los que no haya bienes en la masa de la insolvencia (ver segunda parte, capítulo II.B.4 f)).

240. [174] En algunos países, cierta institución u órgano se encarga de reglamentar la función del representante de la insolvencia y de elegir, a instancia del foro competente, a un representante para cada caso de insolvencia que se declare abierto. Cierta número de países han adoptado este método, que pudiera tener la ventaja de encomendar el nombramiento a una autoridad independiente que debe seleccionar a personas con la pericia y los conocimientos requeridos para las circunstancias del caso, lo que dependerá también de la índole del negocio o de las actividades del deudor, del tipo de bienes que formen la masa, de las condiciones del mercado en donde opere la empresa deudora, de toda pericia profesional que sea requerida para entender los negocios del deudor, o de toda otra circunstancia especial del caso. La conveniencia de recurrir a una autoridad nominadora independiente dependerá de que la administración pública disponga de un órgano o de una institución dotada de

los recursos y de la infraestructura que se requiera para esta función; de no disponerse de ese órgano, tal vez haya de pensarse en la conveniencia de crearlo.

241. [174] Otra posibilidad consiste en permitir que los acreedores intervengan en el nombramiento, recomendando e incluso eligiendo a la persona que ha de ser nombrado, con tal de que esa persona esté cualificada para ejercer esa función en el caso considerado. Recurrir a una autoridad nominadora independiente y a la junta de acreedores puede servir para reforzar la imparcialidad y simplificar la tarea de supervisión encomendada al tribunal. Conforme a otro criterio se permite, en procedimientos de reorganización abiertos a instancia del deudor, que el propio deudor nombre al representante de la insolvencia. En estos supuestos se permite organizar conversaciones entre el deudor y ciertos interesados, tales como los acreedores garantizados, antes de la apertura del procedimiento a fin de que el futuro representante se familiarice con el negocio, pero se permite que el deudor elija el representante que juzgue más apto para llevar a cabo la reorganización. En estos supuestos cabe, no obstante, cuestionar la independencia del representante de la insolvencia, por lo que se suele permitir que los acreedores sustituyan, si se estima oportuno, al representante de la insolvencia designado por el deudor.

4. Deberes y funciones del representante de la insolvencia

242. [173] El régimen de la insolvencia especifica a menudo cuáles son las tareas o funciones que ha de desempeñar el representante de la insolvencia en el curso del procedimiento y es importante que le otorgue asimismo las facultades requeridas para cumplir con su cometido. Esos deberes y funciones del representante de la insolvencia, algunos de ellos tal vez más pertinentes para la liquidación que para un supuesto de reorganización, serán en general los siguientes:

- i) asumir el control inmediato de los bienes que formen parte de la masa de la insolvencia⁵ y de la documentación comercial del deudor;
- ii) actuar como representante de la masa de la insolvencia;
- iii) hacerse cargo de la administración general de la masa de la insolvencia;
- iv) ejercitar todo derecho procesal de que goce la masa de la insolvencia en el marco del procedimiento judicial, arbitral o administrativo que se esté siguiendo;
- v) adoptar toda medida que sea necesaria para proteger y preservar los bienes de la masa y el negocio del deudor, impidiendo en particular toda enajenación no autorizada de esos bienes y ejercitando toda potestad de impugnación que le haya sido atribuida para la recuperación de todo bien indebidamente enajenado en fraude de los acreedores;
- vi) inscribir todo derecho de la masa de la insolvencia (siempre que esa inscripción registral sea necesaria para confirmar esos derechos frente a toda adquirente eventual de buena fe);
- vii) nombrar y remunerar a todo contable, abogado y a todo otro perito que pueda necesitar para el cumplimiento de su cometido;
- viii) informarse acerca del deudor, de sus bienes, de sus deudas y obligaciones y de toda operación anterior (especialmente de las que se

⁵ El término “masas” puede ser definido en el capítulo III de la segunda Parte de la Guía, así como en el glosario de la primera Parte.

hayan efectuado durante el período de sospecha), para lo que tal vez haya de interrogar al deudor y a todo tercero que haya tenido tratos con el deudor;

ix) pasar revista a todo contrato que no esté plenamente cumplido a fin de decidir si conviene proseguirlo o rechazarlo;

x) ocuparse de los empleados y de sus derechos salariales o de otra índole, particularmente en materia de jubilación;

xi) en un supuesto de liquidación, vender los bienes de la masa de la insolvencia;

xii) verificar o comprobar la admisibilidad de los créditos presentados;

xiii) informar con regularidad al tribunal y a los acreedores de los pormenores del curso del procedimiento. La información facilitada deberá abarcar, por ejemplo, la descripción pormenorizada de los bienes vendidos durante el período considerado en cada informe, el precio obtenido, los gastos de venta y todo pormenor que el tribunal solicite o que el comité de acreedores pueda razonablemente pedir; presentar recibos y dar razón de los desembolsos; indicar los bienes que sigan bajo administración; inventariar la masa restante de bienes bajo administración; y preparar el plan de reorganización;

xiv) asistir a las reuniones de los acreedores;

xv) encargarse de la gestión de la empresa en curso de reorganización y, en un supuesto de liquidación, de la empresa que vaya a ser vendida como negocio en marcha;

xvi) en un supuesto de reorganización, preparar un plan de reorganización o un informe en el que rinda cuenta de por qué esa reorganización no es posible (siempre que esta tarea haya sido encomendada al representante de la insolvencia);

xvii) supervisar la aprobación del plan de reorganización y, cuando proceda, la aplicación de dicho plan;

xviii) liquidar la masa de la insolvencia sin demora, con eficiencia y al servicio de los intereses de las diversas partes que puedan verse legítimamente afectadas;

xix) presentar al tribunal, o cuando proceda a los acreedores, un informe final por el que rinda cuentas de su administración de la masa de la insolvencia;

xx) informar sobre todo otro asunto que haya sido encomendado al representante de la insolvencia por decisión judicial o a instancia de los acreedores.

243. Además de los mencionados deberes y funciones, el régimen de la insolvencia suele imponer ciertas obligaciones genéricas al representante de la insolvencia. Cabe citar al respecto la obligación de maximizar el valor de la masa de la insolvencia y de proteger los bienes que forman parte de ella, así como el deber de vender esos bienes al mejor precio que pueda razonablemente obtenerse, y [*¿otros?*].

5. Confidencialidad

244. Se ha señalado anteriormente la necesidad de imponer al deudor un deber de confidencialidad. Tal vez proceda igualmente que el régimen de la insolvencia

imponga dicho deber al representante de la insolvencia dado que una gran parte de la información que obtendrá sobre el negocio del deudor puede ser de índole comercial delicada (secretos comerciales, datos de investigación o de futuro desarrollo de la empresa, información sobre su clientela), por lo que no debe darse a conocer a terceros que puedan sacar provecho indebido de ella. Este deber de confidencialidad puede ser particularmente grave en supuestos en los que el representante de la insolvencia esté facultado para exigir la presentación de datos o de documentos en el curso de su interrogatorio del deudor. Parte de esa información puede provenir de terceros y ser objeto de disposiciones que amparen su secreto o su confidencialidad, como las aplicables a ciertas operaciones de los bancos. Sería conveniente que el representante de la insolvencia sólo pueda valerse de esa información para los fines del procedimiento que dio lugar al interrogatorio que permitió obtenerla, salvo que el foro competente decida otra cosa. Todo lo aquí dicho puede ser igualmente aplicable a la información que se facilite o se obtenga en el curso de toda actuación penal que se entable contra el deudor. Ese deber de confidencialidad debe ser parejamente aplicable a los mandatarios o empleados del representante de la insolvencia (ver más adelante) y a toda otra parte a la que el tribunal lo imponga.

6. Remuneración del representante de la insolvencia

a) Determinación de su cuantía

245. Además de ser reembolsado de todo gasto justificado que efectúe en el curso de su administración de la masa, el representante de la insolvencia deberá ser remunerado por sus servicios. Esa remuneración deberá ser proporcional a la competencia profesional requerida para ser nombrado y a las tareas que se le encomienden, y deberá recompensar todo riesgo incurrido a fin de atraer a un personal debidamente cualificado. Cabría fijar su cuantía en función de alguna tarifa o escala de remuneración preparada por algún organismo público o asociación profesional; encomendar su cálculo, para cierto caso, a la junta general de acreedores, al tribunal competente o a algún otro órgano o autoridad administrativa; calcularla en función del tiempo que haya de dedicar a su tarea el representante de la insolvencia (y las diversas categorías de personas que intervengan en la administración, desde el personal de oficina hasta el propio titular del cargo); o calcularla en función de una tasa porcentual del valor de venta de los bienes de la masa que se vendan o distribuyan (conforme a un cálculo efectuado al final del procedimiento, cuando los bienes estén ya vendidos y se conozca su valor de venta). Cabría prever, al respecto, una tasa porcentual fija con cierto margen para su aumento o disminución, según las circunstancias del caso.

i) Cálculo de la remuneración en función del tiempo

246. Una ventaja evidente de un método de cálculo basado en el tiempo que se dedique a la tarea encomendada es que al comienzo de un procedimiento será sumamente incierto la complejidad de la tarea a efectuar y los recursos que habrán de dedicarse a ella. Una desventaja evidente del cálculo efectuado en función del tiempo es que si bien estimulará al representante a dedicarle más tiempo a la administración este método puede también servir de incentivo para prolongar la

administración más allá del tiempo que quepa justificar por una restauración proporcional del valor patrimonial de la masa.

ii) Cálculo basado en el cobro de una comisión o tasa porcentual

247. Una ventaja del sistema basado en el cobro de una comisión consiste, desde la perspectiva de los acreedores, en que se distribuirá entre ellos al menos una parte, tal vez importante, del valor que se recupere de los bienes de la masa. Ahora bien, desde la perspectiva del representante de la insolvencia este método de cálculo resultará incierto, ya que la cuantía de la labor que ha de dedicarse a una administración no corresponde necesariamente al valor de los bienes disponibles en la masa para su distribución. Este método puede estimular además “la búsqueda del máximo beneficio al mínimo costo”, desincentivando toda tarea que no reporte un beneficio directo a los acreedores, tal como la obligación de informar tanto al tribunal como a los acreedores sobre la marcha del procedimiento, y la obligación de ayudar a las autoridades a investigar el negocio del deudor para descubrir todo acto o comportamiento indebido que haya habido en su gestión.

iii) Intervención de los acreedores

248. En algunos países, la junta general de acreedores (o, en su nombre, el comité de acreedores) tal vez haya de intervenir en la determinación o aprobación de la remuneración, que habrá de hacerse en función de ciertos factores, la complejidad del caso, la índole y el grado de responsabilidad de la tarea encomendada y la eficacia con que el representante de la insolvencia cumpla su cometido, y en función también del valor y de la índole de los bienes que formen parte de la masa. Esa intervención de los acreedores evitaría algunas de las dificultades anteriormente examinadas, ya que los acreedores serán más conscientes de las cuestiones involucradas y participarán directamente en la determinación y la aprobación de los honorarios del representante. Cabría revisar periódicamente esa remuneración durante el curso del procedimiento, resolviéndose todo problema que surja por arbitraje o por alguna otra vía prevista para la solución de las controversias entre el representante de la insolvencia y los acreedores.

249. Sería muy conveniente que el régimen de la insolvencia prevea un mecanismo para determinar la remuneración del representante que sea claro y transparente a fin de evitar controversias y de impartir cierto grado de previsibilidad a las costas del procedimiento. Cualquiera que sea el método utilizado para dicho cálculo, es también conveniente que se reconozca la importancia de dar prelación al pago de la remuneración del representante de la insolvencia.

b) Base patrimonial para efectuar el pago

250. El pago de la remuneración del representante de la insolvencia suele suscitar quejas de los acreedores ordinarios o no garantizados, ya que se acostumbra a recurrir a los bienes no gravados para financiar esa remuneración, a resultas de lo cual suele quedar poco o nada del valor de dichos bienes para distribuir entre los acreedores de esa categoría. Si bien sería injusto concluir que los gastos de administración son excesivos por el mero hecho de que hayan excedido del valor de los bienes no gravados disponible para sufragarlos, cabe que los acreedores no

garantizados perciban cierta injusticia en el hecho de que se destina la mayor parte, si no la totalidad, del valor recuperado por la administración de la masa a sufragar esa administración, lo que denota la importancia de que se examine cuidadosamente esta cuestión. Cabe adoptar diversos enfoques para el pago del representante de la insolvencia. Por ejemplo, si la masa contiene bienes no gravados, se le podrá remunerar con cargo a dichos bienes; cabe también imponer una cierta tasa sobre el valor de los bienes para sufragar su venta o administración, siempre que esa administración reporte algún provecho a los acreedores; cabría asimismo imponer una tasa sobre los acreedores que presenten una solicitud para la apertura de un procedimiento involuntario, que permita cubrir las costas iniciales del procedimiento y ciertas funciones básicas del representante (ver segunda parte, capítulo II.B.5).

c) Cálculo revisado de la remuneración

251. Según cuál sea el método por el que se determine la remuneración del representante de la insolvencia, tal vez convenga prever alguna vía de recurso, por si los acreedores o el propio representante se muestran disconformes. De fijarse la remuneración en una reunión de los acreedores, el tribunal estará normalmente facultado para reconsiderar su cuantía a instancia del representante de la insolvencia o de un cierto porcentaje de los acreedores, por ejemplo, a instancia de un grupo de acreedores representativo de un 10% del capital social emitido o de al menos un 10% o quizás un 25% de la suma total adeudada. Cuando la remuneración sea fijada por el propio tribunal, tal vez el representante de la insolvencia pueda recurrir contra esa decisión, pero el deudor tal vez no pueda hacerlo. Cuando el representante haya de ser miembro de un colegio o asociación profesional o haya de estar licenciado, es posible que el colegio profesional o la autoridad licenciadora gocen de facultades para reconsiderar los honorarios cobrados por sus miembros y dispongan de una vía oficiosa para solucionar toda controversia que surja al respecto.

7. Deber de diligencia [Responsabilidad]

252. [181] La norma de diligencia a que debe atenerse todo representante de la insolvencia y su responsabilidad personal son factores importantes para la buena marcha del procedimiento. Determinar el grado de diligencia, cuidado y pericia con la que deberá obrar todo representante de la insolvencia en el cumplimiento de su cometido y en el ejercicio de sus funciones requiere una norma que tenga en cuenta la dificultad eventual de las situaciones en las que el representante haya de cumplir con su cometido y que compense toda severidad de esa norma con un nivel apropiado de remuneración que permita atraer a personas que gocen de la competencia requerida para el ejercicio de este cargo. La responsabilidad del representante de la insolvencia se regirá a menudo por normas ajenas al régimen de la insolvencia.

253. [182] El régimen de la insolvencia podrá seguir diversos criterios al determinar el grado de diligencia requerido, aunque la norma adoptada dependerá de la vía seguida para el nombramiento del representante y de la índole de ese nombramiento (por ejemplo, un miembro de una profesión liberal como contrapuesto a un funcionario público). Un criterio consistiría en exigir del representante de la

insolvencia que se atenga a una norma de diligencia no más severa que la exigible del deudor en el curso normal de su gestión de un negocio solvente, es decir que obre con la diligencia propia de un comerciante prudente. En algunos países tal vez se exija una norma de diligencia más severa por razón de que el representante de la insolvencia está administrando los bienes de un tercero y no sus propios bienes. Otra formulación posible sería decir que el representante deberá obrar de buena fe y como lo haría si estuviera al servicio de sus propios intereses. Cabe también exigir del representante que observe una conducta que le exima de todo cargo de negligencia. Al determinar la norma de diligencia aplicable, se ha de procurar que esa norma garantice un ejercicio eficiente de su cometido por el representante de la insolvencia, pero sin exponerle a demandas abusivas contra su gestión que encarecerían sus servicios. Cuando el representante de la insolvencia sea miembro de algún colegio o asociación profesional, tal vez sean aplicables las normas de diligencia profesional de esa asociación.

254. [183] Una manera de abordar la cuestión de la responsabilidad por los daños puede ser exigir al representante de la insolvencia que deposite una caución para cubrir toda pérdida de la masa que le sea imputable o que se asegure contra todo daño eventual imputable a algún incumplimiento de su deber profesional. En algunos regímenes se exige que deposite una caución o saque un seguro, mientras que en otros se requiere únicamente un seguro. En algunos casos la cuantía de la caución se determinará en función del valor contable de los bienes, mientras que en otros el importe de la caución y del seguro serán determinados conforme a lo previsto en el reglamento de la asociación profesional o de la entidad reguladora de la que dependa el representante. En algunos países tal vez no se haya previsto solución alguna al respecto. Al buscar una solución al respecto, deberá procurarse mantener bajo control el costo de este servicio distribuyendo los riesgos del procedimiento de insolvencia entre los participantes, sin hacerlo recaer plenamente sobre el representante de la insolvencia en función de que estará cubierto por algún seguro personal al respecto.

8. Agentes del representante de la insolvencia

255. [185] En algunos regímenes de la insolvencia se requiere autorización judicial para que el representante pueda contratar a personal contable, abogados, tasadores y demás personal pericial que necesite para llevar a cabo su cometido. En otros, esa autorización no es necesaria. Es conveniente que el régimen de la insolvencia defina ciertos criterios para la contratación de personal pericial o profesional en función de su experiencia, conocimientos y reputación, así como de la necesidad de que sus servicios redunden en provecho de la masa. En lo que respecta a la remuneración de ese personal, en algunos ordenamientos esa remuneración deberá ser aprobada por el tribunal, mientras que en otros deberá ser aprobada por la junta de acreedores. Cabe también que ese personal sea remunerado periódicamente a lo largo del procedimiento, o que haya de esperar hasta que se haya ultimado el procedimiento. Tal vez sean también aplicables el deber de dar a conocer todo conflicto eventual de intereses y el deber de confidencialidad, que obligan al representante de la insolvencia.

256. [184] Cuando la masa sufra pérdidas imputables a agentes o empleados del representante de la insolvencia, tal vez sea necesario regular la responsabilidad del representante de la insolvencia por esos actos. En algunos regímenes de la

insolvencia, éste no será personalmente responsable de dichos actos, salvo que haya incumplido algún deber de supervisión al respecto.

257. Cabe prever diversas soluciones respecto de la remuneración del personal profesional empleado por el representante de la insolvencia. Conforme a algunos regímenes, el representante de la insolvencia remunerará a ese personal y se reembolsará con cargo a la masa. Conforme a otros regímenes ese personal gozará de un crédito administrativo directo frente a la masa.

9. Destitución del representante de la insolvencia

258. [186] En algunos regímenes de la insolvencia se permite destituir al representante en determinados supuestos como el de no haber cumplido con algún deber impuesto por el régimen de la insolvencia, o el de haber demostrado grave incompetencia o negligencia, así como el haber ocultado algún conflicto de intereses o el haber obrado ilícitamente, siendo además posible destituirle por razones menos graves como la de que el procedimiento en curso requiera cierta competencia o especialidad de la que carezca el representante nombrado. La destitución puede efectuarse, según diversos criterios, por el foro competente actuando de oficio o a instancia de alguna parte interesada, o a raíz de una decisión adoptada por una mayoría cualificada de los acreedores no garantizados. En supuestos en los que el representante esté sujeto a supervisión reglamentaria o de un órgano profesional, se le podrá destituir a raíz de algún interrogatorio o investigación al respecto, que pudiera dar lugar a la retirada de toda licencia o permiso que se le haya otorgado.

10. Sustitución del representante de la insolvencia

259. [186] En todo supuesto de dimisión o destitución de un representante de la insolvencia o en todo otro supuesto que pueda dar lugar a que el representante deje de ejercitar sus funciones, como sucedería si falleciera o contrajera alguna enfermedad grave, cabe mitigar la demora o perturbación eventual del procedimiento que se esté siguiendo, de no haberse previsto sucesor, disponiendo de antemano que ese sucesor será nombrado por el tribunal o por los acreedores. Si el régimen de la insolvencia ha previsto alguna vía para la sustitución del representante, tal vez deba prever además la subrogación o sucesión del representante en la titularidad o el control (según proceda) de la masa de la insolvencia (ver segunda parte, capítulo III.A), así como la entrega al sucesor de los libros y de la documentación de la empresa y de toda otra información de que se disponga respecto del deudor. Tal vez deba preverse asimismo la cuestión de la impugnabilidad de los actos efectuados por su predecesor en el cargo.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas al representante de la insolvencia tienen por objeto:

- a) definir las condiciones de aptitud requeridas para ser nombrado representante de la insolvencia;
- b) establecer un mecanismo para el nombramiento de representantes de la insolvencia;

- c) definir las facultades y funciones del representante de la insolvencia;
- d) establecer el marco para la determinación de la remuneración y de la responsabilidad de un representante de la insolvencia, así como para su destitución y sustitución.

Contenido de las disposiciones legales

Condiciones de aptitud

96) [(75)] Cabe definir en el régimen de la insolvencia las condiciones de aptitud y cualidades personales requeridas para ser nombrado representante de la insolvencia. Entre los criterios pertinentes figuran los de que el representante de la insolvencia sea persona independiente e imparcial, con un conocimiento adecuado del derecho mercantil pertinente y experiencia en asuntos comerciales y empresariales.

Nombramiento

97) [(76)] El régimen de la insolvencia debe prever la vía a seguir para el nombramiento de un representante de la insolvencia al declararse abierto un procedimiento. Cabe prever diversas vías, como la de su nombramiento por el foro competente, por una autoridad independiente designada al efecto, y a instancia o recomendación de los acreedores o del comité de acreedores, así como por el propio deudor, o por vía legal, si el representante de la insolvencia ha de ser un funcionario público o algún órgano oficial o administrativo al que se encomienda dicha función.

98) De estar previsto en el régimen de la insolvencia el nombramiento de un representante de la insolvencia para administrar una masa desprovista de bienes, el régimen de la insolvencia debe prever asimismo la vía que se habrá de seguir para su nombramiento y cómo se determinará su remuneración. Cabe que esté previsto el nombramiento para este cometido de algún cargo oficial o su nombramiento por rotación con arreglo a alguna lista oficial y su remuneración por el Estado o [...].

Conflicto de intereses

99) [(77)] El régimen de la insolvencia debe exigir de toda persona, que haya sido propuesta para ser nombrada representante de la insolvencia, que revele toda circunstancia que pueda extrañar un conflicto de intereses o mermar su independencia [respecto de otros intereses]. Debe también exigirse que toda persona que vaya a ser empleada por el representante de la insolvencia revele asimismo toda circunstancia que pudiera dar lugar a un conflicto de intereses o mermar su independencia [respecto de otros intereses].

~~Facultades y funciones~~ Deberes y funciones de un representante de la insolvencia

100) [(78)] El régimen de la insolvencia debe enunciar la obligación general de todo representante de la insolvencia de maximizar el valor y salvaguardar la integridad de la masa de la insolvencia. Ese régimen debe indicar claramente cuáles son ~~las facultades~~ los deberes y funciones de un representante de la insolvencia. Cabe citar los siguientes:

- a) asumir el control de todo bien que forme parte de la masa de la insolvencia y hacerse cargo de la documentación comercial del deudor, así como de toda documentación pertinente que obre en manos de terceros;
- b) hacerse cargo de la administración general de la masa;
- c) controlar el proceso de recogida, venta y distribución de los bienes;
- d) obtener información acerca del deudor y de su patrimonio y sus deudas, así como de sus operaciones pasadas (especialmente de toda operación efectuada durante el período de sospecha), e interrogar al respecto al deudor que deberá prestar declaración jurada o sujeta a algún procedimiento equivalente);
- e) obrar en aras de que el deudor cumpla con sus obligaciones;
- f) ayudar al deudor a preparar una lista de sus acreedores, junto con sus respectivos créditos, y velar por que esa lista sea enmendada y actualizada a medida que se vaya procesando la admisión de los créditos presentados;
- g) hacer uso de su facultad de impugnar ciertos actos del deudor;
- h) ejercitar todo derecho que obre en favor de la masa de la insolvencia en el marco de todo procedimiento judicial, arbitral o administrativo que se esté siguiendo y al que sea aplicable alguna medida de paralización o suspensión;
- i) encargarse de verificar y admitir los créditos presentados frente a la masa;
- j) encargarse de administrar la empresa en vía de reorganización o en vía de liquidación, si es que desea venderla como negocio en marcha;
- k) facilitar con regularidad información a los acreedores y al tribunal e informarles sobre la marcha del procedimiento;
- l) nombrar y remunerar a todo perito o profesional que haya de prestarle asistencia en su cometido;
- m) en todo supuesto de reorganización, preparar (o colaborar en la preparación de) un plan de reorganización o de un informe en el que se rinda cuenta de por qué la reorganización no es posible (de incumbir esto último al representante de la insolvencia);
- n) todo otro asunto que determine el tribunal o que sea encomendado al representante de la insolvencia por los acreedores o por el comité de acreedores.

Responsabilidad

(101) [(79)] El régimen de la insolvencia debe ocuparse de las consecuencias, así como de toda responsabilidad personal directa, o eventualmente imputable, por el incumplimiento de alguno de los deberes facultades o funciones del representante de la insolvencia [que se enuncian en las recomendaciones 99) y 100)]⁶. Las cuestiones

⁶ En el 26º período de sesiones del Grupo de Trabajo (mayo de 2002), hubo cierto apoyo en pro de que se definiera con cierto detalle la responsabilidad a que pudiera dar lugar el incumplimiento de alguna de las funciones enunciadas en las recomendaciones 99) y 100). Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar algo más esta cuestión a fin de proponer la inclusión en la recomendación de todo elemento que se estime oportuno (101).

relativas a la responsabilidad del representante de la insolvencia tal vez se rijan también por otras normas ajenas al régimen de la insolvencia.

Destitución y sustitución

102) [(80)] El régimen de la insolvencia debe indicar los motivos que darán lugar a la destitución del representante de la insolvencia y el procedimiento que habrá de seguirse para dicho fin. Cabría, por ejemplo, destituir al representante:

- a) por incompetencia, por negligencia, o por no haber obrado con la diligencia debida en el ejercicio de sus potestades y funciones;
- b) por constatarse que carece de cierta competencia o pericia profesional requerida en el caso considerado;
- c) por ser culpable de algún comportamiento indebido o de actos ilícitos; o
- d) por algún conflicto de intereses o por falta probada de independencia que se constate en circunstancias que justifiquen su destitución.

103) [(81)] El procedimiento a seguir para la destitución del representante de la insolvencia dependerá del que se haya seguido para su nombramiento, pero cabe citar al respecto su destitución por el tribunal a instancia de los acreedores o del comité de acreedores, su destitución por el tribunal actuando de oficio, su destitución por los propios acreedores si son ellos los que han nombrado al representante de la insolvencia y [...].

(104) [(82)] En todo supuesto de fallecimiento, de renuncia, de imposibilidad surgida para el cumplimiento de su cometido o de destitución del representante de la insolvencia, el régimen de la insolvencia debe prever alguna vía para el nombramiento de su sucesor.

Remuneración

(105) [(83)] El régimen de la insolvencia debe prever la remuneración del representante de la insolvencia, indicando la fórmula que se habrá de seguir para su cálculo o determinación y señalando la prelación de que gozará el representante para su cobro.

~~Recurso por la vía judicial~~

~~(84) — [Disposición de índole general relativa a la posibilidad de recurrir contra toda decisión del representante de la insolvencia en cuestiones relacionadas con el régimen de los contratos, las acciones de impugnación, la admisión de créditos, etc.: véase la nota de pie de página 14]~~