



FACULTAD DE DERECHO

SECCIÓN DE POSGRADO

“INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA”

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
DOCTOR EN DERECHO

PRESENTADA POR:
MG. JULIO CARLOS LOZANO HERNÁNDEZ

ASESOR:
DR. JULIO BALTAZAR DURAND CARRIÓN

LIMA - PERU

2020

DEDICATORIA

Este trabajo lo dedico sinceramente a mis hijos, Julio Alonso y Marcelo, pues son ellos una motivación constante para mi desarrollo profesional y personal, a mis padres, que siempre están a mi lado apoyándome y dándome ejemplo de decencia y fortaleza, y a Anita, quien hace mucho es el soporte fundamental que mi vida y trabajo necesitaban.

AGRADECIMIENTO

A Dios, que siempre ha estado a mi lado y generosamente me ha cuidado y protegido.

A mi familia por su apoyo incondicional.

A Julio Alonso y Ana, mis socios y soporte fundamental que con sus críticas, comentarios y observaciones me han brindado la base profesional e intelectual necesaria para poder sacar adelante este trabajo.

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo principal determinar si el manejo que le estamos dando a los procedimientos concursales transfronterizos en el Perú es eficiente, frente a la actual realidad económica del mundo globalizado, pues este debe hacer frente a la existencia de mega actividades económicas, en los denominados grupos de empresas, que vinculan activos, materiales e inmateriales, en diversos países. Ocurre que los estados o naciones en general tienen cada uno de ellos muy variada legislación y muy diversas maneras de enfrentar los estados de insolvencia, los mismos que, consideramos, no han encontrado un adecuado, uniforme y aceptable procedimiento concursal (o de quiebra como se le conoce en otros países) que busque enfrentar este problema de manera eficiente y con el menor costo social posible.

Con este objetivo se han revisado con detalle los orígenes del derecho concursal, analizando sus antecedentes concursales iniciales, los del derecho romano, los que regulaban estas situaciones de insolvencia en la legislación hispana que se aplicó en el Perú durante el periodo del siglo XIV al XIX, posteriormente en el Código de Comercio de 1902, y los contenidos en la Ley de Quiebras, la Ley de Reestructuración Empresarial, la Ley de Reestructuración Patrimonial y la actual Ley General del Sistema Concursal.

Adicionalmente era fundamental conocer el manejo de éste derecho especial en el mundo para lo cual se han analizado los antecedentes que se

tienen en la legislación comparada, específicamente en la legislación argentina, colombiana, chilena, española y europea.

Hecho ello, era importante saber cómo se encontraba regulado el nuevo orden económico internacional, ver sus antecedentes, entender cómo funciona el nuevo orden público transnacional, el nuevo orden económico internacional, cuál es su sustento, y como esto se ha implementado y reconocido en las Naciones Unidas y cuáles son sus bases conceptuales, principalmente referidas al control de la inversión extranjera, la expansión del comercio mundial y la cooperación en las relaciones económicas internacionales que se deben propugnar.

Realizado éste análisis era significativo poder contrastarlo con la realidad económica de los grupos empresariales transnacionales que se desarrollan en mérito a la vinculación entre empresas, las clases de vinculaciones que existen, su tipología (Uniones Consorciales, Sindicatos y Carteles, Alianzas estratégicas, comunidades de interés y grupos de sociedades), así mismo los grupos de empresas, los grupos de derecho y grupos de hecho, los grupos de sociedades clasificados en la naturaleza de las relaciones de las que nace o en las que se apoya la dirección común, los grupos de sociedades fundados en la estructura de la dirección común, así como la función económica de estos grupos.

En esta parte de la investigación era necesario por tanto analizar la insolvencia transfronteriza como figura económica real para lo cual se

analizaron una serie de conceptos fundamentales para entenderlo y las principales teorías para regularla, a saber las teorías de la territorialidad y extraterritorialidad, de unidad y pluralidad, entre otros varios conceptos. Además era esencial contrastar esta base teórica en el manejo que se le da a la quiebra o insolvencia transfronteriza en el derecho comparado, y así lo hicimos con Chile, Argentina, Colombia, España y la Comunidad Europea.

Para ver los resultados reales del manejo que se les da se hicieron análisis de los principales casos reales transfronterizos que se han presentado en el Perú, Chile y Colombia, lo que ha permitido ver las diferencias reales que existen en el manejo de estas crisis en nuestro país y nuestros vecinos con la finalidad de contrastar su eficiencia y los resultados obtenidos en la aplicación práctica del derecho existente y aplicable en cada caso.

Con toda la base teórica y real previamente desarrollada se hizo un análisis responsable de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre la Insolvencia Transfronteriza, su alcance y marco teórico, para finalmente realizar un análisis de la propuesta normativa contenida en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre la materia bajo investigación, lo que nos ha permitido; contrastada toda la base conceptual, teórica y práctica referida; concluir que es sumamente urgente y necesaria la regulación de una norma concursal sostenida en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre insolvencia transfronteriza, con la finalidad de

no perder competitividad y lograr un manejo eficiente de las contingencias de crisis patrimoniales que pudieran presentarse en la actual realidad económica que como lo hemos podido acreditar se sostiene en la necesidad de dotarnos de una regulación integradora y de eficiencia en cuanto al manejo de estas crisis que el derecho puede brindar y que, vemos que, con mucho éxito se han implementado en el mundo moderno y, lo que es más preocupante, en los países vecinos, lo que les da ventajas normativas para atraer de mejor manera la inversión extranjera en detrimento de la que pudiéramos generar en el país en claro y evidente perjuicio de nuestra sociedad y sus ciudadanos.

ABSTRACT

The main objective of this investigation is to determine if the handling of cross-border insolvency proceedings in Peru is efficient, compared with the current economic situation in the globalized world, so as to contend with the existence of mega-economic activities in companies which link assets, materials and intangibles in various countries. Generally, it occurs that states or nations have very varied legislation and very different ways of facing insolvency, however, an adequate, acceptable and uniform insolvency procedure (or bankruptcy as known in other countries) has not been found that deals with the problem efficiently and with the lowest possible social cost.

With this objective, the origins of insolvency laws were reviewed in detail, analyzing initial bankruptcy records, in Roman law, in Spanish legislation applied in Peru which regulated situations of bankruptcy from the fourteenth to the nineteenth century, later in the Commercial Code of 1902, and the contents in the Bankruptcy Law, the Business Restructuring Law, the Property Restructuring Law and the current General Law of the Insolvency System.

Additionally, it was necessary to understand the management of this special right in the world, for which the antecedents of comparative legislation were analyzed, specifically in Argentinian, Colombian, Chilean, Spanish and European legislation.

Having done this, it was important to know how the new international economic order was regulated, looking at its background, understanding how the new transnational public order and the new international economic order work, what their basis is, and how this has been implemented and recognized in The United Nations and what their conceptual foundations are, mainly related to the control of foreign investment, the expansion of world trade and cooperation in international economic relations that must be advocated.

Having carried out this analysis, it was significant to be able to contrast it with the economic reality of transnational business groups that developed in virtue of their links between companies, the kinds of links that exist, their typology (Consortiums, Unions and Cartels, Strategic alliances, communities of interest and corporate groups), likewise business groups, legal societies and de facto groups, corporate groups classified according to the circumstances under which they were conceived or those that support a common path, the groups of societies founded on the structure of a common management, as well as the economic function of these groups.

In this part of the investigation it was necessary to analyze cross-border insolvency as a real economic figure for which a series of fundamental concepts and main theories were scrutinized to understand and regulate them, namely theories of territoriality and extraterritoriality, of unity and plurality, among other concepts. In addition, it was necessary to contrast this theoretical basis in the handling of cross-border bankruptcy or insolvency in comparative

law, which was done with Chile, Argentina, Colombia, Spain and the European Community.

To see the actual outcomes of the management, an analysis of real cross-border cases that occurred in Peru, Chile and Colombia was carried out, which allowed one to see the real differences that exist in the management of these crises in Peru and neighboring countries in order to contrast efficiency and the results obtained in the practical implementation of existing and applicable law in each case.

With the theoretical and actual basis previously developed, a reliable analysis was made of the Model Law of the United Nations Commission for the Unification of International Trade Law (UNCITRAL), on Cross-Border Insolvency, its scope and theoretical framework, to finally perform an analysis of the legislative proposal contained in the Model Law of the UNCITRAL, on the subject under investigation, which has allowed the contrast of all the conceptual, theoretical and practical basis to conclude that the regulation of a bankruptcy policy sustained in the Model Law of the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL), on cross-border insolvency, is very urgent and necessary, in order not to lose competitiveness and achieve an efficient management of economic crises contingencies that could arise in the current economic situation that, has been substantiated, is based on the need to provide an integral and efficient regulation regarding the management of these crises that the law can offer and which they have been implemented with great success in the modern world, but what is more

worrying is that they have been implemented in neighboring countries, which gives them an advantage to better attract foreign investment to the detriment of Peru causing clear and obvious damage to the society and its citizens.

INTRODUCCIÓN

Al iniciar la presente investigación, que tiene ya varios años de trabajo, debo referir que está como bosquejo se inició en el año 2006, en un trabajo encomendado durante mis estudios de Doctorado para el curso de Teoría General del Derecho Civil, a cargo de la recordada Profesora, Doctora Roxana Sotomarinó Cáceres, distinguida madrina de nuestra promoción, que me obligo a repensar desde la perspectiva del Derecho Civil un problema que encontraba ya durante el desarrollo de mi práctica en derecho concursal y que estaba referido a la “Competencia en acciones sobre universalidad de bienes, Artículo 2061° del Código Civil” que fue el título del trabajo que presente y sustente durante el desarrollo del referido curso, pues ya a dicha fecha, hace 14 años, notaba que fruto de la inserción del Perú a las economías en pujante desarrollo se podían visualizar problemas vinculados con las insolvencias transfronterizas, pues como lo dije entonces y lo sostengo ahora, el significativo y creciente flujo del comercio internacional es uno de los elementos característicos del mundo en que vivimos.

Es evidente hoy mucho más que ayer que día a día, con mayor intensidad, empresas de un país mantienen relaciones comerciales con empresas o consumidores de otro país, ya sea exportando o importando mercaderías, productos o servicios, con este fin día a día, empresas locales deciden realizar inversiones en otros países, estableciendo para tal fin representaciones comerciales, sucursales, o directamente constituyendo nuevas sociedades en dichos países, o generándose nuevas y muy variadas formas de contratación

comercial o corporativa que genera un derecho corporativo universal, que aunque parezca extraño se traslada de alguna manera al pasado a la Lex Mercatoria que era un derecho horizontal, muy anterior a la creación del concepto estado o nación y que era necesario para poder regular las controversias que los comerciantes de edad media podían tener, y que básicamente se sostenía en las costumbres y prácticas comerciales más utilizadas y aceptadas por estos mercaderes.

No debemos olvidar que el intercambio de bienes y servicios han generado ingentes beneficios para la humanidad, en base a ello se crearon los pesos y las medidas para que haya equivalencia entre lo que se intercambia, la moneda, el mutuo, el crédito, los seguros e inclusive el arbitraje como mecanismo de solución de controversias, pues no existían funcionarios públicos especializados en administrar justicia, no existían, como concebimos en la actualidad, naciones soberanas, no existía una norma que pudiera imponerse de manera forzosa por tanto a sus ciudadanos, era por tanto un mundo horizontal donde el derecho debía de generarse de manera particular acorde a esa realidad y además se encontraba en constante cambio.

Hoy estamos ante una realidad que necesita un derecho universal, y el mundo de los negocios lo entiende así, por ejemplo el arbitraje comercial internacional es la mejor manera de poner fin a diferencias que pudiera surgir entre comerciantes de muy diversas latitudes, y este se resolverá no en mérito a una legislación impuesta de manera arbitraria, sino en función a aquella que los comerciantes consideren conveniente a sus intereses, en el idioma que

crean conveniente, por expertos en la materia, si así lo deciden, en el plazo, forma y lugar que mejor les parezca. El mundo está, en su gran mayoría, integrado y comunicado a velocidades inimaginables hace 50 años, uno puede comprar en Lima cualquier cosa y en lugares absolutamente alejados de nuestra geografía por medio de Internet lo que ha revolucionado la manera como nos vinculamos y como contratamos y eso seguirá evolucionando de manera incontenible, por lo que tenemos que prepararnos para estar acorde con el futuro inmediato.

Como lo sostengo esta situación se ha visto claramente potenciada en los últimos años con la utilización de la Internet, que ha permitido a empresas relativamente pequeñas ofrecer sus productos o servicios a todo el mundo, accediendo de esa manera a mercados internacionales sin necesidad de realizar grandes inversiones.

En este nuevo mundo globalizado que tiende a la integración de las economías y sociedades a medida que caen las barreras para la circulación de ideas, personas, servicios y capitales consumidores o usuarios de cualquier parte del mundo pueden elegir entre distintos oferentes –locales o extranjeros – el producto o servicio que más les convenga.

Este presente de vínculos mundiales inimaginables tiene sus propios problemas, por ello me permito sugerir el siguiente supuesto, analicemos el caso de una empresa de los Estados Unidos de América que decide invertir en Latinoamérica en por ejemplo el área de las telecomunicaciones.

Imaginemos el establecimiento principal en Miami y subsidiarias en Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Perú. El proyecto se organizaría mediante la constitución de sociedades anónimas en cada uno de dichos países, si bien – en realidad – desde el punto de vista económico-empresarial estaríamos ante una única empresa proveedora de servicios de comunicación integrados vinculados con Internet y servicios de e-business. La empresa tendría bienes (caja, depósitos bancarios, créditos por cobrar), empleados proveedores y clientes (consumidores) en cada uno de dichos países. Asumamos que, en la primera etapa, el financiamiento para el proyecto sea recibido directamente por la empresa madre, ya sea con una emisión de bonos Wall Street o con financiación otorgada por bancos estadounidenses. Dependiendo, entre otros elementos, de cuestiones impositivas, la sociedad madre aportaría los fondos en cada una de las subsidiarias mediante préstamos o aportes de capital; posteriormente, cada una de las subsidiarias podría obtener financiación de bancos locales.

Mientras el negocio funcione bien, no existirán preocupaciones por las complicaciones que puedan eventualmente presentarse ante una situación de insolvencia. Ahora bien, en caso que la situación empeore y los ingresos no alcancen para cubrir los costos financieros, deberán tomarse decisiones para salvar el negocio. Una de dichas decisiones podrá ser la presentación a concurso preventivo de la empresa (Procedimiento Concursal Preventivo en el Perú para ser más exacto), lo que generará una serie de preguntas:

- ¿Qué tribunal es competente para conocer un procedimiento de insolvencia de una empresa internacional de este tipo?
- La presentación en concurso de la sociedad madre en Miami, ¿deberá necesariamente incluir a las sociedades subsidiarias?; ¿es conveniente que las incluya?
- Los efectos concursales que la norma nacional trae contra la declaración de estado concursal de un deudor, a saber, suspensión de exigibilidad de obligaciones y protección patrimonial que se producen contra la difusión del concurso ¿tendrá efectos en un país extranjero?; en otras palabras, ¿los acreedores “extranjeros” podrán iniciar o continuar sus juicios contra los bienes de la sociedad madre concursada, aun cuando el tribunal de los Estados Unidos ordene la sus pensión de dichas acciones? En caso que no se suspendan las acciones en otros países, ¿deberá realizarse una presentación separada de cada subsidiaria en cada uno de los países?; ¿es factible que existan procedimientos simultáneos de insolvencia en distintos países sobre una misma empresa?
- El administrador o liquidador designado en un procedimiento concursal, ¿tendrá competencia para ejercer sus funciones y acceder a los bienes situados en otros países?
- ¿Los acreedores “locales” tendrán preferencia en la cobrabilidad de sus créditos por sobre los acreedores “extranjeros”?; ¿en base a qué elementos debe considerarse un acreedor como “extranjero”?
- Si se decreta la quiebra, ¿Cómo se distribuirán los bienes?; los créditos de la sociedad madre, ¿cobrarán pari passu con los de los restantes acreedores o serán considerados subordinados?

Estas son algunas de las preguntas que ante un caso de insolvencia transfronteriza surgieron en mí hace 14 años y que aun objetivamente no han logrado respuestas inequívocas. Ante esta situación, distintas clases de acreedores pretenden cobrar distintas clases de créditos ejecutando distintas clases de bienes de acuerdo a distintas leyes aplicables. Dicha carrera entre acreedores de distintos países ejecutando bienes ubicados en distintos países puede provocar la desaparición del valor de la empresa como unidad, perjudicando así a todos los interesados: acreedores, empleados, consumidores e, incluso, al propio Estado.

Nótese que una mala regulación sobre los casos de insolvencia transfronteriza que, por ejemplo, no proteja debidamente los intereses de los inversores extranjeros jugará como un incentivo negativo para que se produzcan nuevas inversiones. Asimismo, en caso nos encontremos con distintos procedimientos de insolvencia en diferentes países, sin que existan normas especiales para coordinar dichos procedimientos, seguramente se generarán conflictos entre los diversos fueros intervinientes. Esto irá en detrimento del valor de los activos propios de la masa, al generar mayores costos por gastos legales y por el mero transcurso del tiempo sin llevar adelante la venta de la empresa como unidad o, cuanto menos, de sus activos.

Estas cuestiones han otorgado al tema de la insolvencia internacional una importancia y actualidad impensada hace algunos años atrás. En los últimos años, se han celebrado acuerdos o convenciones internacionales sobre el

tema, orientados fundamentalmente a alcanzar una administración equitativa y más eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de las partes involucradas (acreedores en general y propio deudor) y éste es uno de los objetivos de la Ley Modelo de UNCITRAL que con detalle analizaremos durante el desarrollo de esta investigación que busca mejorar nuestra legislación concursal y dotarla, de ser el caso, de las normas que la hagan aún más atractiva a la inversión extranjera, tan necesaria para el crecimiento de nuestra circunstancialmente estancada economía.

Asimismo, desde hace algunos años ya varias empresas (algunas de ellas latinoamericanas) han decidido llevar adelante sus procesos de reorganización concursal de acuerdo a la legislación y ante los tribunales de un país distinto al de su domicilio, lo que ha generado nuevas preguntas sobre el tema. Esta nueva concepción sobre la insolvencia extra nacional o transfronteriza se enmarca en realidad dentro de una nueva concepción sobre el Derecho Concursal en general, pero que debemos tratar de inmiscuir en nuestra realidad y legislación lo que en buena cuenta se constituye en el propósito de este trabajo.

Finalmente, hay que considerar la enorme trascendencia universal que este problema tiene para el Derecho Concursal de la actualidad, que ya el (Banco Mundial, 2014) al establecer los "Principios y líneas rectores para sistemas eficientes de insolvencia y derechos de los acreedores", publicado en abril de 2001 al desarrollar el Principio N° 24 de dicho trabajo, expresa incuestionablemente que:

"El fenómeno de la insolvencia transfronteriza, donde la dispersión de los bienes y actividades del deudor genera una diseminación de intereses y pretensiones involucrando la potencial aplicación de más de un único sistema de derecho, ha existido desde que las sociedades humanas han permitido la movilidad y el intercambio. La diversidad entre legislaciones domésticas - tanto en asuntos de detalle como en el enfoque fundamental de la insolvencia - hace esencial que los aspectos transfronterizos de la insolvencia sean resueltos. La globalización del comercio ha incrementado la incidencia de la insolvencia internacional. Más aún, la dimensión y la complejidad de tales insolvencias pueden ser lo suficientemente significativas como para suscitar el interés público acerca de los métodos a ser seguidos, a fin de lograr soluciones justas y eficientes de los problemas expuestos". (pág. 61)

Y es justamente en este esfuerzo que la presente investigación quiere contribuir.

ÍNDICE DE CONTENIDO

Dedicatoria	i
Agradecimiento	ii
RESUMEN	iii
ABSTRACT	vii
INTRODUCCION.....	x
1 CAPÍTULO I. MARCO TEORICO	6
1.1 Antecedentes de la investigación	6
1.2 Bases teóricas	11
1.2.1 La globalización	14
1.2.2 Insolvencia Transfronteriza	17
1.2.3 Antecedentes Concursales	23
1.2.4 Antecedentes en la Legislación Comparada.....	56
1.2.5 Nuevo Orden Económico Internacional.....	128
1.2.6 Vinculación entre empresas	158
2 CAPÍTULO II. METODOLOGÍA	182
2.1 Planteamiento del problema	182
2.1.1 Descripción de la realidad problemática	182
2.1.2 Formulación del problema.....	182
2.1.3 Objetivos de la investigación.....	183
2.1.4 Formulación de hipótesis	183

2.1.5	Justificación de la investigación.....	184
2.1.6	Delimitación de la investigación.....	184
2.1.7	Viabilidad de la Investigación.....	185
2.2	Diseño metodológico.....	185
2.2.1	Enfoque.....	185
2.2.2	Método.....	187
2.2.3	Técnicas de investigación.....	190
2.2.4	Aspectos éticos.....	192
3	CAPITULO III. RESULTADOS.....	194
3.1	Manejo actual de la insolvencia transfronteriza.....	194
3.1.1	Introducción.....	194
3.1.2	Aproximación conceptual.....	208
3.1.3	Principios Rectores de la Insolvencia.....	212
3.2	Quiebra Transfronteriza en el Derecho Comparado.....	223
3.2.1	Quiebra Transfronteriza en Chile.....	224
3.2.2	Quiebra Transfronteriza en Argentina.....	251
3.2.3	Quiebra Transfronteriza en Colombia.....	262
3.2.4	Quiebra Transfronteriza en la Comunidad Europea y España	
	286	
3.3	Concursos Transfronterizos en Casos Reales.....	294
3.3.1	Introducción.....	294

3.3.2	Concurso Transfronterizo en Perú.....	300
3.3.3	Concursos Transfronterizos en Chile	312
3.3.4	Concurso Transfronterizo en Colombia.....	322
4	CAPITULO IV: DISCUSIÓN.....	328
4.1	Preámbulo y consideraciones generales de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre la Insolvencia Transfronteriza (Ley Modelo Insolvencia, n.d.).	328
4.2	Alcances y marco teórico de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre la insolvencia transfronteriza	333
4.2.1	Concepto	333
4.2.2	Jurisdicción Internacional en materia concursal	335
4.2.3	Condiciones de acceso básico y diseño legal del procedimiento concursal	339
4.3	Análisis de la propuesta normativa de la International Bar Association IBA - Comité Insolvency and creditors rights: “Cross-border insolvency concordat	342
4.4	Análisis de la propuesta normativa de contenida en los principios de cooperación en casos de insolvencia transnacional entre países miembros del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. American Law Institute – ALI, Transnational Insolvency cases among the members of the NAFTA)	344

4.5	Análisis de la propuesta normativa de la Convención de la Unión Europea (UE) sobre procedimientos de insolvencia/Reglamento 1346/2000 de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia.....	345
4.6	Análisis de la propuesta normativa contenida en los principios y líneas rectoras para los sistemas eficientes de insolvencia y derechos de los acreedores del Banco Mundial.....	348
4.7	Análisis de la propuesta normativa contenida en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre la insolvencia transfronteriza	349
4.7.1	Concepto	349
4.7.2	Acceso.....	351
4.7.3	Reconocimiento	355
4.7.4	Medidas otorgables	358
4.7.5	Cooperación y coordinación.....	360
4.8	Importancia en el Perú de la aplicación de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre la insolvencia transfronteriza	362
4.8.1	Respecto del reconocimiento de las sentencias extranjeras.....	362
4.8.2	Respecto de la norma concursal aplicable	364
5	CONCLUSIONES.....	370
6	RECOMENDACIÓN	376
7	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	399

8 ANEXOS	408
----------------	-----

1 CAPÍTULO I. MARCO TEORICO

1.1 Antecedentes de la investigación

Pese a que no existe una regulación normativa sobre la Insolvencia Transfronteriza en nuestro país, este fenómeno si ha venido siendo estudiada y analizada, con mayor detalle en el extranjero, desde la década de los 2000, no obstante, hay que decirlo, en el Perú han existido algunos estudios muy preliminares sobre este fenómeno económico y legal.

En el presente trabajo se han identificado estudios e investigaciones, tanto nacionales como extranjeras, que han servido de base y/o complemento para nuestra investigación.

A continuación, citamos algunos de los antecedentes a la investigación propuesta, las cuales se citan en orden cronológico en base a su año de publicación:

Duran, M., & Reinales, A. (Febrero de 2003). Tesis sobre Insolvencia Transfronteriza. Bogotá, Colombia (Duran & Reinales, 2003).

En cuanto al trabajo referido este hace una breve descripción y estudio de la evolución e importancia de las regulaciones que han tratado el tema de

la insolvencia transfronteriza y su desarrollo en Colombia a la fecha de realizada la investigación, en el año 2003, así como la repercusión que este fenómeno tuvo para la economía y los comerciantes al no contar con un mecanismo idóneo que regule debidamente este fenómeno.

Sotomonte Mujica, D. R. (2009). *Insolvencia Transfronteriza: evolución y estado de la materia*. Bogotá: Editora: Universidad Externado de Colombia. (Sotomonte Mujica, 2009).

En lo que respecta a este libro, es ya un importante trabajo realizado en Colombia con la introducción de la Ley 1116 de 2006, que trata sobre la Insolvencia Transfronteriza en dicho país, que fue publicada en el Diario Oficial No. 46.494 con fecha 27 de diciembre de 2006; tuvo como objetivo fundamental diseñar un mecanismo ágil de recuperación empresarial de carácter no jurisdiccional sino básicamente contractual, que condujera a una solución a los inconvenientes que presentaban los acuerdos “concordatarios”, entiéndase de refinanciación o reestructuración de pasivos, y al establecimiento de reglas laborales especiales y temporales, que permitiera una flexibilización en la prelación de los créditos y que dotara a deudores y acreedores de incentivos e instrumentos adecuados para la negociación, diseño y ejecución conjunta de unos acuerdos de reestructuración que facilitará a las empresas poder normalizar su actividad económica y productiva, honrar, en la medida de lo posible, sus compromisos financieros, permitirles además nuevamente acceder al crédito en mérito a; dependiendo en cada caso particular; su capacidad de pago, además de facilitar la garantía

y el pago de los pasivos pensionales y conservar los empleos de los trabajadores, que son objetivos que el derecho concursal transfronterizo a perseguido desde siempre.

Vásquez, M., & Acevedo, R. (2014). Análisis de la regulación sobre insolvencia transfronteriza en América Latina: Chile. *Justicia Juris*, 9-16. (Vásquez & Acevedo, 2014).

En ese contexto, los autores, profesores universitarios colombianos hacen un análisis de la legislación chilena, uno de los países con los que mantiene importante relaciones comerciales, que en ese momento al igual como pasa en el Perú actualmente, no había adoptado la Ley Modelo propuesta por la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), lo que acredita presenta una falta de armonización que dificulta la regulación de la materia. Y continúan manifestando que la legislación chilena se caracterizaba, en ese momento, por ser anacrónica y proteccionista, lo que va en contravía de la tendencia internacional actual y no cuentan con instrumentos internacionales que regulen adecuadamente la Insolvencia Transfronteriza.

Debo referir que el referido trabajo se desarrolló en el marco del Grupo de Investigación Problemas Contemporáneos del Derecho y la Política (GIPCODEP) de la Universidad de San Buenaventura, Seccional Cali y se constituye en resultado del proyecto de investigación denominado “CNUDMI: Un Estudio del Régimen Internacional en Insolvencia Transfronteriza para

América Latina, lo que acredita que el problema legislativo de una nación, como el Perú, en realidad se convierte en un problema regional de ineficiencia legislativa.

Fuentealba, A., & Soto, L. (2017). Tesis La Insolvencia Transfronteriza en el ordenamiento jurídico chileno. Santiago de Chile, Chile. (Fuentealba & Soto, 2017).

Este interesante trabajo analiza cómo se modifica la legislación chilena pues refiere que ya en octubre del año 2014, entró en vigencia la ley N° 20.720 de Insolvencia y reemprendimiento en dicho país, que sustituyó la legislación aplicable a la quiebra de personas y empresas que regía hasta, junto con ello, destaca una institución que no existía previamente, como es la liquidación transfronteriza, estableciendo como principio que los acreedores extranjeros tienen los mismos derechos que los acreedores chilenos, en cuanto a iniciar un procedimiento concursal y participar como acreedor con el reconocimiento completo de sus derechos.

Además establece que la nueva ley de insolvencia y reemprendimiento, sentó un precedente en cuanto a cooperación judicial de Chile con países extranjeros y así generar garantías a los inversionistas, en cuanto a sus derechos como acreedores, los cuales vienen a ser reconocidos por ese ordenamiento jurídico, sin discriminar el tipo de acreedor del que se trate e incluso a establecer los mecanismos de persecución de bienes del deudor si esto fuera necesario.

Además concluye, como es verdad, que la inspiración de las normas de carácter transfronterizo en Chile tiene directa relación con la ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, que se creó a propósito de la intención de un grupo de países, con la colaboración de la Organización de Naciones Unidas, de recoger prácticas seguidas en cuestiones de insolvencia transfronteriza, que caracterizan a los regímenes de insolvencia modernos.

Moradas, C. (Julio de 2019). Tesis Análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial de la insolvencia de la Insolvencia Internacional. Santa Rosa, La Pampa, Argentina (Moradas, 2019).

En el trabajo referido se analizó la insolvencia transfronteriza desde la perspectiva legislativa argentina, la misma que no cuenta incorporada norma alguna que regule Insolvencia Transfronteriza.

Por ello se desarrolló los distintos criterios de regulación y sistemas que giran en torno a la normativa de la insolvencia transfronteriza. Seguidamente, se analizó la normativa aplicable, abarcando en forma pormenorizada la Ley de Concursos y Quiebras Argentina, particularmente y en especial consideración su artículo 4° que es el que mejor pretende atender esta particular situación.

Asimismo, en lo que respecta la normativa se tendrán en cuenta las diversas posturas doctrinarias como así también jurisprudencia relevante, por

lo que además tuvo en cuenta el ordenamiento jurídico argentino en su totalidad, tal es así que en atención a lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina se evaluaron también los Tratados Internacionales que Argentina ha suscrito y por tanto incorporado a su ordenamiento jurídico. Es fundamental destacar también que tuvo como eje de análisis al factor de la globalización como una importante influencia en el carácter trasfronterizo de la insolvencia.

1.2 Bases teóricas

Por el tema tratado considero que las principales bases teóricas que le dan soporte a la investigación tienen íntima relación con mundo globalizado que hoy nos ocupa y su vinculación real y económica con el Derecho Concursal, que es una rama que surge, desde una perspectiva moderna, a partir de los años 80 en Europa como una nueva manera de poder enfrentar los estadíos de insolvencia que pudieran atravesar, principalmente, los agentes económicos, entendiendo que finalmente son estos lo que de manera sostenida y sólida generan riqueza y por tanto bienestar colectivo mediante mayor recaudación, mayor competencia en los mercados, mayores puestos de trabajo, y mayor nivel de satisfacción personal pues premia el esfuerzo empresarial, que es lo que finalmente el mundo moderno busca generalizar mediante normas y principios de carácter universal que intenta se apliquen en más naciones para que este bienestar se extienda de manera sostenida y generalizada.

Este derecho concursal toma su nombre por el derecho de “conurrencia” que se les otorga de manera igualitaria a todos los acreedores del deudor insolvente o sometido a concurso, por lo menos en el país, por lo que es fundamental entender cómo funciona desde su origen en el derecho romano y cuál ha sido su evolución en el tiempo para lograr esta visión moderna de norma de avanzada en el Perú, que incluso, considero, con un criterio de eficiencia importante, le quita competencia en esta fundamental materia al Poder Judicial, y le asigna esta función a su agencia de competencia que en el Perú está a cargo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), luego ver como esta norma concursal se regula en el derecho comparado para ver su nivel de eficiencia comparada con la realidad nacional, poder además entender cómo funciona y está estructurado el llamado Nuevo Orden Económico Internacional y su impulso incluso por parte de las Naciones Unidas, y además entender como el crecimiento exponencial de actividades económicas transfronterizas han creado y siguen creando las más variadas formas de vinculación entre empresas, las que han generado una serie crisis en el Derecho Societario tradicional pues este se ve seriamente afectado por el nuevo Derecho de Grupo de Sociedades que atiende principalmente criterios económicos para poder establecer cuál es entonces en la actualidad función económica de los grupos de empresas, y poder finalmente con esos conceptos estructurados analizar si la manera como el derecho peruano regula la insolvencia transfronteriza cumple su función o en realidad es necesario, como lo creemos, modernizarla e integrarla al mundo actual.

Por ello entre los principales puntos que desarrollaremos como base teórica de la presente investigación tenemos:

- La globalización
- Insolvencia Transfronteriza
- Antecedentes Concursales
- Antecedentes en la Legislación Comparada
- Nuevo Orden Económico Internacional
 - Antecedentes
 - Orden público transnacional
 - El nuevo orden económico internacional
 - Sustento conceptual del nuevo orden económico internacional
 - Las Naciones Unidas y el nuevo orden económico internacional
 - Bases del desarrollo del nuevo orden económico internacional
- Vinculación entre empresas
 - Clases de Vinculación
 - Tipología de Vinculación entre empresas
 - Tipología básica de los grupos de empresas
 - Función económica de los grupos de empresas

En el mundo actual se vienen desarrollando nuevas tendencias y formas de hacer negocios y empresas, así como formas de vincularse las cuales se deben a diversos factores, tales como la globalización, la búsqueda de nuevos mercados, la competencia, la integración en bloques económicos, entre otros.

Así, tanto las personas naturales como las jurídicas (en especial aquellas con fines de lucro), con el objeto de diversificarse, ampliar sus negocios u obtener mayores retornos económicos, han optado por organizarse de manera tal que puedan competir en el mercado de forma más eficiente y con mayor poder, y en la mayoría de los casos, los grupos empresariales más importantes tienen un esquema transfronterizo pues es fundamental para ellos tener siempre mercados más amplios que atender, lo contrario implicaría reducir su posibilidad de acción y crecimiento.

Y es dentro de este contexto que las crisis patrimoniales hoy más que nunca orientadas al ámbito corporativo- han tenido -y tienen-, que adaptarse a tales tendencias a efectos de poder estar a la par con dichas exigencias y a lo que el derecho de crisis empresariales tiene que adaptarse de manera evolutiva para no quedar relegado a una nueva e innegable realidad económica globalizada.

En esa lógica desarrollaremos alguna base teórica fundamental:

1.2.1 La globalización

La globalización es un término fundamental para entender la presente investigación, y que pese a ser un término muy usual, tiende a tener un significado común un tanto limitado, pues en la mayoría de los casos, abarca a las tecnologías de la información y al plano económico.

Sin embargo considero importante referir que pensamos que el concepto expuesto por (Fujii & Ruesga, 2004) quienes conceptualizan este fenómeno con un cariz más complejo, holístico y transversal, cuando sostienen lo siguiente:

La idea de globalización que manejamos con bastante ligereza intelectual y, en el común de los casos, como arma antojadiza, no es un concepto simple ni de sencilla asimilación. La complejidad de los fenómenos y procesos que convergen en los que se denomina globalización requiere abordar el análisis de este concepto desde diferentes planos, considerando desde los aspectos semánticos, históricos, geográficos, etc. que puedan estar contenidos en el tema, hasta la vertiente política e ideológica que define este término. (Fujii & Ruesga, pág. 15).

Así puedo sostener que se debe entender la globalización como aquel fenómeno moderno que se caracteriza por una constante interacción e interdependencia entre empresas y/o personas, incluso países en todo ámbito del funcionamiento social, económico, político, cultural, deportivo y demás del ser humano.

Entre las principales características de la globalización se pueden mencionar las siguientes:

- Es un proceso de mundialización, en el cual todo el colectivo humano, ya sea mediante países, sociedades, empresas y personas interactúan permanentemente dentro de su ámbito de interés pero a nivel transfronterizo.
- Se trata de un proceso evidentemente dinámico, que se encuentra en constante cambio y adaptación, conforme a las nuevas exigencias que vayan surgiendo en la actividad humana.
- Las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC's) son imprescindibles para que este fenómeno se hubiera generado y generalizado de manera imparable en la actualidad.
- La apertura de los mercados en general es un factor predominante en la globalización.
- Otro aspecto característico de esta tendencia es la desregulación y flexibilidad normativas, que incluso a nivel de las Naciones Unidas se busca implementar a fin de poder hacer más atractivo el emprendimiento de nuevos negocios y por tanto el bienestar colectivo.
- Entre varios más.

Por su parte, el Fondo Monetario Internacional (FMI) define la globalización como “la interdependencia económica creciente en el conjunto de los países del mundo, provocada por el aumento del volumen y variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, al mismo tiempo que por la difusión acelerada y generalizada de la tecnología” (Banco Mundial, 2000).

En lo que respecta a la insolvencia transfronteriza, no hay duda que la globalización ha generado estas, puesto que este fenómeno ha traído consigo nuevas formas de hacer negocios o ha impulsado de manera exponencial los ya existentes. Así tenemos que en la actualidad y como resultado de la globalización, se han vuelto más dinámicos los procesos de privatización, fusiones y adquisiciones, reorganizaciones empresariales, externalización de procesos, comercio exterior, negocios internacionales, reorganización empresarial, maneras de vincularse y organizarse, circunstancias que fuerzan a quienes realizan actividad económica a recurrir a las más novedosas formas de interrelación empresarial que generan también problemas internacionales cuando estas actividades empresariales sufren de crisis patrimoniales por las más variadas causas que se presentan en que hacer empresarial moderno.

1.2.2 Insolvencia Transfronteriza

La insolvencia tiene una serie de conceptualizaciones válidas, pero para entender de qué hablamos diremos que es, en sentido amplio, la

incapacidad de un sujeto de derecho para satisfacer las deudas existentes u, entendido de otra manera, poder honrar sus obligaciones. Sin embargo, para la óptica concursal, ha sufrido una afortunada evolución, pues hace mucho ha dejado de ser una simple comparación patrimonial de activos contra pasivos caracterizada por la superioridad de los segundos frente a los primeros, esto es, por la existencia de un patrimonio neto negativo, para convertirse, con una visión más moderna y eficiente, en un término mucho más refinado, pudiendo entenderse también como un estado transitorio o temporal de incapacidad de pago, situación que permitiría, de ser el caso, la recuperación empresarial del agente económico en crisis y además el aumento de la confianza en la economía de los Estados.

Ante la multiplicidad de conceptos sobre la insolvencia, consideramos que uno de los más relevantes es el elaborado por Sagrera Tizón referido por el profesor Sotomonte. Así tenemos entonces que “la insolvencia es una situación patrimonial objetiva que impide al deudor hacer frente a sus obligaciones, bien sea de manera transitoria o definitiva, pudiendo inclusive conducirlo a suspender de manera definitiva sus pagos o a temer llegar a suspenderlos” (Sotomonte Mujica, 2009, pág. 26).

Por lo demás consideramos que el más integrado a nivel transnacional es el trabajado por (Raspall & María, 2014) quienes sostienen que:

En la actualidad el concepto de insolvencia transfronteriza solo tiene cierto consenso desde el punto de vista adjetivo, mas no desde el punto

de vista sustancial, por cuanto solo hay acuerdo sobre cuales situaciones convierten a una insolvencia en transfronteriza, pero no sobre cuando se configura una situación de insolvencia. Continúa señalando que, a nivel internacional, se entiende por insolvencia transfronteriza, de manera más o menos generalizada, aquel fenómeno que se presenta cuando, con ocasión de la insolvencia de un deudor, dos o más Estados, bien sea en razón de sus ciudadanos o de su territorio, se ven involucrados en el asunto. Sin embargo, no hay consenso en cuanto a qué debe entenderse por insolvencia, desde el punto de vista sustancial. (pág. 341).

Por lo mismo terminan definiendo cuando estaremos frente a un proceso concursal transfronterizo y así lo sostienen (Raspall & María, 2014) que literalmente expresan:

Así es, pues, que al encontrarnos frente a un proceso concursal con elementos de extranjería, las cuestiones de derecho que deberán definirse van a ser, en la mayor parte de los casos, las siguientes: a) juez competente; b) ley aplicable; c) unidad o pluralidad de procesos; d) tratamiento de los acreedores nacionales y extranjeros; e) reconocimiento de un proceso extranjero, territorialidad o extraterritorialidad de la sentencia; f) acceso de los representantes extranjeros; g) efectos del proceso nacional en el territorio extranjero y a la inversa, y h) cooperación internacional. (pág. 348).

También vinculado al concepto de insolvencia encontramos la opinión de (Martínez & Pérez, 2015) que sostiene:

La insolvencia es definida como un fenómeno no solamente económico, toda vez que el mismo está relacionado al desequilibrio existente entre el activo líquido del y su pasivo exigible, entendido como *cash flow test*. El que el pasivo sea mayor que el activo no necesariamente significa insolvencia, se deben analizar otros factores como la exigibilidad de las deudas y el acceso al crédito del deudor, entre otros. (Martínez & Pérez, 2015)

Asimismo sostienen (Martínez & Pérez, 2015) sobre la insolvencia en el sistema europeo que:

Los requisitos, condiciones o causales objetivos y su finalidad en la declaración de aquel estado, podrían determinar las diferencias y semejanzas de los sistemas de insolvencia en los estados comunitarios, y permiten así la visión y misión actual deseable desde los diferentes ordenamientos jurídicos, que no necesariamente persiguen la sanción de liquidación para evitar la pérdida, disminución o afectación del patrimonio del deudor sino priorizan la conservación de la empresa. El éxito de una visión equilibrada entre la liquidación y la conservación planificada y funcional es igualmente complejo. El riesgo de una inviabilidad posterior al optar por el salvataje o reorganización, no hace sino dilatar con sendos costos la liquidación;

por otro lado una temprana liquidación podría no ser la opción económicamente más viable para los interesados y de ser exitoso el trámite de reorganización, las externalidades positivas en el tiempo se pueden percibir. (Martínez & Pérez, 2015).

Aterrizando ya estos conceptos al derecho internacional sobre insolvencia encontramos la opinión de (Bork, 2018) que en una traducción libre sostiene:

El derecho internacional de insolvencia es la totalidad de las normas que abordan los aspectos transfronterizos de las insolvencias. Si los deudores tienen activos, acreedores, contratos u otros asuntos, como filiales, en el extranjero, surgen muchas preguntas: ¿Qué estado tiene jurisdicción internacional para abrir un procedimiento de insolvencia? ¿La decisión de abrir procedimientos en el estado A será reconocida en el estado B?, ¿Cuáles son los efectos transfronterizos de los procedimientos (por ejemplo: ¿existe un solo conjunto de procedimientos de insolvencia con efecto mundial o existen diferentes procedimientos de insolvencia en cada estado afectado)?, ¿Cuáles son los poderes del practicante de insolvencia en el extranjero (por ejemplo, el practicante de insolvencia designado en el estado A será reconocido en el estado B y sus poderes se extenderán a los activos en estados extranjeros)?, ¿Qué ley de insolvencia es aplicable (por ejemplo: los derechos de seguridad creados en el estado B se verán afectados por la ley de insolvencia del estado A)? Hay una gran cantidad de

preguntas desafiantes y es una tarea fascinante investigar los principios fundamentales de esta parte de la ley de insolvencia. Al buscar una codificación del derecho internacional de insolvencia que pueda estudiarse por sus principios fundamentales.

Finalmente vinculando este concepto con la globalización debemos citar a (Baeza, 2011) que en un interesante artículo trabajado en una revista jurídica indexada sostiene que:

En un contexto de negocios y economías globalmente interrelacionadas, el derecho de la insolvencia y los procesos concursales, pasan a tener una relevancia destacada, donde el ordenamiento comunitario es un ámbito interesante para el estudio de los diversos tratamientos, donde es interesante notar, que en todos ellos, el objetivo, además del pago de los acreedores, es en el caso del deudor honesto, otorgarle la oportunidad de liberarse de su pasivo restante. (Baeza, 2011)

Así continúa, respecto de los sistemas concursales:

Además, estos sistemas, tienen en común, el focalizarse en una situación compleja como núcleo de su procedencia, compuesta normalmente de tres elementos a saber, la pluralidad de acreedores frente a un deudor común, la insolvencia del mismo y la existencia de un patrimonio universal insuficiente o incluso sin bienes para afrontar los gastos de un concurso. (Baeza, 2011)

1.2.3 Antecedentes Concursales

1.2.3.1 Antecedentes Concursales en el Derecho Romano

Para empezar, es fundamental entender en que se sustenta el derecho concursal, así como sus orígenes más remotos, el mismo que está íntimamente vinculado a cómo se manejaba originalmente el incumplimiento de obligaciones y cómo se asignaba responsabilidad en caso de incumplimiento de deudas desde sus orígenes. En este sentido debemos referir que desde que se presentaron las primeras manifestaciones de la llamada “insolvencia” patrimonial, la sociedad pretendió darle un tratamiento adecuado a dichas crisis patrimoniales, procedimiento que ha tenido un sustento lógico y práctico que ha ido evolucionando conforme al progreso de los conceptos económicos y legales que sustentaban cada época en que estos se presentaban. Así tenemos, que desde el origen de las obligaciones en el Derecho Romano, que son de alguna manera el sustento de las posteriores “crisis patrimoniales” se les dio un trato específico, para lo cual debemos comprender (Del Blog de Derecho Concursal.tv (de Julio Lozano Hernández.) “que en la evolución histórica del concepto de obligación encontramos que en un principio, durante la etapa totémica y tribal de la

organización social, no existe el concepto de obligación como tal, ya que sólo existían deberes de tipo religioso, consistentes en el sacrificio de animales para aplacar la ira de los dioses”. La economía era cerrada y natural, y sólo buscaba satisfacer las necesidades elementales del colectivo humano.

A medida que surgen y se van desarrollando las actividades económicas y como consecuencia natural de ello, aparece el excedente económico y la necesidad de castigar algunos actos delictivos; surgen en Roma las primeras obligaciones de persona a persona, manifestándose la necesidad de que el deudor dé una garantía a su acreedor.

La primera etapa del Derecho Romano, que comprende desde el año 753 a. de C. con la fundación de Roma, hasta años antes de la expedición de la Ley de las XII tablas; es un período donde se viven dos formas de gobierno, (Diccionario Enciclopédico Santilla,) “la Monarquía (753 - 510 a. de C.) y la República (510 a. de C. hasta 326 a. de C. fecha en que se considera se expidió la Ley de las XII tablas)” (pág. 2498).

La normatividad de este período está sustentada en la costumbre (*more*), que constituyó el derecho consuetudinario o derecho no escrito (*ius non scriptum*). (Carames Ferro, 1940) “En esta época existía una institución llamada *nexum* (que

significa ligar, anudar o encadenar)” (pág. 33). que debiera de entenderse como un acto por el cual (Ezaine Chávez, 1987) “una persona que pedía dinero prestado quedaba ligada física, personal y materialmente si no cancelaba la deuda” (pág. 13). y esto “debido a la estrecha relación entre religión y patrimonio, hizo que al comienzo, como podemos notarlo, el deudor respondiera con su cuerpo de las deudas. (Errazuriz, 1984) “Sus bienes estaban vinculados al culto. No podía desprenderse de ellos” (pág. 7).

Para poder hacer un símil entre la responsabilidad que competía a los deudores como es hoy entendido, y su origen más remoto, debemos referirnos necesariamente a la forma que tenía el procedimiento ejecutivo en la época arcaica.

Históricamente, el tema de la ejecución se vincula a la necesidad de constreñir al deudor a cumplir una sentencia pronunciada y, aunque con la instauración de un proceso declarativo desaparece la antigua venganza privada, que consistía en que la víctima de un delito podía hacerse justicia con sus propias manos, (Carames Ferro, 1940) “cuya primera limitación es la Ley de Talió que propugnaba que la víctima no podía causar al agresor un daño mayor al que le hubieran podido causar (*“vida por vida”, “ojo por ojo”*)” (pág. 34); luego de esto y con el transcurrir del tiempo podemos mencionar que los

romanos de alguna manera interpretaron que la sanción económica es la manera más eficaz de sancionar un delito, por lo que se llega a crear el sistema de la *Composición Voluntaria*¹, siendo que en ese entonces el derecho de la víctima se limitaba a pedir un resarcimiento económico, (Von Mayr, 1926) “pero como el pago inmediato era usualmente inviable por el importe de la deuda, había que concederle al deudor un plazo y ofrecerle al acreedor una garantía” (pág. 195). Para esto es que se constituía en *nexum*, referido precedentemente, y el cual se perfeccionaba con una serie de formalidades, mediante las cuales el deudor, en presencia de cinco testigos y el *librepents* ante una balanza comprometía su propia persona en garantía de la deuda contraída.

Tenemos entonces que, si el deudor no cancelaba lo adeudado el acreedor mediante sus bienes, es decir patrimonialmente, (Betti, 1969) “el acreedor disponía de la *manus iniectio*” (pág. 342)². En este sentido, encontramos que el derecho arcaico permitió que fuese el propio interesado el que se hiciese justicia por su mano, pero debía hacerlo observando una serie de requisitos y ritualidades previamente establecidos.

¹ Luego y sistematizando este sistema se fija una tabla donde a cada delito correspondía una cantidad fija de dinero como indemnización con lo que se llega al sistema de la *Composición Legal* (Carames Ferro, José).

² Que debe entenderse como una muy posible ejecución forzosa sobre la persona física, como lo sostiene el profesor Emilio Betti en la obra citada.

Ello tenía lugar a través de la Ley de las XII Tablas (451-449 a.C)³, en la que podemos encontrar el primer referente a la acción ejecutiva con la que se forzaba al deudor a pagar una sentencia, evidentemente pecuniaria, en origen conocida como *missio in bona* (Betti, 1969) “que es el proceso romano clásico de la ejecución normal” (pág. 343); pudiendo manifestar que según encontramos en la Tabla III (Selección y traducción, G. FATÁS , 1994, pág. 355) este proceso funcionaba de la siguiente forma: se citaba al deudor ante el magistrado, pudiendo el deudor pagar o presentar un *vindex*⁴. Si no hacía ni lo uno ni lo otro, a los 30 días el deudor era llevado a la casa del acreedor, quien debía asegurarle el mínimo de alimentación necesario para su subsistencia⁵, y no cargarle con cadenas que excedieran de 15 libras de peso como máximo⁶. El acreedor retenía al deudor en su casa durante 60 días y sólo lo sacaba en días de mercado para que alguien se compadeciera de él y pagara la obligación. Sólo en el caso de que nadie pagase la obligación el acreedor estaba autorizado a darle muerte o a vender al deudor como esclavo. En este punto debemos manifestar que en el punto 6 de la Tabla III de la Ley se habla de un enigmático *partes*

³ Debiendo manifestar que de acuerdo con estudios realizados podemos afirmar que muchas disposiciones de la Ley de las XII tablas están inspiradas por las leyes griegas.

⁴ entiéndase fiador que respondiera por él, según Errazuriz, Maximiliano.

⁵ La Tabla III – Punto 4 de la Ley de las XII Tablas habla de una libra de grano como mínimo.

⁶ Punto 3 de la Tabla III de la Ley de las XII Tablas.

*secanto*⁷ que ha sido interpretado como la división del cuerpo en trozos para dar satisfacción a todos los acreedores, manifestándose expresamente que en caso las partes del cuerpo no sean iguales o proporcionales a sus acreencias no estaremos frente a un fraude. Según muchos autores tal división del cuerpo nunca sucedió, pero considero que es probable que, en los albores de la época arcaica, esto efectivamente haya ocurrido, aunque en tiempos de las XII Tablas ya no estuviese vigente tan sombría forma de ejecución.

La evidente severidad de la ejecución personal fue dando paso a una forma más patrimonial de forzarse el cumplimiento de las obligaciones, algunos autores refieren que la esclavitud se estaba convirtiendo en una traba para el desarrollo económico de Roma, el mismo que debido a los requerimientos de la guerra trajeron un creciente desarrollo del crédito, que esos tiempos era sólo posible obtener por el *nexum*. A decir de (Carames Ferro, 1940): *“pero como vencidos los términos, los deudores cuyos cultivos habían sido abandonados por largo tiempo, se encontraron en un estado de miseria tal que les imposibilitara para hacer frente a sus compromisos, venían a quedar, en virtud del procedimiento de la manus iniectio en una*

⁷ Tabla III. Punto 6. *“Tertiisnundinispartissecanto. Si plus minusvesecueruntne fraude esto”* (Al tercer mercado, que se corten los pedazos. Si no resultan iguales no sea fraude).

situación de semi esclavitud respecto de sus acreedores” (pág. 35)

Lo que daba lugar a una serie de abusos cometidos por los *patricios* en contra de los deudores, en su mayoría, *plebeyos* “lo que originaban una serie de alzamientos y protestas en contra de estos abusos por lo que justamente durante el Consulado de Petelio y Papirio se da la *Lex Poetelia Papiria*” (Carames Ferro, 1940, pág. 36) ⁸. Con ella se mejoró la situación del deudor, en el sentido de que se facilita al deudor a ofrecer a sus acreedores todos sus bienes, conservando su libertad personal, los mecanismos previstos para el pago de las deudas se van humanizando, y se prohíbe encadenamiento por deudas, salvo obligaciones surgidas de delito, bajo el principio de que “los bienes y no el cuerpo del deudor debían responder de sus deudas”⁹ sin embargo el deudor quedaba obligado a resarcir al acreedor con su trabajo.

En este orden de ideas encontramos que con este importante avance en el manejo de las obligaciones no podemos manifestar que se haya sustituido la ejecución personal por la patrimonial, ya que el trabajo personal no puede entenderse como una forma

⁸ Año 428 de Roma, esto es 326 A.C.

⁹ “*pecunia credita e bonadebitoris, non corpus obnoxium esse*”.

patrimonial de ejecución, aunque evidentemente éste fue un avance sustancial hacia la ejecución patrimonial, entiendo que la forma personal de ejecución no fue excluida íntegramente, aunque debemos entender que es muy probable que la ejecución personal se haya aplicado a deudores que carecieran de patrimonio con que poder honrar sus obligaciones, lo que hacía imposible la ejecución de un patrimonio inexistente.

“Luego nos encontramos que en la época clásica, más exactamente al final de la República” (Carames Ferro, 1940, pág. 37), recién el procedimiento ejecutivo, como es hoy entendido, comenzó a tomar figura patrimonial bajo la forma de *bonorum venditio*¹⁰, y en la que encontramos la forma en que debía desarrollarse el embargo y la venta de los *bona debitoris*, referido a una ejecución universal del patrimonio del deudor. Este se iniciaba a petición del acreedor; un procedimiento de embargo al que se sumaban todos los demás acreedores interesados, que conduciría finalmente a la venta patrimonial. “Se designaba un magíster que adjudicaba el patrimonio del deudor a un sucesor, *bonorumemptor*, éste reemplazaba ficticiamente a la persona del deudor. El procedía a la venta de los bienes y al pago de los acreedores” (Puga Vial, 1989, pág. 74). Este procedimiento en Roma imponía un descredito

¹⁰ Introducido por el pretor Rutilio Rufo a decir de Carames Ferro, José.

importante para el deudor; y, para evitar ello se les permitía a los deudores conceder todo su patrimonio al acreedor. Esta figura se conoció como la *bonorum cessio*¹¹, la misma que se perfeccionaba por un acto ritual practicado ante un magistrado.

Por último, debo mencionar que se permitió el surgimiento de la *bonorum distractio* que originalmente sólo se aplicó a la clase senatorial pero luego su uso se generalizó, la misma que permitía la venta al menudeo de los bienes que en general el deudor podía acreditar, esta debía ser encomendada al *curator bonorum* que era el encargado de cumplir esta labor “con el voto de la mayoría de los acreedores y necesariamente debería estar autorizada por un magistrado” (Carames Ferro, 1940, pág. 37). Otra particularidad es que el *curator bonorum* tenía la facultad de cuestionar los actos fraudulentos del deudor¹².

Nota característica fundamental es que los acreedores se reúnen en una asamblea para elegir al *curator bonorum*, encargado de ejecutar la realización de los bienes del deudor de manera particular e individual (y no como un todo como ocurría con la *bonorum venditio*).

¹¹Creada por la Ley Julia en tiempos de Julio Cesar a decir de Carames Ferro, José.

¹²Nótese que sede esta época ya eran pasibles de sanción los “actos fraudulentos” en contra de los acreedores lo que evidentemente tiene un sustento lógico amparable.

Hasta aquí una visión resumida de las principales del procedimiento de ejecución patrimonial que se seguía en el derecho romano clásico, sostenido en la idea de responsabilidad del deudor, habiendo ocurrido en la evolución de este manejo que hace que vaya desapareciendo lentamente esa concepción romana que originalmente vinculaba las obligaciones en general con un cumplimiento personal y no patrimonial de las mismas, pensamiento que; entiendo; debe haber sido uno de los sustentos de la creación de las personas jurídicas que no son más que una abstracción generada por el derecho que en su función reguladora nos permite básicamente limitar nuestra responsabilidad patrimonial empresarial al patrimonio mercantil que pudiéramos asignar voluntariamente a la “sociedad” o “persona jurídica” que con este fin constituíamos, o en estricto sentido, generemos, la cual ha saber de la doctrina se constituye en una persona “moral” que cuenta con sus propios deberes y obligaciones, claro está que sujeta al manejo de los Titulares de esta sociedad que delegan en personas físicas su administración, que incluye evidentemente las obligaciones y responsabilidades inherentes a esta función, lo que ha permitido el desarrollo sostenido de las economías del mundo mediante la partición o división de estas responsabilidades, las mismas que con el devenir del tiempo se han ido haciendo cada vez más complejas y de difícil conceptualización.

1.2.3.2 Antecedentes Concursales en la legislación hispana que se aplicó en el Perú durante el periodo del siglo XIV al XIX

Es fundamental para darle base teórica y lógica a la presente investigación que logremos determinar cuál ha sido el manejo que se le ha dado a situaciones de crisis patrimoniales, así como las responsabilidades inherentes y que pudieran corresponder a las personas involucradas en la misma, que nuestra legislación ha brindado. Por ello y con esta finalidad nos parece necesario revisar brevemente las bases históricas de la misma, que se encuentran en la tradición jurídica hispana, de base preponderantemente romana. Es importante ver muy brevemente los cambios de la legislación Concursal peruana y el tratamiento que se le ha dado a estas situaciones hasta la vigente Ley N° 27809 (Ley General del Sistema Concursal), modificada por el Decreto Legislativo N° 1189 del 21 de agosto de 2015.

Nuestro Derecho Concursal, como ya lo hemos adelantado, encuentra sus bases en la legislación hispana y concretamente en las Siete Partidas dictadas durante el transcurso de la segunda mitad del siglo XIII por el Rey Alfonso X “El Sabio” y las Ordenanzas de Bilbao (dictadas por el Rey Felipe V, en el año 1737).

Primero nos referiremos a las Siete Partidas, donde podemos encontrar normas específicas de Derecho Concursal. Así hallamos que en las referidas normas se conceptualiza la insolvencia como un objetivo estado patrimonial, que generan finalmente los concursos. Podemos allí mismo ubicar el principio de la par conditio creditorum que es el arbotante hasta la actualidad del llamado principio general del derecho Concursal de igualdad o proporcionalidad entre los acreedores. Trata también a decir del profesor (Puga, 1989) que sostenía:

De la verificación y de la graduación y prelación de los créditos; de la liquidación de la hacienda del deudor y régimen de venta de los bienes; de la cesión de bienes; del arreglo extrajudicial mediante quitas o esperas o ambas; etc. Igualmente, las Partidas refieren de las sanciones contra los fraudes Concursales y otorgan acción pública para detener al *decoctos fugitivus*, para el solo efecto, claro, de que atrapado sea puesto a merced de la justicia. (pág. 81).

Como es fácil entrever, en estos casos se requiere, para una sanción, que la responsabilidad le sea imputable al deudor insolvente que actuó dolosamente en perjuicio de sus acreedores, hecho que incuestionablemente debe ser sancionado conforme ha sido notado en estos añejos antecedentes legislativos.

Las Ordenanzas de Bilbao, adicionalmente, cumplieron en España, y en gran parte de Latinoamérica, y específicamente en nuestro país, una función muy similar a la que hoy en día cumple un Código de Comercio. Así podemos encontrarlo referido en el Diccionario de la Legislación Peruana publicado a mediados del siglo XVIII por don (García Calderon, 1862) en donde se las define como “Código español que contiene las leyes relativas al ejercicio del comercio. Ha regido entre nosotros hasta que se promulgó el Código de Comercio peruano” (pág. 731). Ellas se infundieron, por lo que se refiere a la materia Concursal, en las Siete Partidas, y consideramos que también en la obra de Francisco Salgado de Somoza quien originalmente se refiere al Derecho Concursal como una disciplina autónoma, quien en su obra “*Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem inter illos causatam*” (1646), distingue entre derecho privado Concursal y derecho penal Concursal, admitiendo que la insolvencia no siempre es ilícita y que puede ser fortuita, con lo que se hace una clara división de la especialización Concursal, hacia establecer y sancionar debidamente las acciones ilícitas (que contiene intrínsecamente incorporada la culpa) mediante el derecho penal Concursal, conceptos que en su momento contribuyeron a un desarrollo del Derecho Concursal; lo que ha quedado evidenciado en el hecho de que esta obra sea utilizada como sustento doctrinal de la Ley Concursal Española. De esta

obra y, por supuesto de las Partidas, parecen tomarse algunas prescripciones de las Ordenanzas en las que se alude a tres clases de deudores: los que se han atrasado en el pago de sus obligaciones, pero tienen bienes suficientes para pagar enteramente a sus acreedores; los deudores que por accidentes inevitables se encuentran en imposibilidad de pago, los cuales pueden obtener esperas y quitas de sus acreedores¹³; y por último, los culpables y fraudulentos. En efecto, los deudores simplemente atrasados que justifican no haber podido pagar por accidente, podrían pagar después en el caso de efectuar convenio con los acreedores. Debe notarse que en este antecedente legislativo hispano también se hace un claro distingo a las insolvencias sin dolo de la culpable o fraudulenta que también es sancionada conforme a la responsabilidad que le atañe al deudor generador de dichos actos irregulares.

Durante el virreinato y a comienzos de la República de nuestra nación, evidentemente, ésta era la legislación que se utilizaba y aplicaba, así encontramos en el Diccionario de la Legislación Peruana del año 1860 y refiriéndose al Código de Comercio, se establece que: “Los negocios mercantiles se arreglaban entre

¹³ Que en la legislación comercial de nuestro país de mediados del siglo XVII significaban: esperas que era el derecho que concede la Ley al deudor de pedir a sus acreedores que le concedan algún termino adicional para el pago, y quitas que es la solicitud del deudor para que le rebajen o perdonen a prorrata parte de sus créditos.

tanto por las disposiciones de las Ordenanzas de Bilbao, y demás leyes españolas sobre la materia” (García Calderon, 1862), es más; en el año de 1851 el Congreso estableció que se debía utilizar en la República el Código de Comercio Español, que no era en general otra cosa que la recopilación de las Ordenanzas de Bilbao.

De las investigaciones que hemos podido realizar, hemos encontrado que en el año de 1853 se dicta el Primer Código de Comercio en el Perú, código que como ya lo hemos referido sustentado en lo dispuesto por el Congreso en el año de 1851 estaba apoyado básicamente en el Código de Comercio Español con las reformas que las situaciones de nuestro país pudieron requerir, es así que el 15 de Junio de 1853 entra en vigencia el primer Código de Comercio de la República, el mismo que en comparación al Código de Comercio Español que tiene solo 1219 artículos, el nuestro contenía 1269 y en el mismo se distinguen, para efectos legales, hasta 5 clases de quiebras: Suspensión de Pago, Insolvencia Fortuita, Insolvencia Culpable, Insolvencia Fraudulenta y Alzamiento.

El artículo 1056^o del Código de Comercio vigente en esa época (1860) al referirse a la insolvencia fortuita dice textualmente:

“Es quiebra de segunda clase, la del comerciante a quien sobrevienen infortunios casuales e inevitables en el orden regular y prudente de la buena administración mercantil, y que reduce su capital al punto de no poder satisfacer el todo o parte de sus deudas.”

Evidenciándose también un distingo claro en ésta “quiebra” fortuita o casual de la culpable, e inclusive de la fraudulenta. En este orden de ideas en el texto legal bajo comentario la insolvencia culpable está definida en el Artículo siguiente que a la letra dice:

“Artículo 1057°:

Se reputan quebrados de tercera clase, los que se hallen en alguno de los casos siguientes:

1. Cuando los gastos domésticos o personales del quebrado hubiesen sido excesivos, y desproporcionados con relación a su haber líquido, atendidas las circunstancias de su rango y familia.
2. Si hubiere hecho pérdidas en cualquier especie de juego, que exceda de lo que, por vía de recreo, expone en entretenimientos de esta clase un padre de familia arreglado.
3. Si las pérdidas le hubiesen sobrevenido de apuestas cuantiosas, de compras y ventas simuladas u otras

operaciones de agiotaje, cuyo éxito dependa absolutamente del azar:

4. Si hubiere revendido a pérdida, o por menos precio del corriente, efectos comprados al fiado, en los seis meses precedentes a la declaratoria de la quiebra, que todavía estuviese debiendo.
5. Si constare que en el periodo transcurrido desde el último inventario hasta la declaración de la quiebra, hubo época en que el quebrado estuviese en débito por sus obligaciones directas, de una cantidad doble del haber líquido que le resultaba según el mismo inventario.”

Adicionalmente estableció en el Artículo 1058^o que también serán tratados en el juicio como insolventes culpables (salvo las excepciones que pudieran formular y acreditar para echar abajo esta imputación y demostrar la irresponsabilidad en quiebra atribuida):

1. Los que no hubiesen registrado los libros de contabilidad en la forma y modo pertinente y con todos los requisitos que se prescriben en la sección 2 del título 2, libro 1 de este código, aunque de sus defectos y omisiones no haya resultado perjuicio a tercero.
2. Los que no hubiesen cumplido con expresar la situación de quiebra en el término y forma que se prescriben en el artículo 1069, título 2 de este libro.

3. Los que no habiendo estado mientras se daba la declaración de la quiebra o durante el desarrollo del juicio, dejan de asistir personalmente en los casos en que la norma obliga a hacerlo, a menos de tener impedimento sustentable que lo justifique.

Finalmente establecía claramente en qué casos un comerciante incurría en quiebra fraudulenta, y es así que en el Artículo 1059º se establecía inequívocamente que incurrían en este tipo de quiebra quienes incidían en los siguientes casos:

1. Si en el balance, memorias, libros u otros documentos relativos a su actividad y negocio, incluyese, el quebrado, de mala fe y sin sustento, pérdidas, gastos o deudas supuestas.
2. Si no hubiese llevado los libros pertinentes o si habiéndolo hecho, los ocultara o incluyera de manera cuestionable partidas o anotaciones que no se hubiesen sentado en el lugar y tiempo oportuno.
3. Si de manera intencional adulterase, rasgase, borrarse o en de cualquier otra forma alterase el contenido de los libros.
4. Si de sus registros contables no resultare la salida o existencia del activo de su último inventario y del dinero, valores, muebles o efectos de cualquier especie que sean, que constare o justificare haber entrado posteriormente en poder del quebrado.

5. Si hubiese ocultado intencionalmente en el balance cantidades de dinero, géneros, créditos u otra clase de bienes o derechos.
6. Si hubiese utilizado de manera indebida y en beneficio propio, fondos o efectos ajenos que le hubieran sido confiados en administración, comisión o depósito.
7. Si sin autorización del propietario hubiese negociado letras de cuenta ajena, que obrasen en su poder para su cobranza, remisión u otro distinto del de la negociación y no le hubiese hecho remesa de su producto.
8. Si hallándosele encomendado la venta de algunos bienes o para negociar créditos o valores de comercio, hubiera ocultado las ventas efectuadas al propietario por cualquier espacio de tiempo.
9. Si conociese de ventas o enajenaciones simuladas o fraudulentas de cualquiera tipo.
10. Si hubiera facultado, firmado, consentido o reconocido acreencias falsas, presumiéndose tales, salvo la prueba en contrario, todas las que no tengan origen real y sustentable o carezcan de valor determinado.
11. Si hubiera adquirido bienes inmuebles, muebles o créditos en nombre de tercera persona.
12. Si en perjuicio de los acreedores existentes hubiera adelantado pagos que no eran aún exigibles, sino en fecha posterior a la declaración o situación de quiebra.

13. Si luego del balance final hubiera negociado el quebrado, letras de su propio giro, a cuenta y cargo de una persona en cuya representación no tuviera recursos, ni crédito abierto sobre ella, y, lo que es más grave, sin contar con autorización para hacerlo.
14. Si luego de haber cumplido con efectuar la declaración de quiebra, hubiese percibido y aplicado a usos personales, dinero, efectos o créditos de la masa o por cualquier medio hubiese distraído de ésta alguna de sus pertenencias.

Es fácil notar que siempre la quiebra culpable y fraudulenta han sido sancionadas con severidad y básicamente por el ordenamiento penal (antes criminal), y estos antecedentes acreditan este hecho, sin embargo es menester mencionar que la quiebra en su conjunto era sancionada y quien incurría en ésta estaba inhabilitado para el comercio ocurriendo que el insolvente fortuito quedaba habilitado si cumplía el compromiso asumido con sus acreedores de manera inmediata, a diferencia de los alzados o fraudulentos cuya rehabilitación les estaba negada de por vida a decir del artículo 1226º del Código de Comercio bajo comentario .

Asimismo, encontramos que la evaluación de los títulos sustentos de las acreencias se haría en junta general de acreedores y contrastándose con los libros y artículos del

quebrado, asimismo se establece la posibilidad de la celebración de un convenio que pudiese celebrar el quebrado con sus acreedores sin importar el estado del procedimiento lo que reitera evidentemente la influencia del derecho español en nuestra legislación desde sus orígenes.

De esta manera, en sus orígenes la quiebra comienza a ser una figura excluyente de deudores comerciantes, gobernada por el Código de Comercio, es más en nuestra legislación original la palabra quiebra era utilizada sólo para deudores comerciantes, pero los deudores civiles eran considerados insolventes a decir de Francisco García Calderón “cuando un individuo del fuero común llega al estado de insolvencia, se procede con arreglo en los artículos Cesión de Bienes y Concurso de Acreedores” (García Calderon, 1862) entiéndase del Código de Enjuiciamientos en materia Civil, ya que la quiebra era una institución reglamentada por el Código de Comercio y excluyente para los comerciantes.

1.2.3.3 Antecedentes Legislativos Concuriales: Código de Comercio de 1902

Tan importante fue la legislación hispana en el Perú que luego las Ordenanzas de Bilbao son el sustento del Código de Comercio Español de 1885, que es el sustento de nuestro; aún

vigente; Código de Comercio de 1902, y donde se regulaban las crisis patrimoniales del comerciante en el Libro IV que se denominó *De la suspensión de pagos y de las quiebras. De las prescripciones*, que estuvo vigente hasta 1932, una de las principales características es que éste Código en su artículo 883^o facultaba al acreedor a poder instituirse en “*estado de suspensión de pagos*” (De la Lama, 1902, pág. 641) que es un estado anterior a la quiebra del comerciante, y que era una situación no contemplada por el Código anterior y que requiere para su constitución, que el deudor posea bienes suficientes para cubrir todas sus deudas y que sea declarada por el Juez de Primera Instancia del domicilio del deudor, además se establece en el artículo 887^o que procederá la declaración de quiebra cuando la pida el mismo quebrado (deudor) o a solicitud fundada de alguno de sus acreedores, asimismo reduce de cinco a tres las clases de quiebra que pueden distinguirse: la primera, insolvencia fortuita; la segunda, es la insolvencia culpable, y, por último, la insolvencia fraudulenta, ocurriendo que, al igual que en sus antecedentes, se logra diferenciar las quiebras fortuitas de las culpables y de las fraudulentas independientemente.

1.2.3.4 Antecedentes Legislativos Concursales: Ley de Quiebras

Después entró en vigor la Ley de Quiebras - Ley N° 7566 que rigió desde el año de 1932 hasta el año 1993, el mismo que, a

decir del (Pinkas, 2003) en su Tratado de Derecho Concursal, “se caracteriza por que en principio el proceso está a cargo de una autoridad judicial, y tiene como objetivo principal el realizar en un solo proceso todos los bienes del deudor (comerciante o no), a fin de procurar el pago de sus obligaciones” (pág. 3 Volumen I). En este orden de ideas debo manifestar que aquí hay una primera modificación sustancial en comparación con las normas antes revisadas y es el hecho puntual y concreto de que el Proceso de Quiebras no está limitado solamente a los bienes de un deudor comerciante, sino que se apertura el “*procedimiento de quiebra*” en esta etapa normativa a personas no comerciantes, al común de los ciudadanos de nuestro país¹⁴. Asimismo, se privilegiaba a un único acreedor que por sí mismo podía iniciar un proceso de quiebra.

En esta etapa legislativa es importante mencionar que la Quiebra aparecía como la primera y única opción para lograr superar una situación de crisis patrimonial, tesis ya muy superada por las modernas tendencias del derecho concursal, ya en el año 1988 Antonio Tonón nos hablaba de “asumir como presupuesto para apertura del concurso el estado de crisis o estado de dificultades” (Tonón, 1988, pág. 19). El objetivo

¹⁴ Así lo establece de manera inobjetable en su artículo primero.

principal luego de un estado de Cesación de Pagos¹⁵, que es un presupuesto de insolvencia, era la quiebra, debemos entender entonces que ésta se presentaba cuando el deudor no cumplía con algunas obligaciones en un determinado tiempo aunque sus activos fueran mucho más importantes que su pasivo, de allí que esta ley podía diferenciar claramente entre una quiebra financiera de una quiebra económica, es claro entender que la primera se daba cuando los pasivos eran mayores al activo y la quiebra económica es lo que podemos entender ahora como una insolvencia transitoria y está referida a la imposibilidad temporal y superable de un deudor de poder hacer frente a sus obligaciones.

En este texto legal encontramos al igual que en el Código de Comercio de 1902 que la quiebra del deudor comerciante puede ser fortuita, culpable o fraudulenta¹⁶ y se establece que los delitos en la quiebra y en las deudas¹⁷ se penarán con arreglo al Código Penal (Artículo 180º).

En este caso encontramos que en el artículo 247º se establece que en caso se acredite la existencia de una quiebra

¹⁵ Desde la perspectiva de Antonio Tonón entiéndase: “como la impotencia, no momentánea, del patrimonio del deudor para hacer frente, con medios normales, a las obligaciones exigibles.

¹⁶ Artículo 186º de la Ley N° 7566.

¹⁷ Entiendo que diferenciando el concepto de deudas para los no comerciantes y manteniendo el concepto de quiebra para el deudor comerciante.

fortuita, que operara desde que quede consentida la resolución que absuelve al fallido o archiva la investigación criminal, en atención a que se establecía que en todos los casos el Juez Civil, una vez declarada la quiebra, por oficio comunicaría éste hecho al Juez instructor para que inicie las investigaciones del caso, y que en el caso citado debiera de concluir con una absolución, oportunidad en la que podría solicitarse la rehabilitación del quebrado fortuito, no estableciéndose sanción alguna al comerciante que incurriera en este tipo de quiebra¹⁸.

Adicionalmente este texto legal firmado por el Presidente Luis Sánchez Cerro no se hace referencia alguna a la posibilidad de su manejo con la intervención de algún elemento extranjero o transnacional, sino que acota su normativa a una realidad contenida y limitada a la esfera de los límites nacionales.

1.2.3.5 Antecedentes Legislativos Concursales: Ley de Reestructuración Empresarial

Es ésta norma concursal la que cambia la visión del manejo de crisis patrimoniales, aunque desde su título se encuentre acotada solamente a personas jurídicas, es así que el Decreto Ley N° 26116 - *Ley de Reestructuración Empresarial* - dictado el 30 de diciembre del año 1992 que estuvo vigente hasta el año

¹⁸ Ver artículos 175° y 179° de la Ley de Quiebras estudiada.

de 1996, modifica y actualiza profundamente el concepto del Derecho Concursal en el Perú, tiene ya una orientación de países europeos y del mundo occidental, busca principalmente la prevención de las crisis y el saneamiento de empresas que atraviesan problemas económicos y financieros, entendemos que; siguiendo lo expuesto por el Dr. PinkasFlink, que refiriéndose a la empresa la consideraba: “como instrumento principal del desarrollo económico, pues la crisis de las empresas no sólo incide en la política económica de los países, sino también, en sus políticas sociales al crear desempleo e inestabilidad social” (Pinkas, 2003, pág. 13 Volumen I) con lo que podemos asumir que tutela de mejor manera los intereses colectivos del empresario, de los trabajadores, del estado y de la comunidad en general asumidos en conjunto como los actores del desarrollo económico del país.

Asimismo, considero que una de sus principales notas características es que se desjudicializa el procedimiento Concursal, y esta ley lo que hace es encomendar a una autoridad administrativa el manejo de los, ahora, procedimientos Concursales, antes de insolvencia.

En este mismo orden de ideas debemos comentar que es fundamental lograr la llamada desjudicialización de los Procedimientos Concursales en tanto que es claro comprender

que no tenemos un poder judicial que actué en función y de acuerdo con las necesidades de una economía moderna y ágil como la que el mundo globalizado en el que convivimos nos exige en la actualidad, y que lamentablemente sea un poder seriamente cuestionado y que tantas dudas genere en la ciudadanía en general, situación que debiera de ser revertida con urgencia.

Sobre el tema que estamos estudiando debemos manifestar que el artículo 23º de la Ley de Reestructuración Patrimonial establece que: “Las conductas punibles referidas a la quiebra de las empresas, se sujetarán a lo dispuesto en el capítulo I del título VI del Libro Segundo del Código Penal” por lo que tampoco se sancionaba a nadie en el caso de quiebras no dolosas, ya que las conductas vituperables estaban sujetas a las sanciones establecidas en nuestro código punitivo específicamente en la parte concerniente a los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios, y lo que además encontramos en que en ningún caso se hace referencia a procesos vinculados a una empresa transnacional o que tenga vínculos con el extranjero, puesto que acota su cumplimiento y aplicación sólo a las personas jurídicas domiciliadas en el país. Así queda claramente establecido en su artículo primero que establece:

TITULO I

NORMAS GENERALES

Artículo 1.- El presente Decreto Ley establece las normas aplicables a la reestructuración económica y financiera, liquidación extrajudicial y quiebra de empresas.

*Para efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, **se consideran empresas las establecidas o constituidas en el país al amparo de cualquiera de las modalidades contempladas en la legislación nacional.***

(El subrayado y negrita es nuestro).

Con lo que se evidencia que a pesar de su modernidad y conceptualización moderna en su época aún no incluía en sus conceptos la globalización de la actividad empresarial y por tanto de las personas jurídicas transnacionales que las pueden realizar, y que por tanto son pasibles también de caer en estadios de crisis patrimoniales que deben de ser atendidos.

1.2.3.6 Antecedentes Legislativos Concursales: Ley de Reestructuración Patrimonial

Analicemos ahora la Ley de Reestructuración Patrimonial, en principio debemos mencionar que esta Ley tiene a su vez 2 etapas:

Una original que surge con la dación del Decreto Ley N° 845 del 20 septiembre del año 1996 y la misma que fue modificada por el Texto Único Ordenado de esta misma Ley

que entró en vigencia el 01 de noviembre del año 1999, en esta norma de manera general podemos mencionar que la misma subsana deficiencias de la Ley de Reestructuración Empresarial e incluye la aplicación del Procedimiento Concursal a personas naturales y algunos patrimonios autónomos.

En general mantiene el mismo sentido de la Ley anterior basada en la posibilidad de buscar la recuperación económica y financiera de las empresas en dificultades, siendo esta una teoría que permite, de manera sostenida, el desarrollo económico de nuestro país en la medida en que podamos permitir que sigan en el mercado empresas que puedan generar riqueza y en caso su situación patrimonial o el mercado hagan inviable la actividad económica que desarrolla permitir la salida ordenada de las mismas. (Lozano Hernández J.).

Siguiendo la línea directriz de la Ley anterior el procedimiento se mantiene a cargo de un ente administrativo, se privilegia evidentemente la decisión de la mayoría de los acreedores, la decisión sobre el destino final del patrimonio del deudor no la adopta un acreedor sino la Junta de Acreedores en general. La quiebra se instaura o se constituye como una última posibilidad a ejecutar en el manejo de las crisis patrimoniales en nuestro

país lo que promueve básicamente es la reestructuración de empresas viables.

En esta norma también encontramos que las quiebras no dolosas no se sancionan, así encontramos en el Artículo 77º dentro de las atribuciones y facultades del liquidador, que éste está obligado a formular las denuncias penales correspondientes, en caso encontrará evidencia de actos dolosos o fraudulentos que podrían dar lugar a una Quiebra Fraudulenta, según lo estipulado nuestro Código Penal.

Lo que es más inicialmente dentro de este cuerpo legal encontramos, primero, el artículo 90º que establecía claramente que en el caso de que se esté desarrollando el procedimiento judicial de quiebra (en la vía civil) y en el mismo se acreditasen hechos pasible de una denuncia penal por quiebra fraudulenta de personas jurídicas, el Juez debiera dar aviso de este hecho al Fiscal de Turno para que inicie la investigación criminal correspondiente; y, segundo, el artículo 128º que establecía para las personas naturales que: “Cuando del proceso de quiebra se pueda determinar la existencia de dolo o fraude por parte del insolvente, el Juez podrá declararlo incapaz por mala gestión o interdicto, aplicándole las inhabilitaciones que la gravedad de la quiebra amerite” , debiendo resaltarse que este caso siempre estaba condicionada dicha inhabilitación al dolo o fraude

necesarios para imponer una sanción. Finalmente se establecía en el Artículo 129º que ésta inhabilitación podría imponerse; por parte del Juez: a los administradores de personas jurídicas en caso existieran indicios razonables de que la quiebra de su representada fue dolosa.

Posteriormente estos tres artículos fueron derogados por la Ley N° 27146 (Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial) del año 1999, con lo que inclusive dichos actos pudieron quedar impunes al no existir, en ese entonces, obligación de comunicar estos hechos a la autoridad competente y menos facultades de parte del Juez para imponer una inhabilitación por los mismos.

Finalmente, al igual que las normas anteriores tampoco se hace referencia alguna a empresas transnacionales ni a las crisis de insolvencia transfronteriza que pudieran presentarse en nuestro medio, situación que no ha sido considerada de modo alguno tampoco en la norma bajo comentario.

1.2.3.7 Antecedentes Legislativos Concuriales: Ley General del Sistema Concursal

En general, estas tendencias se mantienen hasta la dación de la Ley General del Sistema Concursal (Ley N° 27809) que entró en vigencia en Octubre del año 2002, la cual tienen

como función principal prevenir las situaciones de crisis ya que nos dota de un Procedimiento Concursal Preventivo que permitiría de alguna manera evitar la canibalización del patrimonio de deudores insolventes y permitir la conservación de empresas viables o permitir la salida ordenada de empresas que no lo son. Asimismo, reconoce los legítimos intereses de los acreedores en la medida en que muchas veces los acreedores tienen más dinero invertido dentro del negocio que los propios empresarios o propietarios del negocio en situaciones de insolvencia o de crisis, además genera un ambiente favorable para la negociación, en la medida en que obliga a los acreedores a reunirse en Junta y de esta manera tomar decisiones sujetas a la llamada ficción de unanimidad. Finalmente creo que es rescatable dentro de la perspectiva de nuestro Derecho Concursal actual, el hecho de que al centrar todo el procedimiento en una autoridad administrativa, ésta de alguna manera da certeza acerca de que la información que se presenta por ante la misma es cierta y verificable lo que minimiza los costos de transacción que importan obtener información oportuna y fidedigna de los deudores en crisis en la búsqueda de toma de decisiones económicas eficientes por parte de los acreedores, así como permite una mayor celeridad en los procedimientos ya que a decir de Alfredo Bullard “en el Perú tenemos un grave problema de externalidades y de costos de transacción

porque la administración de justicia es ineficiente e imprevisible” por lo que asignar al poder judicial; como ocurre en algunos países; la labor de manejar los procedimientos concursales hubiera generado elevar los costos de transacción para poder obtener información y manejar adecuadamente dichos procedimientos, ya que para que tengamos un efecto expansivo de la actividad empresarial en nuestro país tenemos que brindarle al mercado caracteres rectores de previsibilidad, seguridad y certeza.

Asimismo quiero mencionar que estos conceptos vinculados estrechamente al Análisis Económico del Derecho; que “se convirtió en un campo de estudio del derecho durante la década de 1970 luego de la publicación de los libros El costo de los accidentes, de Guido Calabresi, y Análisis económico del derecho de Richard A. Posner”, está referido a buscar mediante la utilización de este sistema “un derecho, que, sin olvidar otros aspectos o valores a los cuales se deba, sea un derecho eficiente, es decir, un derecho que evite el uso inadecuado de los recursos, creando incentivos de conductas correctas para lograr ese fin” , ideas con las que comulgamos definitivamente en tanto y cuando debemos entender que estamos en un mundo globalizado y que tenemos que coexistir con sistemas económicos más evolucionados que el nuestro, y por ende es claro que

debemos nosotros como Abogados tratar de propugnar que nuestra intervención en la actividad económica y legal en general sea una intervención que busque un manejo eficiente, es decir, adecuado de todos los recursos en los cuales, de alguna u otra manera, tiene necesariamente que intervenir el derecho. (Lozano Hernández J. C., Tratado de Derecho Concursal, 2015, págs. 29-31)¹⁹

Es aquí donde justamente el estudiar cómo debemos manejar las crisis patrimoniales transnacionales que en el mundo moderno se van a presentar deben de ser un signo inequívoco de tener la diligencia debida en el futuro cercano para cuando estos hechos se presenten por lo que consideramos que esta investigación va a permitir tener una idea de cómo debemos enfrentar dicha realidad de la mejor manera posible y en todo caso proponer sugerencias que permitan mejorar nuestro ordenamiento jurídico con éste fin. Todo este punto ha sido referenciado también por (Lozano Hernández J. C., 2005) en su artículo jurídico llamado “Evolución del derecho concursal en el Perú”.

1.2.4 Antecedentes en la Legislación Comparada

¹⁹ Que es una obra previa sobre derecho concursal trabajada por el propio autor de la presente investigación.

1.2.4.1 Antecedentes en la legislación Española

El derecho peruano tiene gran influencia en el derecho español, básicamente por la tradición histórica seguida, siendo uno de los referentes importantes para la presente investigación.

En España, se reguló inicialmente el procedimiento concursal en la Ley Concursal Española (Ley N° 22/2003), aprobada el 9 de julio de 2003 , y que entró en vigor el 01 de Septiembre de 2005, modificada por el Real Decreto Legislativo 3/2009, como consecuencia de la crisis financiera internacional; tal como dice (Dasso, 2008) “La Ley dictada en un entorno económico de bonanza parecía más adecuada para el pleno esplendor de la España de los años 2000, pero que en gran parte por sus propias deficiencias, se reveló ineficaz cuando la realidad económica varió al conjuro de la crisis global” (p. 494). por lo que ha sido de varias modificaciones que han pretendido dotarla de mayor eficacia en el contexto de crisis que aún envuelve Europa en general y España en particular.

Esta ley tiene una particular manera de sancionar a los administradores de las sociedades mercantiles, pero siempre que el concurso sea culpable. En este estado de la investigación debemos testimoniar nuestro agradecimiento al Dr. Emilio

González Bilbao, destacadísimo abogado y catedrático español de la Universidad de Deusto por su invalorable colaboración en el desarrollo de estas referencias, quien refiere que por lo expuesto se ha generado un nuevo régimen de responsabilidad civil por concurso culpable. Se trata de un nuevo supuesto de responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles, derivado de la calificación culpable del concurso y de la falta de satisfacción a los acreedores en el procedimiento concursal. Por lo tanto, para que se aplique se necesita de la existencia de una causa para declarar el concurso culpable y que no haya sido cancelado íntegramente el pasivo dentro del procedimiento.

Este régimen de responsabilidad de los administradores, que en buena cuenta significa que estos cancelen, íntegra o parcialmente, el pasivo por concurso culpable tiene identidad propia y separada de los otros supuestos de responsabilidad civil de los gestores de las sociedades mercantiles. Así, se separan los requisitos para estimarse una responsabilidad civil a través de una acción social de responsabilidad o de una acción individual de responsabilidad. No tiene el carácter automático que se dispone *ex lege* para los supuestos de responsabilidad por no disolución de la sociedad mercantil existiendo causa para

ello, según lo establecido en la legislación española correspondiente²⁰.

Se asemeja en su configuración a la responsabilidad civil ex delicto, pero sin condena penal, mereciendo el condenado el reproche social y de mercado por su actuación, de la cual se deriva una responsabilidad civil a concretar.

También se debe tener en cuenta las causas que provocan la calificación de concurso culpable y la gravedad de estas con el fin de atemperar, finalmente, la responsabilidad civil objeto de condena. Algunas causas son graves y se corresponden con ilícitos típicos sancionados, también, penalmente. Otros pueden ser objeto de prueba en contrario y no presentan la gravedad de los anteriores para calificar la conducta del deudor. Pero también se debe analizar la gravedad y concurrencia de varias causas con el fin de fijar, finalmente, el cuántum o importe indemnizatorio en la sentencia de calificación, que dentro de los procedimientos concursales españoles debe dictarse en estos casos.

²⁰ Que se encuentran en los artículos 262.5º de la Ley de Sociedad Anónima y 105.5º Ley Social de Responsabilidad Limitada de la legislación española respectivamente.

La configuración del sistema de responsabilidad civil por concurso culpable no se tramita a través de una acción civil independiente del procedimiento concursal, sino que es en la propia sección de calificación del concurso donde se condena a este administrador a satisfacer total o parcialmente las cantidades no percibidas en el concurso por parte de los acreedores.

Asimismo, se señalan criterios de modulación que han de considerarse por el Juez del concurso, por las partes, para fijar cuánto ha de pagar el administrador condenado en concurso culpable por los créditos no satisfechos.

Así, encontramos en el artículo 163º de la Ley Concursal Española en qué casos se procederá a la calificación del concurso (que puede ser fortuito o culpable), el que textualmente dice:

163º Calificación del concurso y formación de la sección sexta.

1. Procederá la formación de la sección de calificación del concurso:

1º Cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias

clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años.

2º En todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación.

2. El concurso se calificará como fortuito o como culpable. La calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito.

I. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA CALIFICACIÓN CULPABLE DEL CONCURSO

A. CONFIGURACIÓN DE LA PIEZA DE CALIFICACIÓN EN EL CONCURSO

Al revisar la legislación española y algunos artículos y haber mantenido correspondencia con algún catedrático español de Derecho Concursal, hemos podido notar que la sección de la calificación culpable del concurso se configura como “un juicio de reproche social y de mercado”, una especie de reprimenda con efectos sobre el deudor y su patrimonio. En primer lugar, el nombre del deudor concursado culpable queda inscrito en un registro público para sanción ejemplarizante y denigración o

deshonra del deudor. También se prevé la inhabilitación del deudor por un plazo variable en función de la gravedad de las causas de culpabilidad concurrentes.

En un plano patrimonial, los efectos se traducen en la devolución de aquel patrimonio obtenido irregularmente. La principal consecuencia económica para el patrimonio del deudor deriva de la responsabilidad civil por aquellos créditos no satisfechos en el concurso y la condena que a tal efecto se deriva de una calificación culpable del concurso. Para esto se ha de realizar un examen de la concurrencia de causas de culpabilidad en la actuación de los posibles sujetos pasivos de esta responsabilidad.

Este procedimiento, resumidamente, contempla una fase de apertura para aquellos supuestos de concurso convenido con quinta superior a un tercio o demora en más de tres años del pago de las obligaciones y todos aquellos supuestos de liquidación. El procedimiento tiene una fase formativa en la que los interesados apersonados pueden denunciar aquellos hechos que puedan ser considerados relevantes a efectos de una calificación culpable, los informes de la administración concursal y del Ministerio Fiscal, y, en su caso, la tramitación de la sección en sí misma con la propuesta de concurso culpable, la oposición de los posibles responsables y termina en la sentencia de

calificación regulada en el artículo 172º de la ley. En cuanto a las causas de culpabilidad, se establece un criterio general basado en la existencia de dolo o culpa grave del deudor en los motivos que generaron la crisis o en el agravamiento del estado de insolvencia, completado con un régimen de presunciones que no admite prueba en contrario, las *iuris et iure* y otras *iuris tantum*.

A.1. Finalidad preventiva y represiva

La pieza de calificación tiene una doble finalidad preventiva y represiva. Finalidad preventiva para evitar situaciones que originen o agraven situaciones de insolvencia, y represiva, a modo de sanción, para aquellas conductas que hayan producido o agravado un estado de insolvencia patrimonial.

No obstante, la Ley Concursal convierte a la calificación en una forma de represión civil y no penal, hecho sumamente novedoso desde una perspectiva comparativa con nuestra legislación.

A.2. Breve examen de las presunciones de culpabilidad:

Presunciones *iuris et iure* y *iuris tantum*

Las presunciones *iuris et iure*, recogidas en el artículo 164.2 de la Ley Concursal española, se refieren a supuestos de posibles ilícitos penales que han de ser objeto de tramitación

penal, al margen del procedimiento de concurso. Si analizamos los diferentes supuestos, se pueden englobar en delitos tales como los establecidos en materia socioeconómica como insolvencia punible, estafa, falsedad, etc. Nos referimos, entonces, a las siguientes presunciones:

- Ausencia del cumplimiento sustancial, doble contabilidad e irregularidad relevante en la llevanza de la contabilidad.
- Inexactitud grave de los documentos acompañados o falsedad de los mismos.
- Incumplimiento del convenio imputable al concursado.
- Alzamiento de bienes y obstaculización del derecho de crédito.
- Salida fraudulenta de bienes en los dos años anteriores al concurso.
- Simulación de situación patrimonial ficticia.

Se contienen, en el artículo 165º de la Ley Concursal Española, y a diferencia de las presunciones antes comentadas, omisiones del deudor respecto de los deberes para con el inicio del concurso y de colaboración con la gestión del procedimiento, así como omisiones respecto de la formulación, auditoría o depósito de las cuentas anuales en los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración del concurso.

No obstante, en las presunciones que veremos a continuación, denominadas como *iuris tantum*, se admite prueba en contrario a fin de deshacer esta presunción de dolo o culpa grave por parte del deudor. Son supuestos que informan respecto de la valoración del dolo o culpa grave, a estos efectos, de la declaración de un concurso culpable, dentro del criterio general señalado en el artículo 164.1º de la nueva Ley Concursal española:

- Incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso.
- Incumplimiento del deber de colaboración en la gestión del concurso.
- Falta de formulación de auditoría o depósito de cuentas en los tres últimos ejercicios.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONCURSO CULPABLE: PAGO O COMPLEMENTO DEL PASIVO NO SATISFECHO

Requisitos previos: es necesario que se haya producido la calificación de culpable y que exista pasivo no satisfecho en el concurso. En tal caso, se derivará una responsabilidad personal de los administradores y demás personas que pueden ser

condenadas para completar el pasivo no satisfecho en la cuantía que determine el Juez del concurso.

Por tanto, es un supuesto condicionado a la existencia de estas dos circunstancias. De esta manera, no entra dentro del supuesto de responsabilidad todos aquellos concursos en los que no se haya precisado la apertura de la sección de calificación; es decir, todos aquellos de solución convenida con una quita inferior a un tercio y una espera inferior a tres años. También puede ocurrir que en la sección de calificación se haya informado que no concurre causa alguna de manera coincidente por la administración concursal y por el Ministerio Fiscal y se sobresea directamente la calificación. También pudiera ocurrir que al haber informado propuesta de calificación culpable y, tras la oposición del deudor concursado, se haya resuelto una calificación no culpable o fortuita del concurso. Sólo en aquellos casos en los que se haya producido la calificación culpable del concurso, como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá condenar a pagar a los acreedores concursales total o parcialmente el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.

III. CONSIDERACIÓN DEL QUANTUM O IMPORTE DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL

En estos casos y fruto de las investigaciones realizadas, ha de considerarse si la actuación irregular de los administradores deriva necesariamente en una condena al pago total de los créditos no satisfechos o si han de señalarse criterios que ayuden a la determinación del importe a pagar.

Se separa el texto del artículo 172º de la Ley Concursal española del tenor establecido en el artículo 262.5º de la Ley de Sociedades Anónimas del mismo país en el supuesto de responsabilidad por no disolución de la sociedad, existiendo causa para ello.

A. PAGO TOTAL A LOS ACREEDORES (O QUÁNTUM DE LA INDEMNIZACIÓN)

Este supuesto puede resultar excesivamente grave al reservarse para aquellos casos en los que los condenados hayan incurrido en varias causas de culpabilidad de las presunciones establecidas en el concurso, y a ellos deba corresponder una responsabilidad del 100% de los créditos no satisfechos. A nuestro entender, debemos considerar una serie de criterios que nos lleven a poder concluir una condena total del administrador a pagar los créditos no satisfechos o una

modulación en base a estos mismos criterios. Se sugieren así los siguientes criterios:

- Número de causas de culpabilidad: existe un criterio general y algunos supuestos graves que no admiten prueba en contrario y que son regulados a través de presunciones. Muchos de ellos se corresponden con ilícitos penales, bien por alzamiento de bienes, administración fraudulenta o simulación de situación patrimonial ficticia.
- Otras causas que admiten prueba en contrario, parece que acogen supuestos de menos gravedad.

Por tanto, ha de atenderse a la gravedad y a la concurrencia de varias causas de culpabilidad para atemperar el porcentaje de pago de pasivo que se puede atribuir a los administradores como consecuencia de dicho reproche social de la sección de calificación.

B. RELACIÓN ENTRE LAS CAUSAS DE CULPABILIDAD Y LA INSOLVENCIA

Entendemos que en determinados casos han de considerar la incidencia que la causa de culpabilidad tiene en la efectiva situación de insolvencia del deudor. Cuanta más carga en la

insolvencia haya producido esa causa de culpabilidad, mayor será la responsabilidad que haya de derivarse para el administrador condenado. Si, por el contrario, no se deriva relación entre la causa de culpabilidad y la situación de insolvencia, parece que debiera minimizarse esta causa y traducirse en una menor condena civil de pasivo para el administrador.

C. SATISFACCIÓN DEL PASIVO CON OCASIÓN DEL CONCURSO

Pasivo recuperado y pasivo no satisfecho: con la liquidación del patrimonio del deudor se pagará a los acreedores, quienes obtendrán una satisfacción parcial de su crédito. El monto recibido y las cantidades pendientes no satisfechas servirán de criterio para fijar, también, el quántum que pueda derivarse para los administradores condenados en concurso culpable derivado de la apertura de la fase de liquidación. Nos referimos en concreto a que en todo concurso existe una parte de pasivo no satisfecho, bien por concertarse una quita en el convenio, o bien por los casos de liquidación que aparecen con menor posibilidad de recobro para los acreedores.

- a) Convenio sin apertura de calificación: Aquellos en los que el convenio comprende una quita inferior a

un 30% o una espera inferior a tres años. Ya se produce una “pérdida” necesaria para los acreedores de un 30%. Parece que en este límite habrán de situarse las condenas de pago del pasivo a los administradores con concurso culpable.

- b) Convenio con apertura de calificación: Se trata de aquellos supuestos en los que se ha llegado al límite: una quita del 50% y una espera de cinco años. En estos casos, sí se inicia la fase de calificación, pero no se deriva responsabilidad de pago, o, como dicen en España, de “completamiento”, del pasivo para los administradores de las sociedades mercantiles. Recordemos que es solamente para los supuestos de calificación de concurso culpable y apertura de la fase de liquidación. No obstante, en el caso del convenio extremo, se produce una quita del 50% para los acreedores y ni siquiera se produce la apertura de la fase de calificación. Con un criterio no punitivo, sino conciliador, parece que en este límite habría de establecerse la condena a los administradores.

- c) Liquidación con pagos de los acreedores de entre un tercio y la mitad del pasivo: En este caso habría de atenderse a los otros criterios propuestos para ordenar en un supuesto grave el pago del pasivo hasta la mitad del mismo a los administradores sancionados.

Pasivo satisfecho inferior a un tercio: debiera de completarse en atención a las causas de culpabilidad y el número de éstas, hasta el 50% del pasivo y ello si existen varias causas con gravedad. Evidentemente, estas medidas deberán conectarse y ordenarse en función también de las otras acciones y medidas que se adoptan frente a los administradores tanto en el ámbito penal como en el de responsabilidad civil, como de los efectos patrimoniales de la calificación culpable del concurso.

La precitada Ley Concursal Española tuvo como objetivo simplificar la legislación concursal, así como adecuarse a la nueva realidad que implica la globalización, en la cual es necesario concebir el derecho como una herramienta que trasciende las fronteras físicas que existen, pues el mundo actual así lo demanda, dicho hecho es mucho más relevante, debido a la que España pertenece a la Unión Europea, para lo cual se ha

adaptado al modelo de Reglamento (CE) N° 1346/2000²¹, sobre procedimientos de insolvencia, que se encuentra influenciada por normativa extracomunitaria como es Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza, recomendada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 52/158, de 15 de diciembre de 1997.

En octubre de 2011 se emitió la Ley 38/2011, la misma que contenía una reforma de la Ley Concursal. Dicha ley cuenta con cambios sumamente importantes.

Uno de ellos es la reforma en los institutos pre concursales., mediante la que se introduce dos novedades sumamente relevantes: la homologación judicial de acuerdos de refinanciación y el reconocimiento del privilegio del dinero fresco. Respecto de la primera, tenemos que dicha homologación consiste en que las diferentes entidades financieras, mediante un procedimiento sumario que concluye con una autorización del juez, puedan extender los efectos de la espera acordada en un

²¹Reglamento (CE) N°1346/200 DEL CONSEJO, sobre procedimientos de insolvencia permite la dualidad de procedimientos, en su artículo 12 dice literalmente: “El presente Reglamento permite que los procedimientos principales de insolvencia se incoen en el Estado miembro en que el deudor tenga su centro de intereses principales, (.....), podrán incoarse procedimientos secundarios en el Estado miembro en que el deudor tenga su establecimiento.

acuerdo de refinanciación a otras entidades financieras. En cuanto al reconocimiento del privilegio del dinero fresco, se da como un inventivo para la financiación, tanto concursal como pre concursal, consistente en el hecho de que, a quienes otorguen préstamos o inviertan a una empresa en crisis y con un acuerdo de refinanciación, se les reconocería el 50% del aporte efectuado, en calidad de acreedores contra la masa concursal, esto es que tendrían preferencia sobre dicho porcentaje ante cualquier otro crédito concursal.

Se modificó también el artículo 5.3, del pre concurso, estableciendo dicha modificación que ya no se requiere la situación de insolvencia actual, sino que basta una comunicación al Secretario Judicial, y una propuesta de convenio anticipado, para negociar un acuerdo de refinanciación. Se precisa al respecto que ello conserva los mismos efectos sin que se haya incluido la paralización de las ejecuciones.

Ahora bien, en cuanto a los acuerdos de refinanciación se regulan ahora en el artículo 71, esto es, las acciones de reintegración. Al respecto, se realiza un cambio en el sistema de designación del experto independiente al prudente arbitrio del Registrador mercantil y además, la necesidad de que el informe que se elabore, sea explícitamente favorable; sin perjuicio, claro

está, de las reservas o limitaciones que sean necesarias y cuya importancia será evaluada por quienes finalmente suscriban el acuerdo, así su compromiso y reconocimiento de responsabilidad con la refinanciación.

Se dieron también cambios importantes respecto de la Administración, la que era trimembre, y pasó a ser individual y con carácter general. Además, a efectos de garantizar una debida independencia y atención adecuada al procedimiento, se estableció que las entidades administradoras que sean personas jurídicas estén conformadas por cuando menos un abogado y un economista, titulado mercantil o auditor. Asimismo, en virtud de la necesidad de que la gestión de la Administración Concursal sea más eficiente y considere criterios empresariales en la ejecución de sus obligaciones, con la finalidad de la reestructuración parcial o total y su continuidad en el mercado, y que se reconozca la actividad realizada, conjuntamente con un ahorro de costes y en definitiva una mejor gestión del procedimiento concursal.

Se busca con estos cambios de la ley, que la administración sea además de eficiente, más profesionalizada y notable en el desarrollo del proceso concursal. Así tenemos que, mediante la modificación efectuada al artículo 43, se permite a la Administración a cargo del proceso concursal que pueda

enajenar y gravar de activos no esenciales del deudor, siempre que la viabilidad o necesidades de tesorería exija la continuidad del concurso o, en su defecto la continuidad de la actividad empresarial o profesional. En la misma línea se les faculta a disponer de los bienes que, aunque no sean necesarios para la continuidad, puedan ser vendidos a un valor que coincida con el valor que los mismos registren en inventario.

De otro lado, se introduce un cambio significativo referido a la necesidad de contar con un seguro o garantía que permita coberturar los daños que pueda generar la administración en ejercicio de su función.

Los cambios efectuados mediante esta reforma tienen como finalidad dotar al sistema de un procedimiento concursal sea ágil, eficaz y barato; con la finalidad de darle a las empresas sometidas a dicho procedimiento, una salida rápida; ya sea a través de un convenio o mediante una liquidación. En comparación con la norma anterior, se sustituye el criterio cuantitativo objetivo, que estaba basado en una cifra concreta de pasivo, por tres criterios orientativos, los que de modo alguno resultan imperativos, a decir: que el pasivo sea menor de 5 millones de euros; que la valoración de los bienes y derechos sea menos a 5 millones de euros y además, que el número de acreedores sea menor a 50.

En virtud de ello, será el juez el que, valorando alguno de los criterios o cuando haya una propuesta anticipada de convenio, o, con una modificación estructural y; siempre que crea que el proceso no tiene importante complejidad o, cuando sea el deudor quien presente un plan de liquidación con una propuesta expresa y cierta de la compra de la empresa en funcionamiento; o que el deudor hubiese cesado su funcionamiento y no tuviese contratos de trabajo vigentes.

Se realiza también una reforma respecto del procedimiento concursal de los grupos empresariales, los que se consideran como tales según el concepto dado en el Código de Comercio. En el artículo 25 y siguientes, se establece algunas reglas procesales de coordinación a efectos de que se inicie una tramitación conjunta de concursos siempre que exista conexión entre ellos, permitiendo además que se consolide los inventarios y listas de acreedores con la finalidad de que se elabore un único informe. Se introduce como novedad, la figura del administrador de hecho y del apoderado general.

En el artículo 176, se regula un procedimiento, específicamente para concursos no culpables y que no tengan posibilidad alguna de incrementar la masa activa. Por medio de este procedimiento, se busca tramitar rápidamente el

procedimiento del deudor que no cuenta con activos que le permitan pagar los gastos propios del procedimiento. Mediante este procedimiento, se impone el pago de los créditos contra los activos, ello a través de un orden detallado.

Otra modificación relevante, es la del procedimiento concursal para entidades deportivas, la que permite su sometimiento a concurso, sin que se afecte la regulación deportiva respecto de los derechos que tiene de competencias; es decir, se separa su derecho de seguir compitiendo de su continuidad como empresa.

1.2.4.2 Antecedentes en la legislación argentina

En esta parte de la investigación debo de agradecer el invaluable apoyo del profesor argentino Miguel Colquicocha Martinez, catedrático adscrito de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, en Derecho Comercial y Derecho Internacional Privado, y funcionario del Poder Judicial argentino a cargo de los procesos concursales, que se permitió brindarnos su soporte desinteresado en esta parte de la investigación, en base a su experiencia en esta materia.

En la Argentina, la normatividad concursal está desarrollada en la Ley de Concursos y Quiebras (Ley 24.522), sancionada y promulgada en el año 1995. En los años subsiguientes, a la promulgación de la norma concursal argentina, ésta fue objeto de algunas modificaciones menores, destacándose una reforma del año 2011 (Ley 26.684) en la que se les brindan mayores facultades a los trabajadores en el régimen concursal. Durante el período concursal los intereses laborales no se suspenden y se permite a los trabajadores formar cooperativas para presentar propuestas en los concursos en vías de continuar con la explotación de la empresa. Posteriormente, en el 2015, mediante la Ley 27.170 se hizo una reforma por la que se modificó 3 artículos de la ley, el artículo 32, respecto del proceso de verificación de créditos, cuyo pedido produciría ahora los efectos de demanda judicial, interrumpe la prescripción y además, impide la caducidad del derecho y la instancia correspondiente; teniendo la obligación de pagar, con dicha solicitud, un arancel correspondiente al 10% del salario mínimo vital, con excepción de los acreedores laborales y aquellos acreedores cuyo crédito sea menor a tres salarios mínimos. Así también se modificó el artículo 200, sobre la misma materia y; el artículo 288, precisando las circunstancias en que se considere al proceso como pequeño concurso y quiebras; siempre que el pasivo denunciado no alcance el equivalente a trescientos salarios mínimos o, que el proceso no tenga más de veinte

acreedores, o que el deudor no tenga o registre más de veinte trabajadores en relación de dependencia sin necesidad de declaración judicial.

El régimen concursal argentino se clasifica en el concurso preventivo y la quiebra. Al igual que en nuestro país, el concurso en la Argentina busca la continuidad de la empresa, y su objetivo es lograr superar las complicaciones financieras que pudieron afectar su funcionamiento, que pudieran incluso en determinados casos motivar una situación de cesación de pagos, mientras que se entiende que la quiebra, en cambio, es un proceso liquidatorio. El concursado, cuando se le decreta la quiebra, es separado del Patrimonio, del cual se hace cargo un Síndico que procederá a liquidar el activo del concursado para cancelar con el producto de la liquidación el pasivo.

Desde el año 1972, la Ley de Concursos y Quiebras en la Argentina es una ley especial separada tanto del Código Civil como del Código de Comercio, ya que unifica los anteriores regímenes de concursos civiles y comerciales, sin embargo; debemos referir que, desde agosto de 2015, la Ley de Concursos y Quiebras seguirá siendo catalogada como una ley especial, pero del próximo Código Civil y Comercial unificado que entrará en vigencia.

El patrimonio es la prenda común de los acreedores, y éstos tienen el derecho de cobrarse ejecutando los bienes de su deudor. Cada uno de ellos puede formular su pretensión por separado y, frente a una posible situación de riesgo, correr la suerte de su diligencia.

Si el patrimonio es presuntamente insuficiente, las ejecuciones singulares o particulares no satisfacen, por lo que se ha ideado un procedimiento de ejecución colectiva o concurso, aun cuando en este extremo debemos dejar claro que en Argentina se discute si hace falta la existencia de un patrimonio insuficiente o basta con acreditar la mora, aun frente a un patrimonio solvente.²²

La concursabilidad de un procedimiento implica que la consecuencia de la crisis de la empresa sea reparada mediante una regulación de todas las relaciones, y no solamente esto, sino con una regulación igual de todas las relaciones (*pars condictio creditorum*) salvo naturalmente las causas legítimas de prelación, es decir, que las relaciones se presenten ya al concurso como desiguales.

²² Puede obtenerse mayor información sobre ambas posturas en DJuris136 - PREPARACIÓN DE UN PEDIDO DE QUIEBRA FORMULADO POR ACREEDOR. LA “INSTRUCCIÓN PREFERENCIAL SUMARIA”. De Alejandro Danino (06/11/2014) <http://www.editorialjuris.com/docLeer.php?idDoctrina=136&texto>

Ese procedimiento tiene mayor importancia en materia comercial por el área propia de los negocios y allí recibió el nombre de bancarrota o quiebra. Pero se da también la situación de concursabilidad en el desenvolvimiento patrimonial de los no comerciantes.

El concurso es un proceso, y precisamente, de ejecución. Es, para algunos, de carácter contencioso, y, para otros, voluntario, sin embargo, podemos sostener que en el régimen argentino el concurso es un procedimiento mixto. Voluntario, porque el único que puede solicitarlo es el deudor, y contencioso porque una vez abierto el concurso, entran a participar del mismo los acreedores.

No es dudoso que frente a la crisis patrimonial de la empresa aparezca gravemente implicado el interés del Estado, puesto que la quiebra afecta en sus consecuencias el orden de la economía. La comunidad sufre de un modo u otro la insolvencia de determinado sujeto (la eventual desaparición de la empresa, la disgregación de sus factores organizativos, la pérdida de la fuente de trabajo, etc.), en función de lo cual se observa que al afectar normas de orden público y existiendo el interés del Estado en salvar a las empresas, el sistema concursal argentino se caracterice por ser altamente inquisitivo, y se le otorguen

amplias facultades al Juez, por lo que por ejemplo en estos casos el informe general del Síndico no es vinculante para él a la hora de definir quiénes serán incorporados como acreedores en el concurso y quiénes no.

Al margen de la naturaleza que se asigne a los concursos, en su estructuración legal encontramos normas no solo procesales, sino también sustanciales, a saber: comerciales, civiles, penales y administrativas.

Principios rectores del Derecho Concursal en la Argentina.

- La justicia distributiva como fundamento.
- La universalidad subjetiva y objetiva; igualdad de acreedores e integridad del patrimonio deudor.
- El publicismo concursal. La concepción privatista. Debiendo dejar en claro que, si bien la norma concursal argentina se sitúa en la esfera del derecho privado, no quita que se encuentren algunas disposiciones de orden público en su articulado.
- Su concepción como derecho de fondo, como derecho procesal y como derecho de fondo y forma.
- Concursos como procesos de conocimiento y de ejecución. La ejecución individual y colectiva.

- Los concursos como procesos voluntarios y como procesos contenciosos.
- La inquisitorialidad u oficiosidad: El juez cuenta con amplias facultades para dirigir el proceso concursal dada la amplia gama de intereses en juego que existen.
- Unicidad: no pueden existir dos procesos concursales frente a un mismo patrimonio.
- El principio de conservación de la empresa, por la cantidad de intereses que están en juego.

En este marco se sancionó la ley 24.522 con sus dos preceptos básicos - el concurso y la quiebra - añadiéndole las pautas directrices de una política tendiente a la desregulación normativa, reducción de costos de transacción, establecimiento de las facultades de los jueces en esta materia, conservación de la empresa y sanción del comerciante que abuso del crédito, sin dejar de lado que a pesar de ello es un sistema que le es muy favorable.

En este orden de ideas, encontramos, en principio, que el procedimiento concursal en la Argentina es un proceso judicial a cargo de un Juez competente en la materia, el cual asumirá

competencia de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 24.522²³.

Una vez iniciada la quiebra, el fallido perderá el control de su patrimonio de conformidad con lo dispuesto por el artículo 107º que a la letra dice:

“Artículo 107º.- Concepto y extensión. El fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de la quiebra y de los que adquiriera hasta su rehabilitación. El desapoderamiento impide que ejercite los derechos de disposición y administración.”

Independientemente quisiéramos continuar nuestro comentario sobre la ley argentina manifestando que su artículo 160º, aunque sean en la actualidad ya muy pocos casos, pues

²³ Artículo 3º.- Juez competente. Corresponde intervenir en los concursos al juez con competencia ordinaria, de acuerdo a las siguientes reglas:

1) Si se trata de personas de existencia visible, al del lugar de la sede de la administración de sus negocios; a falta de éste, al del lugar del domicilio.

2) Si el deudor tuviere varias administraciones, es competente el juez del lugar de la sede de la administración del establecimiento principal; si no pudiere determinarse esta calidad, lo es el juez que hubiere prevenido.

3) En caso de concurso de personas de existencia ideal de carácter privado regularmente constituidas, y las sociedades en que el Estado Nacional, Provincial o Municipal sea parte -con las exclusiones previstas en el Artículo 2- entiende el juez del lugar del domicilio.

4) En el caso de sociedades no constituidas regularmente, entiende el juez del lugar de la sede; en su defecto, el del lugar del establecimiento o explotación principal.

5) Tratándose de deudores domiciliados en el exterior, el juez del lugar de la administración en el país; a falta de éste, entiende el del lugar del establecimiento, explotación o actividad principal, según el caso.

como se debe entender, esta regla solo aplica a sociedades de personas, determina que:

“Artículo 160.- Socios con responsabilidad ilimitada. La quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada. También implica la de los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubiesen sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso.

Cada vez que la ley se refiere al fallido o deudor, se entiende que la disposición se aplica también a los socios indicados en este artículo.”

Entendemos que es claro que un socio con responsabilidad ilimitada estará en la misma situación de insolvencia que la empresa de su propiedad por lo que es pertinente que él mismo esté sujeto a la quiebra personal dispuesta en el texto bajo comentario.

Adicionalmente y refiriéndonos a la responsabilidad de los gerentes, directores, administradores, encontramos que el artículo 173⁰²⁴ que dispone la obligación de indemnizar los

²⁴ Artículo 173°.- Responsabilidad de representantes. Los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados.

Responsabilidad de terceros. Quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso.

perjuicios causados por dolo evidenciado dentro del procedimiento, así como la obligación de sus cómplices de devolver los bienes e indemnizar el perjuicio que hubiera podido irrogar su conducta punitiva.

Se establece también que la acción de responsabilidad corresponde al síndico a cargo de la liquidación²⁵.

Una nota característica del procedimiento concursal o de quiebra en la Argentina es que un saldo insoluto de créditos no cancelados en la liquidación importa una presunción de fraude penal (aunque en la aplicación del artículo 233° de la norma concursal argentina, nos lo explico el catedrático argentino Miguel Colquicocha, se haya entendido y aplicado principalmente a gastos de justicia no cancelados – honorarios y sellados – pues si estos están cancelados puede ocurrir que el fraude no se presuma aunque existan otros créditos insolutos) y este hecho dará lugar a la apertura de sumario de investigación, lo que es una nota característica de su manejo en este país²⁶.

²⁵ Artículo 175°.- Socios y otros responsables. El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores, corresponde al síndico.

Acciones en trámite. Si existen acciones de responsabilidad iniciadas con anterioridad, continúan por ante el Juzgado del concurso. El síndico puede optar entre hacerse parte coadyuvante en los procesos en el estado en que se encuentren o bien mantenerse fuera de ellos y deducir las acciones que corresponden al concurso por separado.

²⁶ Artículo 233°.- Efectos. La clausura del procedimiento, por falta de activos, importa presunción de fraude. El juez debe comunicarla a la justicia en lo penal, para la instrucción del sumario pertinente.

Asimismo, es de notar que si impone una inhabilitación a los representantes de los órganos de administración de las personas jurídicas fallidas, que podría ser levantado a criterio del magistrado si es que a primera vista pudiera percibir que no existe responsabilidad de aquel inhabilitado en la quiebra producida.

Así tenemos que el artículo 235º de la Ley establece:

“Artículo 235º.- Personas jurídicas. En el caso de quiebra de personas jurídicas, la inhabilitación se extiende a las personas físicas que hubieren integrado sus órganos de administración desde la fecha de cesación de pagos. A este efecto, no rige el límite temporal previsto en el Artículo 116.

Comienzo de la inhabilitación. La inhabilitación de quienes son integrantes del órgano de administración o administradores a la fecha de la quiebra tiene efecto a partir de esa fecha. La de quienes se hubiesen desempeñado como tales desde la fecha de cesación de pagos, pero no lo hicieron a la fecha de la quiebra, comenzará a tener efecto a partir de que quede firme la fecha de cesación de pagos en los términos del artículo 117²⁷.”

²⁷ Artículo 116º.- Fecha de cesación de pagos: retroacción. La fijación de la fecha de iniciación de la cesación de pagos no puede retrotraerse a los efectos previstos por esta sección, más allá de los DOS (2) años de la fecha del auto de quiebra o de presentación en concurso preventivo.

Período de sospecha. Denominase período de sospecha al que transcurre entre la fecha que se determine como iniciación de la cesación de pagos y la sentencia de quiebra.

Artículo 117º.- Cesación de pagos: determinación de su fecha inicial. Dentro de los TREINTA (30) días posteriores a la presentación del informe general, los interesados pueden observar la fecha inicial del estado de cesación de pagos propuesta por el síndico.

Los escritos se presentan por triplicado y de ellos se da traslado al síndico, junto con los que sobre el particular se hubieren presentado de acuerdo con el Artículo 40.

El juez puede ordenar la prueba que estime necesaria.

Y continúa el artículo 236º refiriéndose a la duración de la inhabilitación disponiendo que:

“Artículo 236º.- Duración de la inhabilitación. La inhabilitación del fallido y de los integrantes del órgano de administración o administradores de la persona de existencia ideal, cesa de pleno derecho, al año de la fecha de la sentencia de quiebra, o de que fuere fijada la fecha de cesación de pagos conforme lo previsto en el artículo 235º, segundo párrafo, salvo que se dé alguno de los supuestos de reducción o prórroga a que aluden los párrafos siguientes.

Ese plazo puede ser reducido o dejado sin efecto por el juez, a pedido de parte, y previa vista al síndico si, verosíblemente, el inhabilitado -a criterio del Magistrado- no estuviere prima facie incurso en delito penal.

La inhabilitación se prorroga o retoma su vigencia si el inhabilitado es sometido a proceso penal, supuesto en el cual dura hasta el dictado de sobreseimiento o absolución.”

Si mediare condena, dura hasta el cumplimiento de la accesoria de inhabilitación que imponga el juez penal.”

Es claro notar que en este país tampoco se imponen sanciones a las personas naturales que hubieran podido integrar los llamados órganos de administración social por este simple hecho, aunque sí están afectas a inhabilitación en el caso de que

La resolución que fija la fecha de iniciación de la cesación de pagos es apelable por quienes hayan intervenido en la articulación y por el fallido.

se presume actos dolosos o cuando menos culpables en la quiebra, pero prevé, como lo acabamos de notar, la posibilidad de que el magistrado competente pueda levantar esta inhabilitación si existen hechos que pudiesen acreditar su inocencia en los actos que dieron origen a la quiebra producida. Es más, está claro que esta sanción está más vinculada a un hecho generado por la “presunta” responsabilidad “penal” de éstos, ya que impone esta sanción preventivamente y determina claramente que la misma se prorroga o retoma, según sea el caso, si el inhabilitado queda expuesto y sometido a un proceso penal, supuesto en el cual durará hasta el dictado del archivo o absolución respectiva, conforme toca aplicar en este caso particular, lo que de alguna manera es consecuente con su legislación actual.

Tenemos entonces que Ley N° 24.522 “Ley de Concursos y Quiebra”, promulgada en 1995, y modificada por las leyes 25.589 , 26.086, 26.684 debemos entender que sin bien por mandato constitucional dicha ley tiene carácter federal, la competencia está dada por cada provincia, asimismo debemos destacar que la legislación argentina, es una de las pocas que regula el fenómeno de los grupos económicos, ya que permite la incorporación del resto de empresas, bastando la cesación de pagos en cualquiera de ellos, tal como dice el Dr. Angel Dasso “La cesación de pagos es el presupuesto material, pero basta su

existencia respecto de uno solo de los integrantes, con la condición de que dicho estado pueda afectar a los demás integrantes del grupo económico.” (Dasso, 2008, pág. 135 Tomo I)

Respecto a la insolvencia transfronteriza, no existe un capítulo expreso que regule dicho fenómeno jurídico, consideramos que acoge un modelo dualista, por una parte se recoge la territorialidad, respecto a los bienes ubicados en el territorio, y los créditos que deben ser efectuados en la República Argentina, tal como expresamente está dispuesto en el inciso 2 del artículo 2 que literalmente dice:

“Artículo 2°.- Sujetos Comprendidos.

(.....)

Se encuentran comprendidos:

(.....)

2) Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país.”

Mientras que sobre la pluralidad de concursos, tanto en la República Argentina y en el extranjero, el artículo 4, sostiene literalmente en relación a ello:

“Artículo 4°.- Concursos declarados en el extranjero:

La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República

de Argentina. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero, no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la República Argentina, para disputarles derechos que estos pretenden sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos existentes en territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado.

Pluralidad de concursos. Declarada también la quiebra en el país, los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, satisfechos los demás créditos verificados en aquélla.

Reciprocidad. La verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la República Argentina puede verificarse y cobrar -en iguales condiciones- en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero.

Paridad en los dividendos. Los cobros de créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causas de

créditos comunes. Quedan exceptuados de acreditar la reciprocidad los titulares de créditos con garantía real.”

Como es fácil de ver no hay influencia de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) que sobre Insolvencia Transfronteriza se ha propuesto por lo que también se rigen por las pautas doctrinarias que sobre el particular existen.

1.2.4.3 Antecedentes en la legislación colombiana

Fruto de la investigación que sobre el presente trabajo vengo realizando, debo en esta parte testimoniar mi agradecimiento personal al Profesor colombiano Juan José Rodríguez Espitia, ex Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles, Jefe de Concordatos, de la Superintendencia de Sociedades, quien gentilmente tuvo la amabilidad de atenderme y absolver varias de nuestras dudas sobre el derecho concursal colombiano en la Universidad Externado de Colombia, en abril del 2015, donde es catedrático, y sobre cuya información e investigaciones sostenemos parcialmente el cómo se maneja el derecho concursal en Colombia²⁸.

²⁸ Puede verse su interesante artículo “Aproximación el Derecho Concursal Colombiano” en: <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen6/pdf02/aproximacion.pdf>

En este sentido debemos referir con mucha complacencia que el derecho concursal colombiano al igual que en la mayoría de países que se han involucrado en éste concepto moderno en que se tiene a la actividad empresarial como el motor que genera mejor calidad de vida de sus ciudadanos, así podemos sostener que el derecho concursal hoy tiene otra identidad, está impregnado de valores como la protección de la empresa, su reconocimiento como motor de la actividad económica o el reconocimiento de la denominada “Comunidad de Riesgos” (Vivante, 1932), lo cual ha dado lugar a consideraciones y construcciones de otra clase.

Al igual que en el Perú el derecho colombiano no ha sido ajeno a esta evolución y es evidente que también se ha desprendido del concepto clásico de la quiebra hacia otros valores, como la empresa, el empleo, el crédito, etc., y cimentó su validación con una serie de precedentes constitucionales que, consideramos, de manera acertada se han emitido en esta jurisdicción que le han dado un soporte y una legitimación incuestionable a este derecho especial.

Así el Dr. Rodríguez Espitia sostiene en lo referido a la evolución del derecho concursal colombiano que originalmente:

“No existía la figura del “concordato”²⁹ preventivo, cuya introducción en el derecho colombiano se produjo (...) luego de que la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 29 de mayo de 1969 declarara la inconstitucionalidad del Decreto Ley 750 de 1940. Esta declaración fue seguida de la expedición del Decreto 2264 de diciembre de 1969, el cual introdujo la institución del concordato preventivo - potestativo y obligatorio -, antecedente inmediato del Código de Comercio de 1971.

El Código de Comercio de 1971 incorporó dos mecanismos para resolver las situaciones de crisis del comerciante. De una parte, en el Título I del Libro Sexto contempló las figuras de los concordatos preventivos potestativo y obligatorio y, de otra parte, en el Título II del Libro Sexto, la quiebra, en una regulación armónica, construida con la paciencia propia de un artesano, tímida en algunos casos, con una regulación procesal con problemas, pero que aportó reglas que aún hoy se mantienen.

Posteriormente, el Decreto 350 de 1989 modificó integralmente el Título I del Capítulo VI del Código de Comercio, referido a los concordatos preventivos. Dentro de

²⁹ El concordato ya haciendo un símil un tanto forzoso con las figuras que manejamos en el Perú, debemos de entenderlo como acuerdos de reestructuración empresarial, en buena cuenta acuerdos de refinanciación celebrados entre el deudor y sus acreedores, que en el Perú pueden contenerse en Planes de Reestructuración aprobados al interior de procedimientos concursales ordinarios y en Acuerdos Globales de Refinanciación si lo hacemos al amparo de procedimientos concursales preventivos.

los cambios introducidos al régimen concordatario se destaca la manifestación expresa de la intención de velar por la vida y recuperación de la empresa en dificultades económicas. En tanto, que en el texto original del Código de Comercio simplemente se hacía referencia a las medidas que podían adoptarse a partir del acuerdo entre el deudor y los acreedores y se manifestaba que el objeto del concordato era evitar la declaratoria de quiebra, en el artículo 2° del decreto, se precisaba que "el concordato preventivo tiene por objeto la conservación y recuperación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, cuando ello fuere posible, así como la protección adecuada del crédito".

Dentro de esta perspectiva histórica, la Ley 222 de 1995 constituye el paso final del proceso de sustitución gradual de la figura de la quiebra por mecanismos menos drásticos, como el de los procedimientos concursales. En efecto, esta ley eliminó definitivamente el instituto jurídico de la quiebra, al disponer en su artículo 242 la derogatoria del Título II del Libro sexto del Código de Comercio. Además, sustituyó toda la normatividad concordataria establecida por el Decreto 350 de 1989 y las reglas del estatuto procesal civil en cuanto a concurso de acreedores. Este estatuto, se encontraba soportado en los criterios de igualdad, eliminación de

privilegios a los acreedores fiscales y acceso a los mecanismos de insolvencia por parte de cualquier deudor, evocando normas clásicas del concurso de acreedores sin hacer distinciones en cuanto a la calidad del sujeto.

En la exposición de motivos del proyecto que se convertiría en la Ley 222 de 1995, se justificó la necesidad de introducir modificaciones al Código de Comercio con base en las exigencias que surgían de las nuevas normas de la Constitución Política y en la necesidad de adaptar la legislación comercial a las circunstancias del comercio internacional. Con respecto a la Constitución se enfatizó que, en su artículo 333, se establecía que la empresa era la base del desarrollo y que cumplía una función social. Esta norma serviría de justificación a los mecanismos legales dirigidos a lograr su conservación y recuperación. Dado que el procedimiento de la quiebra había sido objeto frecuente de críticas por la inoperancia de sus normas, se propuso y decidió la eliminación de la figura de la quiebra, que fue sustituida por un trámite de liquidación que habría de garantizar el pago adecuado de las deudas.

De este estatuto debemos resaltar, que era la primera experiencia del legislativo en esta materia, pues con anterioridad las normas y en especial los Códigos habían sido

expedidos por el Gobierno con base en facultades extraordinarias y preparadas por una Comisión de expertos; sobre este tipo de ejercicios aún es prematuro anticipar conclusiones.

Llegamos a la ley 550 de 1999 que, entre otros aspectos, replanteó la naturaleza de las soluciones concursales; reconoció el desequilibrio patrimonial en el derecho de voto; implantó estatutos temporales como instrumentos necesarios para responder a las crisis generales o endémicas y extendió los mecanismos concursales a sujetos respecto de los cuales el concurso siempre les había sido esquivo como los entes territoriales.

Esta ley, en palabras de la Corte Constitucional se “inscribe en una larga y compleja evolución legislativa de los procesos concursales en Colombia, la cual en algunos momentos se caracterizó por una predominante protección del crédito, en el entendido de que se trataba ante todo de unos instrumentos judiciales de defensa de los intereses económicos de los comerciantes, para finalmente asumir la salvaguarda de la empresa como objetivo predominante de esta variedad de procesos.

Al respecto, cabe señalar que la mencionada ley fue adoptada como un instrumento encaminado a hacerle frente a la difícil situación que había enfrentado el país debido a las crisis económicas acaecidas en los años 1997 y 1998 y que se reflejaron en un incremento creciente de los concordatos, liquidaciones y numerosas dificultades que padecieron las empresas, con la consecuente reducción en su capacidad de generación de empleo y deterioro de la calidad de su cartera. (Rodríguez Espitia, 2009).

En este punto queremos destacar la importancia que en Colombia se la ha dado a los fallos emitidos por su Corte Constitucional que ha asumido progresivamente la importancia de la empresa en el desarrollo de su sociedad y en ese sentido cabe rescatar que en ese sentido este máximo órgano constitucional ha dejado sentado que la empresa entendida, como un derecho fundamental de sus ciudadanos en esencia para que estos puedan desarrollar actividades empresariales, es la base de su desarrollo económico y por ende y como resultado de éste desarrollo es la fuerza motora del bienestar de los individuos en Colombia y que por tanto ésta manera moderna y progresista de ver lo que es una absoluta realidad de que el derecho de los ciudadanos de realizar actividad económica que les permita progresar es un derecho que está íntimamente relacionado a otros derechos constitucionales fundamentales de

los ciudadanos como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo y la libertad de escoger profesión u oficio, así ha quedado sentado expresamente por el máximo órgano constitucional colombiano, en su Sentencia T-299-97 que literalmente establece: “La empresa, vista desde esta nueva perspectiva constitucional, se erige, como el propio Estatuto Superior lo plantea, en base del desarrollo económico y, por ende, en fuerza motora del bienestar de los individuos.

Esta nueva concepción de la actividad empresarial implica que ella se encuentre inescindiblemente relacionada con la efectividad de valores, principios y derechos constitucionales tales como la dignidad de la persona (C.P., artículo 1º), el libre desarrollo de la personalidad (C.P., artículo 16), el derecho al trabajo (C.P., artículo 25) y la libertad de escoger profesión u oficio (C.P., artículo 26). En efecto, la empresa se constituye en uno de esos ámbitos privilegiados dentro de los cuales la persona puede desarrollar su libertad y sus anhelos de realización a través del ejercicio de una profesión u oficio determinados. Es así como el valor del trabajo cobra una especial significación dentro del ámbito de la actividad empresarial. [...] La Sala estima que la consecuencia natural que se desprende de esta nueva concepción de la empresa y de la actividad empresarial consiste, como ya se anotó, en la modificación de las funciones y competencias de la

Superintendencia de Sociedades en materia de inspección y vigilancia de las sociedades mercantiles. Lo anterior apareja, lógicamente, que las tareas de la anotada autoridad administrativa en materia de procesos concursales no se dirijan meramente hacia la recuperación económica de la empresa sino también hacia su conservación como ámbito en el cual la libertad y la dignidad se proyectan y desarrollan a través del trabajo humano.”

En este sentido y basado en esta lógica constitucional progresista sostiene por que la actual ley concursal colombiana; la Ley 1116 de 2006, publicada en el Diario Oficial No. 46.494 con fecha 27 de diciembre de 2006; tuvo como objetivo fundamental diseñar un mecanismo ágil de recuperación empresarial de carácter no jurisdiccional sino básicamente contractual, que condujera a una solución a los inconvenientes que presentaban los acuerdos “concordatarios”, entiéndase de refinanciación o reestructuración de pasivos, y al establecimiento de reglas laborales especiales y temporales, que permitiera una flexibilización en la prelación de los créditos y que dotara a deudores y acreedores de incentivos e instrumentos adecuados para la negociación, diseño y ejecución conjunta de unos acuerdos de reestructuración que facilitará a las empresas poder normalizar su actividad económica y productiva, honrar, en la medida de lo posible, sus compromisos

financieros, permitirles además nuevamente acceder al crédito en mérito a; dependiendo en cada caso particular; su capacidad de pago, además de facilitar la garantía y el pago de los pasivos pensionales y conservar los empleos de los trabajadores, según lo sostenido por el Dr. Rodríguez Espitia.

En éste sentido corresponde hacer un breve resumen del texto legal actual que regula el derecho concursal colombiano, así podemos sostener que Colombia no escapa de un tema clásico de la concursalidad, como es la concepción del juez, que en esta materia no está acotado al rol tradicional de quien sabe de derecho y que por ello mismo lo declara o hace efectivo, sino que más bien está referido a un juez vinculado con otras disciplinas jurídicas, como el análisis económico del derecho, la contabilidad, análisis financiero, etc. y que se lograr establecer dado el contenido de la materia del derecho concursal que nosotros entendemos como el manejo eficiente de la crisis de la actividad empresarial. Por tanto, Colombia opto por contar con una autoridad administrativa que cumple, al igual que en el Perú, funciones jurisdiccionales y que para ello tienen como parte de su estructura a profesionales especializados en el área económica.

Aterrizando los conceptos generales antes referidos podemos sostener que la Ley 1116 del año 2006 (publicada en el Diario

Oficial N° 46.494 el 27 de diciembre de 2006) por el cual se establece el “*Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia*” establece en su artículo 2° que pueden ser sometidos al *régimen de insolvencia* las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de su aplicación, que realicen negocios permanentes en el territorio colombiano, de carácter privado o mixto. Así mismo, establece que están sometidos a este régimen las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales.

Asimismo, en su artículo 4° establece los principios de su régimen de insolvencia que refiere expresamente los siguientes principios:

1. Universalidad: La totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación.
2. Igualdad: Tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurren al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias.
3. Eficiencia: Aprovechamiento de los recursos existentes y la mejor administración de los mismos, basados en la información disponible.

4. Información: En virtud del cual, deudor y acreedores deben proporcionar la información de manera oportuna, transparente y comparable, permitiendo el acceso a ella en cualquier oportunidad del proceso.
5. Negociabilidad: Las actuaciones en el curso del proceso deben propiciar entre los interesados la negociación no litigiosa, proactiva, informada y de buena fe, en relación con las deudas y bienes del deudor.
6. Reciprocidad: Reconocimiento, colaboración y coordinación mutua con las autoridades extranjeras, en los casos de insolvencia transfronteriza.
7. Gobernabilidad económica: Obtener a través del proceso de insolvencia, una dirección gerencial definida, para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactivación empresarial.

El artículo 6° establece el órgano competente para conocer de estas materias como jueces del concurso y refiere que lo hará la Superintendencia de Sociedades, en uso de facultades jurisdiccionales, en el caso de todas las sociedades colectivas, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras y, por si fuera necesario establece que también lo hará en el caso de deudores personas naturales comerciantes, pero establece que también puede ser competente el Juez Civil del Circuito del domicilio principal del insolvente, en los demás

casos, no excluidos del proceso por la norma que regula ésta situación excepcional.

Básicamente su proceso concursal se sostiene en el proceso llamado de “reorganización”, aunque trata su norma concursal también del proceso de “liquidación judicial”.

Refiriéndonos al proceso de reorganización debemos manifestar que tiene como supuestos de admisibilidad que el inicio del mismo presupone la necesaria existencia de una situación de suspensión de pagos o de imposibilidad de pago apremiante.

Y expresamente dispone que el deudor estará en cesación de pagos cuando incumpla el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones. En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del diez por ciento (10%) del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud. Y que se encontrará en situación de insolvencia acreditada, cuando además así se demuestre en el mercado o dentro de su organización, y que pudieran afectarlo o lo que

razonablemente pueda afectar gravemente, el cumplimiento oportuno de sus obligaciones, con un vencimiento que pudiera ser igual o inferior al año.

En artículo 11° establece que la legitimidad en estos casos está restringida para que el proceso pueda ser iniciado solamente por los siguientes actores:

1. En supuesto de cesación de pagos, ya sea por el deudor, o por uno o algunos de sus acreedores, o podría ser solicitada de oficio por la propia Superintendencia.
2. En caso se presente un estado de incapacidad de pago inminente, el inicio podría ser requerido por el propio deudor o por un determinado número de acreedores sin vinculación ya sea con el propio deudor o con sus partícipes en el negocio.
3. Como resultado de una solicitud presentada o requerida por el representante extranjero en caso de un proceso de insolvencia transfronterizo.

Adicionalmente el artículo 15° dispone que la Superintendencia de Sociedades podrá decretar de oficio el inicio de un proceso de reorganización en los siguientes eventos:

1. Cuando una sociedad comercial sometida a su vigilancia o control incurra en la cesación de pagos prevista en la norma concursal.

2. Como consecuencia de la solicitud expresa de otra autoridad que adelante funciones de inspección y vigilancia de empresas, cuando se cumpla el supuesto de cesación de pagos.
3. Cuando como consecuencia del inicio de un proceso de insolvencia de una sociedad vinculada o de un patrimonio autónomo con vinculación, la precaria situación financiera de la sociedad controlante, matriz, filial o subsidiaria, o de algún otro patrimonio autónomo, genere la cesación de pagos de la sociedad vinculada.

En relación a los efectos de la presentación de la solicitud concursal, por parte del deudor, el artículo 17° refiere que a partir de la fecha de presentación de dicha solicitud, se prohíbe que los administradores pudieran realizar modificaciones a los estatutos; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que hubieran haber podido sido trabadas sobre los bienes del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan esa calidad; realizar compensaciones, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; pagos, arreglos, desistimientos ni efectuar ventas o transferencias de bienes o realice operaciones que no correspondan al giro comercial regular del deudor o que se realicen sin respetar las limitaciones

estatutarias aplicables y establecidas, incluyendo fiducias mercantiles y encargos de este tipo que tengan ese objetivo o encarguen al fiduciario en tal sentido; salvo que hubiera existido autorización expresa, previa, y objetiva en este sentido por parte del juez a cargo del concurso.

Sin embargo, se establece que el deudor puede solicitar ante el juez del concurso la celebración, ejecución o modificación de cualquiera de los actos antes referidos, siempre que dicho pedido sea por escrito y motivado.

Asimismo, dicho artículo establece que para celebrar fiducias mercantiles o cualquier otra clase de contratos que tengan por finalidad el realizar la emisión de títulos a ser apostados a través del mercado público de valores en Colombia, deberán obtener previamente y de manera anticipada autorización de la autoridad competente. En cuanto a la emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores, patrimonios autónomos u otra forma, deberán obtener una autorización adicional, requisito que no es necesario en el caso de fiducias mercantiles en los que sus patrimonios autónomos estén constituidos por los bienes objeto de titularizaciones, que hayan sido previamente colocadas en el mercado público de valores, al igual que si la operación en cuestión corresponde a la ejecución de una fiducia mercantil en garantía que haga parte de la estructuración de una

emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores.

El artículo 20° señala que desde la fecha de inicio del proceso concursal se genera como efecto la imposibilidad de la admisión o continuación de toda demanda de ejecución, o cualquier otro proceso de cobro en contra del concursado.

Ahora bien, estando ya el proceso iniciado, el plazo para celebrar el acuerdo de reorganización, que cuenta con posterioridad a la etapa de reconocimiento de créditos y no podrá ser, en principio, superior a 4 meses.

Una vez tomado el acuerdo de reorganización y/o de adjudicación, dentro del plazo de ley, estos son como corresponde de obligatorio cumplimiento para todos, es decir, el deudor y para la universalidad de acreedores involucrados, incluyendo a los que no hubieran participado en la negociación del acuerdo o que, incluso habiéndolo realizado, se hubieran opuesto al mismo, en buena cuenta es vinculante y obligatorio para todos.

Además, se debe considerar que al igual que pasa en el Perú también se castiga la falta de diligencia en la ejecución del acuerdo de reorganización adoptado, el mismo que, de acuerdo

a lo establecido en el artículo 45° de la norma concursal colombiana, termina cuando:

1. Se incumple las obligaciones pactadas.
2. No se subsana en audiencia un evento de incumplimiento
3. La falta de cumplimiento oportuno del pago de las obligaciones pensionales o aportes al sistema de seguridad social y los adicionales gastos de administración que se deben asumir.

Ahora bien, el proceso de reorganización puede terminar en un proceso de liquidación judicial, el mismo que, según el artículo 47° de la ley, puede darse en las siguientes circunstancias:

1. Por el acreditado incumplimiento del acuerdo de reorganización, frustración del mismo o incumplimiento del convenio o de un acuerdo de reestructuración.
2. Las causales de liquidación judicial inmediata previstas en la norma.

Ahora en referencia al proceso de liquidación judicial, el artículo 48° de la ley concursal colombiana nos refiere que el inicio del proceso de liquidación judicial implica el nombramiento de un liquidador, que tendrá la representación legal. Asimismo, se establece que, a partir de dicha fecha, el deudor queda imposibilitado de realizar operaciones correspondientes a su

objeto, toda vez que su capacidad jurídica estará comprendida únicamente para los actos pertinentes para cumplir con ejecutar la inmediata liquidación, sin perjuicio de aquellos actos que pudieran tener como objetivo la adecuada conservación de los bienes y activos. Los actos que se celebren desconociendo lo dispuesto serán ineficaces, como corresponde, de pleno derecho.

Asimismo, se dispondrán las medidas cautelares que correspondan sobre los bienes del deudor y se ordenará al liquidador cumpla con efectuar la inscripción en el registro respectivo la declaratoria de inicio del proceso de liquidación judicial.

El artículo 49° refiere que existe la posibilidad de iniciar el proceso de liquidación judicial inmediata, la misma que procederá en los siguientes casos:

1. Cuando el deudor lo requiera directamente, o cuando éste contravenga su obligación de entregar a tiempo la documentación requerida, como resultado de la solicitud a un proceso de insolvencia iniciado por parte de un acreedor.
2. Cuando el deudor desatienda sus negocios.
3. Por solicitud de la autoridad competente que cumpla con vigilar o controlar a la empresa.
4. Por disposición sustentada de la Superintendencia de Sociedades que asume de oficio o como resultado de la

solicitud de apertura de un proceso de reorganización adicional, o cuando el deudor no actualice el proyecto de reconocimiento y graduación de créditos y derechos de voto que corresponde elaborar al inicio del proceso de reorganización.

5. A solicitud en conjunto del deudor y de un número plural de acreedores titulares de no menos del cincuenta por ciento (50%) del pasivo existente.
6. Solicitud expresa de inicio del trámite del proceso de liquidación judicial que sea efectuado como corresponde por una autoridad o un representante extranjero, de conformidad con lo dispuesto en la norma referida.
7. Mantener obligaciones vencidas, vinculadas a responsabilidades referidas a pensiones, retenciones de carácter fiscal, descuentos realizados a los empleados y trabajadores, o aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, sin que estas hubieran sido corregidas dentro del término señalado por el Juez del concurso, que no pueden ser en ningún caso mayor a tres (3) meses.

Si el juez del concurso comprueba anticipadamente que el deudor no está cumpliendo con sus obligaciones legales, principalmente las referidas a la obligación de llevar contabilidad de manera ordenada, conforme a las normas aplicables, puede ordenar, si lo considera conveniente, la disolución y liquidación

de la sociedad o empresa, en los términos señalados para tal fin en el Código de Comercio colombiano, supuesto en el que los acreedores pueden también demandar la responsabilidad subsidiaria que pudiera corresponder en contra de los administradores, socios o controlantes que tuvieran responsabilidad en esos hechos.

En el artículo 50° se señala que la declaración judicial del proceso de liquidación judicial genera los siguientes efectos:

1. La disolución de la persona jurídica, debiendo por tanto usar siempre la expresión “en liquidación judicial”.
2. La cesación de funciones de los órganos sociales y de fiscalización de la persona jurídica, si los hubiere.
3. La separación de todos los administradores.
4. La terminación de los contratos de tracto sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, no necesarios para la preservación de los activos, así como los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, celebrados por el deudor en calidad de constituyente, sobre bienes propios y para amparar obligaciones propias o ajenas; salvo por aquellos contratos respecto de los cuales se hubiere obtenido autorización para continuar su ejecución impartido por el juez del concurso.
5. La terminación de los contratos de trabajo, con el correspondiente pago de las indemnizaciones a favor de los

trabajadores, de conformidad con lo previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual no será necesaria autorización administrativa o judicial alguna quedando sujetas a las reglas del concurso, las obligaciones derivadas de dicha finalización sin perjuicio de las preferencias y prelación que les correspondan.

6. Disponer la remisión de una copia de la apertura del proceso de liquidación judicial al Ministerio de la Protección Social, con el propósito de velar por el cumplimiento de las obligaciones laborales.
7. La finalización de pleno derecho de todos los contratos fiduciarios y los de fiducia mercantil que hubiera podido celebrar el deudor, con el fin de lograr garantizar las obligaciones propias o ajenas con sus bienes. El juez del proceso deberá en estos casos ordenar la cancelación de todos los certificados de garantía y la restitución de todos los bienes que pudieran conformar el patrimonio autónomo afectado. Estas serán consideradas como obligaciones del fideicomitente, las que hubieran podido ser adquiridas a cargo y cuenta del patrimonio autónomo afectado.

El proceso de liquidación judicial, según el artículo 63° termina:

1. Con la ejecutoria de la adjudicación.
2. Con la celebración de un acuerdo de reorganización.

Una vez realizado ello, se deberá disponer el archivo respectivo del expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que pudieran proceda en contra el deudor, los administradores, socios y el liquidador, y además se debe ordenar la inscripción de este hecho en el registro mercantil pertinente o en el registro que pudiera corresponder, lo que finalmente extingue la persona jurídica del deudor sometido al procedimiento.

De otro lado, respecto de los liquidadores o promotores del proceso, la ley establece en su artículo 67° que estos serán designados por el juez, mediante sorteo público, escogido como corresponde del listado estructurado con este fin por la Superintendencia de Sociedades.

Es preciso manifestar que dicha lista es abierta y a pueden registrarse todas las personas que tengan interés y puedan cumplir con los requisitos mínimos señalados referidos a experiencia e idoneidad profesional que con este fin establezca el gobierno de Colombia.

Este mismo artículo establece que los acreedores que representen por lo menos el sesenta por ciento (60%) de las acreencias, calificadas y graduadas, podrán, en cualquier

momento durante el procedimiento, sustituir al liquidador o promotor designado por el Juez, siempre que en su reemplazo designen a uno de la lista de la Superintendencia de Sociedades.

Además, los promotores y liquidadores podrán ser recusados o removidos por el juez del concurso por causales objetivas.

Es importante tener en cuenta que un promotor o liquidador puede tener a su cargo varios procesos de manera simultánea, siempre que estos no sean más de 3.

El artículo 71° establece que las obligaciones generadas con posterioridad a la fecha de inicio del proceso de insolvencia son gastos de administración y tendrán preferencia en su pago.

La norma prevé que ante la posibilidad de que, durante el desarrollo del proceso, el deudor insolvente celebre actos o negocios que pueden perjudicar a cualquiera de los acreedores o afectar el orden de prelación de los pagos y reducir el patrimonio del deudor, se puede plantear una “acción revocatoria y de simulación” la que se puede demandar ante el juez a cargo del concurso.

Dicha acción revocatoria y de simulación está vinculada a la celebración de actos que se refieran a:

1. Extinción de las obligaciones, daciones en pago y, en general, todo acto que importe objetivamente transferencia, disposición, constitución o cancelación de cargas y gravámenes, limitación de dominio patrimonial o desmembración de bienes del deudor, efectuados en evidente perjuicio del patrimonio, o que estén referidos a contratos de arrendamiento o comodato que impidan o dificulten el objetivo del proceso, y que se realicen dieciocho (18) meses antes al inicio del proceso de reorganización o de liquidación judicial, que corresponda, cuando no pareciera que los intervinientes actuaron de buena fe.
2. Todo contrato o acto realizado a título gratuito que hubiera podido realizar el deudor dentro de los veinticuatro (24) meses anteriores a la fecha de inicio del proceso de reorganización o del proceso de liquidación judicial que pudiera instaurarse.
3. Las reformas a los Estatutos que se hubieran acordado por parte de los socios, formalizadas e inscritas en el registro mercantil que hubieran efectuado dentro de los seis (6) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización o de liquidación judicial, cuando en ellas pudiera verse el efecto de disminuir el patrimonio del deudor, en claro y evidente perjuicio de cualquier acreedor o acreedores, o que busquen cambiar el régimen de responsabilidad de los socios o asociados sin razón o motivo que pudiera justificarlo.

Ahora bien, está claro que los acuerdos adoptados con dolo o culpa de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados, que perjudiquen a los acreedores y al buen desarrollo del proceso concursal, deben ser sancionados, lo cual está previsto en el artículo 82° de la ley, que establece para ellos una responsabilidad civil del pago del faltante del pasivo externo.

Finalmente, la ley concursal colombiana, de acuerdo con el artículo 83°, castiga a los administradores y socios de la deudora y las personas naturales concursadas, con la inhabilitación para ejercer el comercio, hasta por diez (10) años, siempre que estén sustentado alguno o varios de las siguientes conductas:

1. Constituir o utilizar la empresa con el fin de defraudar a los acreedores.
2. Conducir el negocio mediante fraude a un estado de crisis patrimonial.
3. Destruir total o parcialmente los bienes y activos que estructuran su patrimonio.
4. Malversar o dilapidar bienes, que conduzcan a la apertura de un proceso de liquidación judicial.
5. Incumplir sin justificación válida el acuerdo de reorganización celebrado con los acreedores.

6. Cuando antes o después de la apertura del trámite concursal, especule con las obligaciones que mantiene y logre adquirirlas a menor precio.
7. La disminución u ocultamiento total o parcial del patrimonio o bienes.
8. Cuando realice actos simulados, o cuando para afectar el patrimonio simule gastos, deudas o pérdidas de manera injustificada.
9. Cuando sin causa justa y en evidente perjuicio de los acreedores, hubiera desistido, renunciado o transigido, una pretensión patrimonial objetiva y acreditada.
10. Cuando conociéndolo se exceptúen acreencias de la lista de acreedores o se incluyan en las mismas obligaciones que no lo son.

Dicha sanción deberá ser inscrita en el registro mercantil, por mandato del juez a cargo del concurso.

Como lo hemos manifestado líneas arriba, el derecho concursal colombiano, se encuentra regulado actualmente por la Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006, siendo que, como el sistema peruano, las funciones jurisdiccionales son asumidas por un órgano administrativo, tal como dice el Dr. Ariel Angel Dasso:

El sistema de atribución de la jurisdicción concursal al ente administrativo aparece infrecuentemente en el ámbito

concurzal, pero de acuerdo con la doctrina colombiana obedece también a condiciones específicas de excepción cuyo tratamiento debe ser asimismo excepcional. Así, la existencia de una jurisdicción mayoritariamente inepta para cumplir tan delicadas facultades justifica por lo menos la utilización de un sistema excepcional. (Dasso, 2008, pág. 407)

Dicho dispositivo legal, desde su vigencia ha sufrido ciertas modificaciones, siendo las mismas las siguientes:

Mediante el Decreto 2190 del 14 de junio de 2007, se corrigió algunos errores de redacción en la misma, de acuerdo con lo siguiente:

- ✓ El artículo 53, decía "...los derechos de voto, no incluirá a los acreedores internos"; siendo lo correcto "...los derechos de voto, incluirá a los acreedores internos"; quedando dicho artículo redactado así: "El liquidador, al determinar los derechos de voto, incluirá a los acreedores internos, de conformidad con las reglas para los derechos de voto de los acreedores internos establecidos en esta ley.
- ✓ El inciso 1 del artículo 83, decía "...por diez (10)"; siendo lo correcto "...por diez (10) años"; quedando dicho inciso así: "Los administradores y socios de la deudora y las personas naturales serán inhabilitados para ejercer el comercio, hasta por diez (10) años, cuando estén

acreditados uno o varios de los siguientes eventos o conductas.

El 27 de diciembre de 2007, mediante la Ley 1173, se modificó el artículo 120, mediante la que se establece que, a los promotores de acuerdos de reestructuración de las sociedades de capital público y las empresas industriales y comerciales del Estado, les serán aplicables, lo establecido en la ley 1116, en materia de exclusión de la lista, cesación de funciones, remoción, recusación, impedimentos y procesos judiciales que se encuentran establecidos en la Ley 550.

El 25 de enero de 2010, mediante la Ley 1380, se modificó la Ley 1116, estableciéndose así el Régimen de Insolvencia para las Personas Naturales No Comerciantes, fijando los principios por los que dicho procedimiento se regularía, así como los supuestos en los que debe encontrarse una persona natural no comercial para someterse a la insolvencia económica, vale decir que, se considerará que se encuentra en cesación de pagos cuando incumpla el pago de dos o más obligaciones a favor de dos o más acreedores por más de noventa días, o cursen en su contra una o más demandas de ejecución o de jurisdicción coactiva exigiendo el pago de alguna de sus obligaciones; siempre que las acreencias sean no menores del 50% del total del pasivo a la fecha de solicitud de insolvencia. Sobre estos

procedimientos, la Ley 1380 establece en su artículo 5, respecto de la competencia para iniciar el procedimiento, que pueden ser iniciados por ante un Centro de Conciliación del lugar del domicilio del deudor, debidamente autorizado por el Ministerio del Interior y de Justicia. Sin embargo, la ley precisa que en los supuestos en que se presenten circunstancias que superan las atribuciones otorgadas legalmente al Conciliador, la misma será resuelta mediante proceso verbal sumario de única instancia ante el Juez Civil Municipal del domicilio del deudor. En artículo 10 y siguientes, regula el trámite de negociación de las deudas, estableciendo desde los requisitos de la solicitud, hasta la forma en que debe ser notificada, los plazos, la Audiencia en la que debe exponerse tanto la relación total de pasivos como de los activos del deudor, los porcentajes necesarios para la aprobación de estos, vale decir, dos o más acreedores que representen más del 50% de las deudas y el propio deudor; los efectos del acuerdo de pago, su incumplimiento y posibilidades de modificación; entre otros. Esta Ley, modifica además el artículo 67 de la Ley 1116, respecto de los promotores y liquidadores; y se suprime el artículo 19.

Finalmente, mediante la Ley 1429 del 29 de diciembre de 2010, se modifican los siguientes artículos:

- ✓ El artículo 10, respecto de los supuestos de admisión para el inicio de proceso de reorganización del deudor, decía:

“La solicitud de inicio del proceso de reorganización deberá presentarse, acompañada de los documentos que acrediten, además de los supuestos de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla.

2. Estar cumpliendo con sus obligaciones de comerciante, establecidas en el Código de Comercio, cuando sea del caso. Las personas jurídicas no comerciantes deberán estar registradas frente a la autoridad competente.

3. Si el deudor tiene pasivos pensionales a cargo, tener aprobado el cálculo actuarial y estar al día en el pago de las mesadas pensionales, bonos y títulos pensionales exigibles.

4. No tener a cargo obligaciones vencidas por retenciones de carácter obligatorio, a favor de autoridades fiscales, por descuentos efectuados a los trabajadores, o por aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.”

Con la modificación quedó así:

“La solicitud de inicio del proceso de reorganización deberá presentarse acompañada de los documentos que

acrediten, además de los supuestos de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarlas.

2. Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales.

3. Si el deudor tiene pasivos pensionales a cargo, tener aprobado el cálculo actuarial y estar al día en el pago de las mesadas pensionales, bonos y títulos pensionales exigibles. Las obligaciones que por estos conceptos se causen durante el proceso, así como las facilidades de pago convenidas con antelación al inicio del proceso de reorganización serán pagadas de preferencia, inclusive sobre los demás gastos de administración.”

- ✓ Los numerales 1 y 3 del artículo 13, referidos a la solicitud de inicio del proceso de reorganización por parte del deudor, en su numeral 1 decía: “1. Los cinco (5) estados financieros básicos, correspondientes a los tres (3) últimos ejercicios y los dictámenes respectivos, si existieren, suscrito por Contador Público o Revisor Fiscal, según sea el caso”; y con la modificación dice: “Los cinco (5) estados financieros básicos correspondientes a los tres (3) últimos ejercicios y los dictámenes respectivos, si

existieren, suscritos por Contador Público o Revisor Fiscal, según sea el caso, salvo que el deudor, con anterioridad, hubiere remitido a la Superintendencia tales estados financieros en las condiciones indicadas, en cuyo caso, la Superintendencia los allegará al proceso para los fines pertinentes.”; es decir que, se adiciona una circunstancia en la que se exime de este requisito y se traslada dicha obligación a la Superintendencia. Y el numeral 3 decía: “Un estado de inventario de activos y pasivos con corte en la misma fecha indicada en el numeral anterior, debidamente certificado y valorado, suscrito por Contador Público o Revisor Fiscal, según sea el caso.” Y; con la modificación dice: “Un estado de inventario de activos y pasivos con corte a la misma fecha indicada en el numeral anterior, debidamente certificado, suscrito por contador público o revisor fiscal, según sea el caso.”, es decir que se adiciona la palabra “valorado”, respecto del estado de inventario de activos y pasivos.

- ✓ El artículo 17, referida a los efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización con respecto al deudor, sufre una modificación, agregándosele dos párrafos: “Desde la presentación de la solicitud de reorganización hasta la aceptación de la misma, el deudor únicamente podrá efectuar pagos de obligaciones propias del giro ordinario de sus negocios,

tales como laborales, fiscales y proveedores” y “En especial el juez del concurso podrá autorizar el pago anticipado de las pequeñas acreencias, es decir aquellas que, en conjunto, no superen el cinco por ciento del pasivo externo del deudor.”

- ✓ El artículo 29, que regula las objeciones al proyecto de reconocimiento y graduación de créditos y derechos de voto presentados por el promotor, estableciendo con la modificación que, el deudor no podrá objetar las acreencias incluidas en la relación de pasivos presentada por él con la solicitud de inicio del proceso de reorganización y, que los administradores no podrán objetar las obligaciones de acreedores externos que incluidas dentro de la relación efectuada por el propio deudor.
- ✓ Se modifica el artículo 30, respecto de la forma en la que el juez resolverá las objeciones.
- ✓ El artículo 31, que regula el término para celebrar el acuerdo de reorganización, es modificado en los plazos ahí establecidos, otorgando facultades a las partes para que puedan celebrar el mismo en plazos menores.
- ✓ El artículo 37, referido al plazo y confirmación del acuerdo de adjudicación, es modificado, agregando plazos y temas referidos a la forma de adjudicación, la designación el liquidador, entre otros.

1.2.4.4 Antecedentes en la legislación chilena

El derecho concursal chileno inicialmente se basó en las normas españolas. Posteriormente, en 1865, se emite el Código de Comercio, inspirado en la legislación francesa, que regulaba la materia concursal en su Libro IV; vigente hasta 1929, año en que se emite la Ley de Quiebras 4.558, vigente hasta 1982, reemplazada por la ley 18.175, en la que se concibe la quiebra como un estado excepcional, ocasionado por la cesación de pagos del deudor y, por la declaración judicial que daba lugar a dicho estado de quiebra. Esta ley tuvo su última modificación con la Ley 20.080 en el 2005 y estuvo vigente hasta el 2014, con la emisión de la Ley 20.720.

Según datos del Servicio de Impuestos Internos de Chile, en el 2012 existían 1959 empresas que tenían problemas de liquidez, de las que más del 75% se encontraban en situación efectiva de quiebra y el resto, en situación efectiva de recuperación (Comisión Economía, pág. 18). En virtud de ello, la Superintendencia de Quiebras de Chile concluyó que solo el 6% de las empresas con problemas de liquidez se sometió al antiguo procedimiento y el 94% de empresas cerraron de manera informal.

Hasta el año 2005 no se había recogido las recomendaciones del Comité de las Naciones Unidas para el Comercio Internacional (UNCITRAL), pero el 04 de diciembre del 2013 se vuelve a modificar la legislación concursal chilena y se moderniza su base regulatoria y se promulga la Ley Núm. 20.720 - Sustituye el Régimen Concursal Vigente por una Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del Ramo, reconociéndose, consideramos, muy acertadamente las recomendaciones del Comité de las Naciones Unidas para el Comercio Internacional (UNCITRAL) y sustituyendo el término “quiebra” por “procedimiento concursal de liquidación”, norma que entraría en vigencia en octubre del año 2014, que regula en su Capítulo VIII la Insolvencia Transfronteriza, que regula éste aspecto fundamental de las crisis patrimoniales con connotaciones transfronterizas.

“Artículo 300.- Ámbito de aplicación. El presente Capítulo será aplicable a los casos en que:

a) Un tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia a los tribunales competentes, administradores concursales y demás organismos involucrados en los Procedimientos Concursales con arreglo a esta ley u otras normas especiales relativas a la insolvencia en relación con un procedimiento extranjero;

b) Se solicite asistencia en un Estado extranjero en relación con un procedimiento concursal que se esté tramitando con arreglo a esta ley o con arreglo a otras normas especiales relativas a la insolvencia;

c) Se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento concursal extranjero y un Procedimiento Concursal en Chile con arreglo a esta ley u otras normas especiales relativas a la insolvencia, o

d) Los acreedores u otras personas interesadas, que estén en un Estado extranjero, tengan interés en solicitar el inicio de un procedimiento concursal o en participar en un procedimiento concursal que se esté tramitando con arreglo a esta ley u otras normas especiales relativas a la insolvencia.”

1.2.5 Nuevo Orden Económico Internacional

1.2.5.1 Antecedentes

La nueva realidad que ha irrumpido la forma como interactuamos es la globalización, que en palabras de Christian Larroument “es entendida como la apertura de los mercados en todos los países del mundo, donde funcionan los operadores del comercio internacional de bienes y servicios” (Larroument, 2008, pág. 13 y siguientes).

Esto ya no tiene relación alguna con la expresión acuñada en la VI asamblea especial de las ONU, del año 1974, que hace referencia de modo genérico a las peticiones que presentaban los países subdesarrollados a los desarrollados, relativos a las reglas de funcionamiento de la economía internacional. Sin embargo su actual y verdadera importancia ha ido adquiriendo más relevancia con el paso del tiempo, por la cada vez mayor importancia del comercio internacional y su estrecha vinculación con el desarrollo de los países y sobre todo con la posibilidad de eliminación de pobreza que el permitir su desarrollo libre y competitivo traen sin lugar a dudas en donde se implementa responsablemente.

Por lo que ante esta nueva realidad, se requiere de reglas que se adapten a esa realidad, en la cual surge un renacimiento del derecho internacional, ya sea a través del multilateralismo o el bilateralismo, que ha traído además el resurgimiento de la Lex Mercatoria (De Trasegnies Granda, 2006) que implicó un orden jurídico que utilizaban, precisamente, los comerciantes en los albores del desarrollo social y de vinculación transnacional para resolver las diferencias que pudieran surgir del normal desarrollo de actividades mercantiles entre ellos, que como es humano entender, presentaban circunstancialmente diferencias en la ejecución o cumplimiento de los contratos celebrados que era fundamental resolver con equidad y atendiendo a las diferencias entre comerciantes de las más diversas partes del mundo que encontraban su confluencia en el

desarrollo de sus actividades comerciales con sus pares surgidos de diferentes latitudes, con diferentes usos y costumbres e inclusive maneras de entender la justicia al menor costo posible.

Con la finalidad de resolver estas controversias, ya sea mediante el régimen de solución de conflictos oficial u ordinario, entiéndase por ante los tribunales de justicia de cada país, donde el estado cumple esta función mediante funcionarios capacitados para ello, o mediante arbitraje, que es el mecanismo alternativo de solución de conflictos más recurrido en estos casos se debe de entender que para facilitar las soluciones se pueden usar acuerdos globales, regionales o incluso bilaterales.

En el caso del multilateralismo, puede comprender:

- a) Acuerdos globales, como los acuerdos en el marco de la Organización Mundial de Comercio,
- b) Acuerdos regionales, como los acuerdos que se dan en el marco de la Unión Europea, CAN, MERCOSUR.

En el caso del bilateralismo, comprender la mayoría de tratados de libre comercio, como podría ser el Acuerdo de Complementación Económica entre nuestro país y los Estados Unidos de América o cualquier otro que el Estado, responsablemente, haya suscrito.

Sin embargo, los acuerdos entre estados no es lo único que regula las relaciones comerciales en el marco del derecho internacional, sino también existe lo que Christian Larroument denomina “Derecho Transnacional o derecho a-nacional, que son reglas de derecho que no tienen un origen ni estatal ni internacional” (Larroument, 2008, pág. 15)

1.2.5.2 Orden público transnacional

Por ende si para el derecho nacional, existe un orden público nacional, para este derecho transnacional existe un orden público transnacional, que constituye un límite a la libertad contractual, pero dicho concepto si bien parece indeterminado, debe tener fuentes que permitan dotarlo de un contenido más predecible.

Al respecto debemos referir que el mismo Larroument nos refiere, con lo que coincidimos, que existen objetivamente tres fuentes transnacionales que son:

- a) Principios comunes a las naciones civilizadas.
- b) La costumbre o la práctica mercantil.
- c) Los principios redactados por organismo privados.

Hay que entender que el derecho transnacional, es un derecho de aplicación supletoria, ya que va primar lo establecido expresa o implícitamente por las partes, siendo aplicable de forma excluyente

la ley estatal escogida o la norma internacional (p.e. Convención de Viena en materia de los contratos de compra-venta, Convención de Roma de 1980 en materia de obligaciones contractuales, tratados de libre comercio,...).

Lo cierto es que el mundo globalizado, como lo entendemos hoy, ha permitido un impulso fundamental del derecho privado que ha generado un desarrollo sustentable y que reafirma el sentido e importancia del Derecho Privado sustantivo que trasciende fronteras y naciones, por ello en la época actual paralelamente al Derecho Privado Nacional está surgiendo otro Derecho Privado que atraviesa las fronteras y que crea nuevas instituciones y que genera la creación constante de nuevas figuras jurídicas, de contratación, de asociación, de vínculos que la interacción de comerciantes, creadores, desarrolladores o emprendedores de diversas nacionalidades que generan de manera permanente dada la imparable necesidad de satisfacer necesidades cada vez más complejas y tecnológicas.

Y esto en buena cuenta no es desde hace mucho, pues, si consideramos cuanto tiempo tiene el ser humano ocupando el planeta, y vinculado, es verdad, con problemas jurisdiccionales, más precisamente en la Edad Media surgió lo que se conoció como la *Lex Mercatoria* como derecho especializado de comerciantes y que

en realidad, con una visión actual podemos concluir que está vinculado en estricto a un Derecho Transnacional.

Derecho Transnacional que es una realidad que no podemos negar y, que trata, desde una perspectiva objetiva, de encontrar su propio espacio y poder precisar sus contornos dentro del, normalmente hostil, medio de los derechos nacionales que pretende siempre manejar y controlar las actividades comerciales, mercantiles y de intercambio en general, situación que es objetivamente imposible de realizar cuando la actividad económica o mercantil moderna tiene generalmente, objetiva e innegablemente, elementos internacionales dentro de su desarrollo.

Cómo bien lo destacó en su momento el jurista Fernando de Trasegnies Granda en su importante trabajo titulado *¿Lex mercatoria rediviva? Primera parte: De la edad media a la posmodernidad*, (De Trasegnies Granda, 2006) donde hace notar objetivamente que la *Lex Mercatoria* era un derecho transnacional por excelencia, y surgió como un derecho extraordinariamente abierto y creativo y que tenía la posibilidad de adaptarse a los cambios de manera mucho más eficaz que el posterior derecho moderno vinculado un estado central.

Por ello debemos entenderlo en la lógica objetiva de la época no como un derecho acotado o limitado al derecho estatal o “rehén del

poder político cuya fuente, legitimidad y vigencia efectiva depende exclusivamente del Estado". (Grossi, 2004, pág. 189).

La realidad de este poca obligaba a que el derecho de la Edad Media sea un derecho de juristas atentos al sentir del pueblo, a escuchar su voz, es decir era en buena cuenta un sistema jurídico que se sostenía básica y esencialmente en el Derecho Consuetudinario decir es un derecho que surge de la idiosincrasia del pueblo, y que, por tanto no está acotado ni restringido, de modo alguno, por el poder político, lo que lo hacía un derecho objetivamente más eficiente, más útil y más acotado a la realidad de esa época, pues insistimos en esta época no existían los Estados en el sentido moderno, ni la autoridad, como la entendemos ahora, se encontraba concentrada en el Estado, sino que dicha autoridad estaba ubicada en un sin número de centros de poder, locales, gremiales e inclusive eclesiásticos, pues la iglesia, recordemos en esta época tenía una actuación e importancia que trascendía el marco religioso de su natural ubicación.

Por ello es fácil entender que ésta falta de concentración de control, solo se sostenía en la posibilidad de creación de un derecho basado en las costumbres y en lo que en su momento los comerciantes consideraban razonable a sus prácticas mercantiles habituales.

A pesar de esto no podemos negar imparcialmente que siempre existió el comercio a un nivel de mercado local, pero precisamente con el desarrollo de los pueblos y la necesidad humana de interactuar socialmente y de los comerciantes de poder proveer de bienes y servicios de la más variada naturaleza y utilidad a la mayor cantidad de clientes posible, consumidores de dicha época, es que surge la necesidad de ampliar las fronteras en esta interacción comercial.

Debemos recordar que esto surge con los primeros comerciantes que traen las nuevas maravillas descubiertas por los cruzados en el oriente como la seda, los perfumes, las especias, esto sólo por citar algunos productos, lo que podemos entender constituye la base del primer comercio internacional dentro de la pujante sociedad europea. Contribuyen en esto luego los marinos de Venecia los comerciantes ingleses, que interactuaban por el mar, dadas sus particulares y reconocidas habilidades náuticas, en lugares y comerciantes de muy diversas y además lejanas latitudes del mundo.

Esto permitirá entender que el derecho en esa época era un derecho que está mucho más ligado a un derecho práctico y eficiente que surge de la interacción con el pueblo, que al que surge posteriormente con la creación de concepto de Estado que contiene inmerso el control y voluntad en su ejecución de los gobernantes de

estas nuevas naciones. Esta realidad diferente originó, como corresponde, un derecho que busca atender la natural necesidad de solucionar los problemas propios que esta actividad transfronteriza generaba por sí.

Entendido esto, es fácil asumir que la *Lex Mercatoria* que hoy debemos entender como Derecho Transnacional es un Derecho que en la Edad Media sobrepasó los derechos locales y como correspondía, fue un Derecho Universal, que básicamente es un derecho extraordinario que surge con muchísima fuerza que reglamenta y ordena el comercio internacional y, en esta época claro está, todo lo vinculado además a la navegación comercial que aún en la actualidad tiene una preponderancia fundamental en la interacción mercantil que se da entre las naciones en el mundo entero.

En este sentido este Derecho Transnacional, surgido en la edad media, con el pasar del tiempo mantuvo su vigencia, pues se concentró durante siglos, por encima del Derecho Estatal, como un derecho innovador, creativo e imaginativo, pues tenía la obligación objetiva encontrar soluciones novedosas, razonables y eficientes para los problemas que la actividad comercial transfronteriza generada. Es un derecho que definitivamente ayudó a generar la expansión comercial que luego tuvo su innegable origen, sostén y desarrollo globalizado con la revolución industrial, que se presenta

en una etapa posterior, pero este Derecho Medieval, la *Lex Mercatoria* innegablemente también contribuyó al desarrollo del comercio y su sostenibilidad, y vinculado a ello el desarrollo, por tanto, de las comunas y de los ciudadanos de estos pueblos vinculados a dichas actividades mercantiles, pues como es fácil de imaginar, permitía a los ciudadanos que habitaban estas localidades mejorar su calidad de vida, por lo que en esta parte de la investigación podemos concluir entendiendo que la expansión comercial no hubiera sido posible sin la creación de este derecho innovador, pues sin él no se hubiese generado el desarrollo que tuvo la actividad comercial en su momento. Esto sería imposible sin la creación del Pagaré, las sociedades de responsabilidad limitada, la persona jurídica, el mutuo, la letra de cambio, que fue el resultado de la aplicación del este derecho y del desarrollo que los juristas de esta época consiguieron impulsados en la necesidad de ser innovadores y creativos, por lo que generaron una serie de figuras jurídicas que daban soluciones a los problemas de esta época y que permitieron innegablemente el desarrollo comercial durante esta etapa del desarrollo social de la humanidad, que ha permitido que en general el nivel de vida de los seres humanos, por lo menos en los tres últimos siglos sean muchísimos más altos, de los que tuvo la humanidad en general desde siempre hasta antes de este desarrollo del intelecto y habilidades humanas sostenido en esencia en la urgencia de hacer más eficiente el atender las diversas

necesidades humanas que directa e indirectamente son atendidas por medio del mercado de manera eficiente.

Encontramos luego, que en el desarrollo social de la humanidad, que el concepto de Estado y su consolidación se va fortaleciendo, y surgen los primeros Estado Nación, este hecho innegablemente genera evidentemente una incongruencia entre este Derecho Consuetudinario, sin fronteras, innovador, de costumbres, eficiente y cambiante y surge un nuevo derecho vinculado al concepto de Estado que es mucho más acotado a lo que constituye su feudo, sus límites, sus fronteras naturales. Es sencillo entender que esto generó naturalmente un duro enfrentamiento entre la manera como se manejó el derecho en esta época y la manera como se hizo posteriormente con el surgimiento del concepto nación.

Esta época moderna y de desarrollo social tuvo sus virtudes pero limitó objetivamente el desarrollo de este Derecho Transnacional, sin embargo, en la misma época y, conforme evoluciona y crece la actividad comercial comienzan a aparecer un gran número de empresas y sociedades mercantiles que ya no operaban solamente a nivel local si no que tenían una serie de clientes y consumidores en otras naciones y muy diversos lugares, desde allí y de esa necesidad es que surge lo que ahora entendemos como mundo globalizado, vinculado a un mercado global, mundial, sin fronteras ni límites, pues los grandes protagonistas en la actualidad del

desarrollo económico de las naciones y de las economías mundiales son las grandes empresas transnacionales, las que objetivamente son imposibles de quedar sometidas a un solo ordenamiento jurídico nacional pues, realizan por su propia naturaleza y posibilidades económicas, actividades comerciales en múltiples estados.

Este fenómeno, de desarrollo económico, además se ve sólidamente sostenido en el desarrollo tecnológico extraordinario que se da tanto en el campo de las comunicaciones con el internet, los celulares, sino también en la informática, los medios de transporte; por tanto los comerciantes actuales se encuentran ya no limitados a realizar actividad dentro de un estado sino que tiene todo mundo dónde poder expandir su actividad mercantil y maximizar su éxito comercial y económico sin los límites naturales que las fronteras estatales y sus mercados limitados les imponían.

Es evidente que las transnacionales han copado el mundo globalizado actual y su fortaleza está justamente en que no tienen un límite fronterizo que acoté, circunscriba o restrinja el desarrollo de sus actividades comerciales como lo dice Paolo Grossi *“El mercado aparece, como nunca, intolerante a las limitaciones espaciales”* (Grossi, 2004, págs. 155-156) pues es evidente que en el mundo actual una nación con un mercado controlado o limitado, donde sus agentes económicos estén impedidos de interactuar libremente, son naciones que condenan a sus habitantes a una pobreza e inequidad

absolutamente innecesarias, pues allí donde existen mercados libres, propiedad privada, derechos ciudadanos y sobre todo libertad, se encuentra prosperidad y mucho mejor nivel de las personas.

Debemos entender entonces que el moderno Derecho Comercial o Corporativo ha sobrepasado en mucho el derecho de carácter estatal, pues éste es un derecho limitado y fronterizo que es desbordado constantemente por una realidad económica que tiene una realidad transfronteriza y globalizada que evidentemente se sostiene, como en el pasado, en un fuerte ingrediente consuetudinario que, objetivamente, busca un derecho de naturaleza comercial que trascienda, como ocurre, las fronteras estatales, lo que el derecho moderno no les brinda y por lo tanto ha surgido la necesidad de crear un derecho transnacional vinculado a un nuevo orden económico internacional que se mueve en un ámbito absolutamente transnacional, transfronterizo e internacional que es un hecho que necesariamente debemos atender los juristas para lograr actualizar nuestra realidades legislativas y legales a este nuevo estatus y lograr, mediante ello, mantener la paz social y el orden mundial, actualizando sus conceptos, prácticas y normas a ésta nueva innegable realidad, que permita relaciones comerciales eficientes, justas y equitativas.

Dado el contexto actual; de desarrollo de la tecnología, medios de comunicación y producción; ha generado que el mundo actual y

moderno tenga un vertiginoso cambio de estructuras, así como en las relaciones económicas internacionales que lo vincula. En este sentido, ya a inicios del siglo pasado, se ha establecido como criterio de los países más desarrollados que, es fundamental lograr para reducir las enormes desigualdades que existen en cuanto a la generación de riqueza y por ende del nivel de vida de los ciudadanos establecer un Nuevo Orden Económico Internacional, esto desde una perspectiva mundial y organizada.

1.2.5.3 El nuevo orden económico internacional

A nivel de las Naciones Unidas se acuñó un concepto vinculado a esta nueva estructura económica transfronteriza vinculado al concepto de Nuevo Orden Económico Internacional que propugnaba ayudar a establecer relaciones económicas más justas y de esta manera a contribuir a mejorar el destino de las poblaciones de diversas partes del mundo, evidentemente sin descuidar la permanente ayuda humanitaria que siempre se tiene que brindar a poblaciones menos favorecidas.

Este Nuevo Orden Económico Internacional, debemos referir, que tiene como graves y preocupantes antecedentes la crisis económica de la década del 30 que afectó a las economías más importantes del planeta así como la Segunda Guerra Mundial, luego de lo cual, los países del mundo de manera organizada asumieron como verdad

objetiva que el logro de la paz sería el resultante del desarrollo simultáneo y congruente de la seguridad política de los estados y de la necesaria prosperidad y mejora económica de sus pueblos, por lo menos a niveles de subsistencia decorosos.

Con esta lógica la comunidad internacional, dentro de las limitaciones que tuvo la realidad económica de la posguerra mundial, y, dentro de las características que esta realidad económica en ese difícil contexto tenía, fue elaborando un esquema conceptual para lograr mayor estabilidad en el mundo. Con esta realidad los objetivos principales que tenía en estas políticas consistieron en establecer una férrea disciplina monetaria, que aún ahora es fundamental respetar, que lograrse primero contener la inflación y segundo lograr movilizar recursos para promover y acelerar la reconstrucción de los países seriamente afectados por el conflicto bélico y lograr promover cierta estabilidad económica a través de la expansión del comercio internacional sobre bases no discriminatorias.

1.2.5.4 Sustento conceptual del nuevo orden económico internacional

Esta difícil situación generó una visión diferente en la comunidad internacional frente a esta coyuntura, se han desarrollado una serie de elementos y características para atender este problema conjunto

y universal que debemos destacar, y que tiene sustento principalmente en los siguientes argumentos:

- (i) Debemos asumir que la sociedad internacional contemporánea. Se crea y surge a partir de la comunidad mundial organizada para lograr el desarrollo y económico de todas las naciones del mundo esto da origen a lo que ahora conocemos como llamado derecho internacional del desarrollo y surgió objetivamente de las diferencias sustantivas que se tenían entre los países desarrollados y aquellos que se encontraban en vías de desarrollo. Finalmente este trabajo conjunto y organizado, es claro de entender, que se encuentren contenidos en diversas resoluciones y recomendaciones de organizaciones internacionales de muy variada de naturaleza e índole a las que haremos referencia posteriormente.

- (ii) Tenemos entonces que el derecho internacional en general mejoró su orientación y claro está que esto se da a través de la creación y generación de valores mundiales que antes no se percibían o atendían y que tiene objetivos tales como la justicia social, el bien común y la determinación propia de cada nación en materia económica. Es evidente que estas decisiones determinan el mayor o menor desarrollo económico y por tanto mayor o menor calidad de vida de sus ciudadanos en función a

las decisiones que cada nación, de manera independiente y particular, tome en el desarrollo de su evolución histórica.

(iii) Un último pilar fundamental en esta manera diferente de concebir las relaciones entre estados es la de aceptar la concepción de la coexistencia pacífica entre naciones con regímenes políticos absolutamente diferentes, contrapuestos e inclusive enfrentados, lo cual cuando menos en el campo económico internacional ha generado la proclamación de los principios de la Carta de Naciones Unidas en relación con la tarea pendiente del desarrollo económico y la cooperación que se deben todas las naciones del mundo.

(iv) Consideramos que es importante también destacar que han surgido una serie de organismos internacionales, evidentemente transfronterizos, que son en buena medida responsables de la transformación experimentada por la sociedad internacional clásica. Organismos que en su mayoría surgieron, casi en su totalidad, después de la última conflagración mundial.

Estas organizaciones que debemos mencionar y destacar podrían ser, por ejemplo la **UNCITRAL** (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI o UNCITRAL, por su siglas en inglés United Nations Commission for the Unification of International Trade Law); el

Fondo Monetario Internacional (Nace en julio de 1944 en los acuerdos de Bretton Woods - una reunión de 730 delegados de 44 países aliados de la Segunda Guerra Mundial); el **Banco Mundial**; la **FAO** (que es la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura – ONUAA - o más conocida como FAO por sus siglas en inglés: Food and Agriculture Organization); la **OIT** (Organización Internacional del Trabajo, una entidad que funciona bajo la órbita de la Organización de las Naciones Unidas - ONU); **CEPAL** (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, y es un organismo que funciona bajo la órbita de la Organización de las Naciones Unidas - ONU); entre otras varias organizaciones semejantes lo que de alguna manera le dan soporte a la nueva sociedad internacional del derecho internacional económico.

- (v) Finalmente y casi como una consecuencia lógica de los nuevos preceptos económicos debe tomarse en cuenta la trascendental actividad desarrollada por las entidades privadas que sostenidas en el amplio margen de acción que les permite el ejercicio de la autonomía de la voluntad, que a su vez les ha permitido una amplia y activa participación en el comercio mundial han logrado incorporar practica y usos comerciales que se han incorporado en sus contratos como cláusulas que finalmente son modelos que se utiliza en esta actividad económica y que pasan a tener el carácter de verdaderos usos mercantiles internacionales, que

finalmente, al lado de la costumbre son fuentes innegables del derecho.

Esta coyuntura mundial se presenta pues, muchos de los países que en los sesenta surgieron como naciones independientes, producto del proceso de descolonización iniciado en esa época, creyeron con eso obtenían su soberanía, sin embargo se dieron que en realidad no era tan fácil desarrollarse pues no tenían mayor soporte que permitiera ello, por lo que con un criterio objetivo percibieron que, para tener en realidad la posibilidad de tener normas y pautas internas, como también internacionales, que generasen progreso sostenido, necesitaban poder generar en sus naciones un desarrollo económico suficiente que les permitiera fortalecer sus estados y cimentar su soberanía.

1.2.5.5 Las Naciones Unidas y el nuevo orden económico internacional

Con la finalidad de poder garantizar aquello se emiten por parte de la Asamblea de la Naciones Unidas una serie de resoluciones que busquen lograr, o cuando menos garantizar, su desarrollo libre e independiente y sin injerencias ajenas, así tenemos la Resolución 1803, de fecha 14 de diciembre de 1962 (Soberanía permanente

sobre los recursos naturales)³⁰, la Resolución 2131 del 21 de diciembre del año 1965 (Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía)³¹, la Resolución 2542, del 11 de diciembre de 1969 (Declaración sobre el progreso y desarrollo en lo social)³²; Resolución 2625 (Principios referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados) de fecha 24 de octubre de 1970³³; la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, contenida en la Resolución 3281 de fecha 12 de diciembre de 1974³⁴; la Resolución 3362, que se refiere al Desarrollo y a la Cooperación Económica Internacional, de fecha 16 de setiembre de 1975³⁵, son las que de alguna u otra manera dieron origen y soporte al llamado Nuevo Orden Económico Internacional.

³⁰ United Nations Audiovisual Library of International Law. (2012). *Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, Relativa a la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales*. Unites Nations: Recuperado de https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_1803/ga_1803_ph_s.pdf

³¹ McWhinney, E. (2011). *Resolución 2131 (XX) de la Asamblea General de 21 de diciembre de 1965 Declaración Sobre la Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y Protección de su Independencia Y Soberanía*. United Nations: United Nations Audiovisual Library of International Law. Recuperado de https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_2131-xx/ga_2131-xx_s.pdf

³² [https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/2542\(XXIV\)](https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/2542(XXIV))

³³ United Nations Audiovisual Library of International Law. (2017). *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*. Unites Nations: Recuperado de https://legal.un.org/avl/pdf/ha/dpilfrscun/dpilfrscun_ph_s.pdf

³⁴ United Nations Audiovisual Library of International Law. (2011). *Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*. Unites Nations: Recuperado de https://legal.un.org/avl/pdf/ha/cerds/cerds_ph_s.pdf

³⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas. (1976). *Desarrollo y Cooperación Económica Internacional: Aplicación de las Decisiones Adoptadas por la Asamblea General en su Séptimo Periodo Extraordinario de Sesiones. (A/31/33)*. Recuperado de [file:///C:/Users/ponce/Downloads/A_31_335-ES%20\(9\).pdf](file:///C:/Users/ponce/Downloads/A_31_335-ES%20(9).pdf)

Continuando en esta lógica las Naciones Unidas han implementado por

intermedio de su Asamblea General; los llamados Decenios para el Desarrollo, el primero del año 1960 al año 1970 y el segundo del año 1970 al año 1980, respectivamente. Lamentablemente la buena voluntad expresada en ellos no alcanzó y ya desde hace varios años los hechos y acontecimientos se presentaron de una manera tan diferente para los bloques de los países del primer mundo como para lo en vías de desarrollo, que los países del tercer mundo, casi al unísono, han propiciado y generado, cuando menos, reivindicaciones que son mucho más generales, universales, pero también más radicales, que aquellas específicas para lograr sólo su propio desarrollo económico.

Esto, como es de esperar, tiene implícitamente contenida la obligación de modificar el *status quo* que existía en relación a las normas relativas a las relaciones económicas internacionales y que se fundan en el reconocimiento de que el actual orden económico está en contradicción directa con la evolución de las relaciones políticas y económicas internacionales en el mundo contemporáneo, lo que muchas veces contrasta con posiciones mucho más radicales en la manera de enfrentar el manejo económico de las naciones con el objetivo común de maximizar el bienestar de los ciudadanos, con evidentes y marcadas diferencias entre los sistemas que buscan lograr ello.

Frente a estos hechos las Naciones Unidas ha tratado de alguna manera de contribuir con darle orden a las ideas y políticas generales que deben aplicarse por ello ya, a mediados de los años setentas se presentaron algunas reformas de los principios del Derecho Internacional del Desarrollo y de las normas del Derecho Internacional Económico, esto se acreditó en la Resoluciones 3201 y 3202 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobadas el 1 de mayo de 1974 y tituladas Declaración sobre el establecimiento del Nuevo Orden Económico Internacional y Programa de acción sobre el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional, vinculado a ello tenemos la Resolución 3281 (Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados) contienen, a decir del Embajador Chileno René Rojas Galdames³⁶, “la base de las reivindicaciones perseguidas por los países del tercer mundo que conforman la nueva alternativa de la función del Derecho Internacional, referido al desarrollo de las naciones”. (Rojas Galdames., 1979)

1.2.5.6 Bases del desarrollo del nuevo orden económico internacional

³⁶ En un artículo denominado “El Nuevo Orden Internacional” mientras fue Embajador de Chile en España publicado en la Revista de Política Internacional número 166, Noviembre/Diciembre 1979 del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática del Gobierno de España.

En este sentido, convenimos con el embajador citado, que se han acreditado tres bases y objetivos fundamentales que se deben buscar y sostener para el soporte del Nuevo Orden Económico Internacional, a saber (i) Control de la inversión extranjera, (ii) Expansión del comercio mundial y, finalmente (iii) Cooperación en las relaciones económicas internacionales.

Para dar mayor ilustración a lo expuesto, y aunque en la actualidad muchas de estas reglas son ya son de uso generalizado y común, consideramos importante tener en claro, aunque sea muy sucintamente cada una de ellas:

1.2.5.6.1 Control de la inversión extranjera

Aún que en nuestra realidad sería muy difícil de entender en la actualidad esta necesidad, están muy vinculados a establecer reglas y principios que establezcan de manera objetiva el derecho que tienen todos los estados del mundo de regular las inversiones extranjeras que reciban al interior de sus naciones de la manera y modo que consideren conveniente a sus intereses y además establecen también a que ninguno podría ser forzado a conceder un trato preferencial al capital extranjero. Esto, desde la perspectiva nacional, ha quedado clara e incuestionablemente especificado en nuestra constitución al establecerse en el artículo 63° que tanto la inversión extranjera como la nacional

reciben el mismo trato lo que de alguna manera garantiza la posibilidad de captar más capital extranjero ya que esto es fundamental para lograr masificar el desarrollo de actividades económicas y con ellas el natural progreso de las personas vinculadas a ellas.

Esto videntemente tiene un origen absolutamente diferente pues se establecía anteriormente la soberanía permanente sobre los recursos naturales a favor de los llamados estados desarrollados y esto inclusive se encontró contenido en sendas resoluciones de las Naciones Unidas, que contenían normas que establecían principios a favor de ellas de manera general,

Por ejemplo establecía que la expropiación sólo podría darse por una causal sólo de orden público y que además debía estar vinculado al pago una compensación justa y si se presentase alguna controversia podría hacerse uso de la legislación nacional pero dejaba claramente establecido que para llegar finalmente a resolver una controversia de manera definitiva era necesario recurrir al arbitraje, que como hemos referido es una figura que utiliza el ser humano desde que comenzó interrelacionarse comercialmente de manera de transfronteriza.

Estos principios mutaron, y pasaron a establecer principios tales como el derecho de las naciones en general de mantener soberanía permanente sobre sus recursos naturales y además de como poder determinar unilateralmente una compensación posible por el pago de ella e incluso la posibilidad de la remisión a la propia legislación nacional para la resolución de cualquier disputa. Finalmente, y ya en la actualidad debemos referir que esto ha mutado y tratan de lograrse mecanismos de solución mucho más eficientes y justos y sobre todo tratando de evitar el abuso. Entendemos que esto de alguna manera queda claramente contenido en los siguientes fundamentales principios:

1. Plena y permanente soberanía de todos los Estados sobre sus recursos naturales.
2. Derecho de todo Estado para salvaguardar dichos recursos y ejercer el control efectivo de los mismos incluyendo el derecho a la nacionalización.
3. Ningún Estado puede ser coartado en estos derechos por medio de la presión política, económica o de otro orden.

1.2.5.6.2 Expansión del comercio mundial

En este extremo lo que se busca con determinadas resoluciones emitidas en las Naciones Unidas es asegurar, sin ningún tipo de cortapisa, una mayor participación en el mercado mundial para los países en desarrollo, que siempre

han visto limitado este derecho y han sido de alguna u otra manera a negociar y pactar en condiciones menos favorables.

Además, establece criterios que pasan fundamentalmente por establecer la posibilidad de su participación en el comercio internacional sin discriminación de ningún tipo, pero principalmente aquellos que estuvieran fundamentadas en diferencias de sistemas políticos, económicos o sociales, lo que lamentablemente en la última época ha sido alterado, pues, es evidente, que hay sanciones de naturaleza restrictiva al comercio para países con regímenes diferentes.

La realidad moderna nos muestra objetivamente que el desarrollo de los países está íntimamente relacionado con el desarrollo del incremento de su participación dentro del mercado mundial, esta es una realidad concreta e incuestionable. En esta línea estas resoluciones buscaron hacer congruente esta lógica con aquello que queda expresamente dispuesto en este sentido.

También tuvieron una serie de otras disposiciones en relación a la necesidad de la expansión de comercio mundial, sobre prácticas comerciales restrictivas, sobre promoción de exportaciones y reducción de barreras arancelarias, etc. Esto, en beneficio de las naciones en desarrollo, por lo menos en

teoría, sigue en constante evolución y consideramos que cada vez es menos innegable que la prosperidad que el desarrollo tiene vinculado en sí mismo, se genera en la interacción libre de las naciones dentro de un mercado que permita recibir de manera equitativa, razonable y justa todo que lo que merecen los pueblos en mérito a su iniciativa privada, innovación, esfuerzo, desarrollo tecnológico y trabajo. Tarea cada vez más importante.

1.2.5.6.3 Cooperación en las relaciones económicas internacionales

Dentro de una lógica mundial plausible, todas las disposiciones que tienen vinculación con este Nuevo Orden Económico Internacional proponen en general igualdad jurídica de los estados dentro de, la que podríamos denominar, sociedad internacional y está también se logra con el desarrollo igualitario de la seguridad económica de los países menos desarrollado. Este objetivo sería importante de alcanzar para el bienestar mundial, sin embargo, entre tanto como están redactados estas disposiciones permitiría que todos los estados del mundo participen plenamente en las decisiones que tengan relación con el futuro desarrollo de la economía mundial en todos los aspectos y ésta es una nota

distintiva fundamental en el concepto de las disposiciones vinculadas a esta materia que debemos valorar y destacar.

Debemos resaltar también que estas resoluciones de las naciones unidas busca en buena cuenta que los países desarrollados con aquellos envía de desarrollo puedo tener una colaboración constante permanente Qué permita finalmente facilitar el funcionamiento de un sistema más racional equitativo en las relaciones internacionales si esto que te mente se lograra debería impulsar una serie de cambios sustantivos en cómo se ve la economía mundial de viendo en esta lógica que en consideración la gigantescas necesidades que Tienen las naciones en desarrollo

Así muchas de estas resoluciones busca que las naciones en desarrollo logren su prosperidad económica de manera particular y establecen también medidas que permitan alentar la industrialización de estos países y además propugna que se hagan los mayores esfuerzos para que se les permita acceso, a los países menos adelantados, a las nuevas tecnologías, en las mejores condiciones posibles, evidentemente para que esto sea congruente con las condiciones económicas, culturales y ecológicas del mundo moderno. Esto evidentemente es la mejor manera de lograr

de equidad en un mundo aún muy desigual lo que genera innecesaria inestabilidad mundial.

Debemos manifestar que ésta es una lucha constante y permanente entre aquellos países que tienen prosperidad económica y los más pobres y con sistemas económicos diferentes, por lo que es fundamental trabajar en la lógica de una solidaridad mundial que permita tratar de igualar o reducir lo más que se pueda las enormes diferencias que tienen los estados en el mundo; lo que hace que aún en pleno siglo XXI existan ingentes cantidades de personas huyendo del hambre, la miseria y el subdesarrollo hacia naciones y latitudes con mucha mayor prosperidad.

Ese vidente que en la actualidad subsisten grandes problemas de orden económico, incluso en los países más desarrollados que también están sufriendo estas crisis y lo lamentable es que tratan de solucionarlo con políticas de muy corto plazo y que sólo atienden la parte interna y particular de su crisis, desconociendo todos estos principios que existen y que de alguna manera generarían, con una visión más amplia por parte de estas naciones, un desarrollo más equilibrado en el mundo.

Y si no observan objetivamente que existen evidentes e innegables vínculos causales estrechos entre las políticas que los países desarrollados imponen con políticas circunstancialmente discriminadoras con los menos desarrollados no van a lograr una recuperación económica sostenible y generalizada que pueda mantenerse en el tiempo, lo que creemos se debe atender de manera diligente, objetivo con el que consideramos la presente investigación contribuye, en lo que corresponde, de manera objetiva y concreta, al tratar de establecer la conveniencia o no de integrar legislación transfronteriza en nuestro ordenamiento jurídico. Pues siempre “el Derecho Internacional Privado persigue realizar un específico ideal de justicia en las relaciones transfronterizas, garantizando su continuidad en el espacio y su previsibilidad” (Nieto Delgado, 2018, págs. 907-908), Magistrado Juez en lo Mercantil N° 1 de Madrid, España, sin embargo es objetivamente imposible alcanzar una unificación completa del derecho sustantivo, incluido el Derecho Concursal a nivel universal o internacional, por lo que es necesario que los Estados puedan incorporar de forma independiente y autónoma en su legislación interna, normas para resolver los problemas planteados y, que con mayor complejidad cada día trae el intercambio transnacional de bienes y servicios en el mundo entero, con la finalidad de

pretender resolver las cada vez más difíciles situaciones patrimoniales con elemento internacional que se presentan.

En este sentido es importante hacer notar en la presente investigación que ya incluso a nivel de las Naciones Unidas hay esfuerzos sinceros por lograr un equilibrio mundial mediante el desarrollo de todos los países en su conjunto, pues es evidente que la única manera de lograr bienestar común es logrando que los ciudadanos del mundo puedan desarrollar sus capacidades y actividades en una nación con posibilidades para que ello ocurra, donde el bienestar que políticas económicas responsables, serias y adecuadas puede traer consigo, y debemos recordar que el Derecho Concursal contribuye al manejo eficiente de crisis patrimoniales para lograr restaurar el circuito económico que pudiera verse afectado por esta insolvencias y lograr además seguridad jurídica e inversión que se canaliza siempre a donde existen reglas claras, respeto a la propiedad, instituciones sólidas y seguridad jurídica, que es un esfuerzo en el que debemos contribuir todos los que estamos involucrados en el mundo del derecho, pues está es la única manera de lograr equidad, paz y bienestar colectivo.

1.2.6 Vinculación entre empresas

1.2.6.1 Clases de Vinculación

Es evidente que en un mundo globalizado como el que nos ha tocado vivir, la fenomenología de uniones o vinculaciones entre empresas es de muy variada riqueza, así que intentaremos hacer un forzado resumen de sus formas más comunes o usuales tratando de presentar un cuadro general de cómo se pueden presentar. Tema que ya ha sido abordado antes por (Lozano Hernández J. C., 2006, págs. 87-99) en su libro “La responsabilidad de los empresarios en la crisis patrimoniales. Desde el derecho romano hasta el derecho de grupos”.

Podríamos comenzar citando al maestro Joaquín Garrigues, quien refiriéndose al fenómeno de vinculación o uniones de empresas se refiere como a “aquellos supuestos en que se establecen determinados vínculos entre varias empresas, pero siempre que sus respectivos titulares mantengan una personalidad jurídica propia” (Garrigues, 1987, pág. 310). Se debe tener claro entonces que esa personalidad jurídica no debe de contraponerse a los intereses de cada uno de los accionistas, porque si no, se daría esta figura, ya que es necesario respetar aquella personalidad jurídica con la que nace dicha unión.

Estas figuras de vinculación o unión empresarial son fruto del

denominado capitalismo maduro, lo que quiere decir que éstos procesos de vínculos corporativos empresariales van a corresponder a la fase tardía del capitalismo, por cuanto el presentar o utilizar ésta nueva forma de empresa, va a ayudar a la racionalización del proceso productivo y a la optimización de sus aparatos productivos, con la intención de ejercer un dominio en el mercado, para poder, de esta manera, ampliar sus posibilidades de acción; teniendo, claro está, como finalidad primordial el ánimo de lucrar o beneficiarse de esta mayor participación en el mercado, que es, y siempre ha sido, el objetivo primordial de quienes realizan actividad empresarial.

Debemos manifestar que consideramos que no todas las vinculaciones o uniones de empresas son concentrativas en sentido estricto. Muchas veces tienen propósitos muy diferentes, como lo menciona (Paz-Ares, 1999) en su obra “Uniones de Empresas y Grupos de Sociedades”. Por ejemplo, estas vinculaciones, refiere dicho autor, pueden ser:

a) **De cooperación** (que se debe entender como agrupación de voluntades para mejorar las actividades propias). La idea en estos casos es la de aunar esfuerzos para lograr el mismo objetivo económico común a todas ellas, mediante la cooperación entre todas las empresas vinculadas al grupo económico que las controla, pero sin intentar en mayor medida establecer un vínculo más intenso; como sí se da en

el caso de las vinculaciones de naturaleza de coordinación y de racionalización.

b) **De coordinación** (*que se deben ver como una regulación formal de las relaciones de competencia entre ellas*). En éste tipo de uniones, la vinculación es más aguda y, por tanto, sus respectivos órganos de administración y gestión social tienen la necesidad de establecer mecanismos de concentración más estructurados y elaborados, ya que su estrategia pasa por efectuar acciones coordinadas para fortalecer al grupo económico que representan; realizando coordinaciones para pretender regular las relaciones de competencia, lo que de por sí y de primera impresión se constituiría en una práctica vedada contra la libre competencia, en la que el ideal es que éste tipo de “coordinaciones” no se presenten.

c) **De racionalización** (*reestructuración de la organización empresarial*). En estos casos, la vinculación es más evidente y es tan manifiesta que se exterioriza mediante la reorganización y reestructuración de las empresas que las integran, ya que, en estos casos, sin que implique que per se sean vínculos vedados, lo que se busca es lograr una reestructuración empresarial que haga más eficiente la organización de las empresas que integran el grupo económico

Es posible tratar de ordenar este fenómeno en función de la energía del vínculo establecido entre las sociedades o empresas agrupadas. Así podemos coincidir con la afirmación de que los vínculos que tienen como objetivo una finalidad solamente cooperativa son más débiles que las que se sostienen en una necesidad de coordinación y éstas, a su vez suelen ser menos fuertes que aquellas que se estructuran por razones de integración o de reorganización social empresarial.

1.2.6.2 Tipología de Vinculación entre empresas

1.2.6.2.1 Uniones Consorciales

De acuerdo con lo esbozado anteriormente, podríamos mencionar que consideramos a este tipo de vinculación o unión como la forma de vinculación menos intensa, ya que es claro entender que no tienen por objetivo unificar las políticas empresariales, sino establecer mecanismos de cooperación. Normalmente, se realizan para pretender abaratar costos de manera conjunta o tratar de minimizar sus riesgos individuales, por ejemplo, poner una oficina común fuera del país; o inclusive para poder asumir negocios que escapan a sus posibilidades productivas y/o financieras individuales. La razón que los anima a unirse

tiene una justificación mutualista, de apoyo, de soporte, de complementación, y ello con prescindencia de la forma societaria o jurídica que pudieran adoptar, ya que esta podría ser muy diferente y variada.

En efecto, nuestra legislación societaria optó por definir y posibilitar este tipo de vinculación en la Ley N° 26887 – Ley General de Sociedades, que entró en vigencia el 1 de enero de 1998; en la que, en el Libro Quinto denominado, genéricamente Contratos Asociativos, pretende darles una definición general en el Artículo 438° que a la letra dice:

Artículo 438°.- Alcances

Se considera contrato asociativo aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes. El contrato asociativo no genera una persona jurídica, debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el Registro.

Así, por citar un ejemplo, en nuestro país un tipo de unión consorcial está regulado en la precitada Ley General de Sociedades, que en su Artículo 445° a la letra determina:

Artículo 445^o.- Contrato de Consorcio

Es el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía.

Corresponde a cada miembro del consorcio realizar las actividades propias del consorcio que se le encargan y aquéllas a que se ha comprometido. Al hacerlo, debe coordinar con los otros miembros del consorcio conforme a los procedimientos y mecanismos previstos en el contrato.

Al respecto, el Contrato de Consorcio, es normalmente utilizado con la finalidad de aunar esfuerzos con un objetivo empresarial común que permita sacar adelante una empresa o negocio, con la finalidad de obtener utilidades o beneficios sin perder cada uno su independencia como persona individual.

Podemos entonces establecer que nuestro ordenamiento societario regula de alguna manera estas uniones Consorciales en el Artículo previamente citado cuya finalidad es facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus asociados.

Así mismo, y dentro de esta tipología encontramos la unión temporal de empresas, cuyo objetivo es intermediar un sistema de colaboración entre empresarios para lograr el desarrollo o ejecución de una obra, suministro o servicio; que pudieran sobrepasar las capacidades individuales de quienes la forman; tipo de unión o vinculación, que además podría tener una forma adicional de operación, llamada en nuestro ordenamiento jurídico como Contrato de Asociación en Participación; dejando de lado la denominación de Joint Venture, que “proviene del derecho anglosajón, por cuanto se consideró que este término era muy impreciso por la amplitud de conceptos que puede envolver y más aún, teniendo en cuenta que analizado desde el punto de vista doctrinal engloba a su vez varios contratos de caracteres esenciales diferentes” (Elías, 1999, pág. 944). Respecto del Contrato de Asociación en Participación, regulado en la Ley General de Sociedades, en el Artículo 440^o se establece:

Artículo 440^o.- Contrato de asociación en participación

Es el contrato por el cual una persona, denominada asociante concede a otra u otras personas denominadas asociados, una participación en el resultado o en las utilidades de uno o de varios negocios o empresas del asociante, a cambio de determinada contribución.

Esta reglamentación general se encuentra normalmente, desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, con el problema característico que presentan las sociedades conjuntas, consistente en establecer si están dentro o fuera de la disciplina protectora de la libre competencia, o si quedan comprendidas en el ámbito de las prácticas colusorias, que son sancionables, o si caen bajo el control de concentraciones, recientemente regulada en nuestro país.

Finalmente debemos tener claro que estos tipos de contratos asociativos se extinguen, como es natural, cuando se cumple el fin para el cual fueron celebrados.

1.2.6.2.2 Sindicatos y Cártels

En este tipo de unión o vinculación se destaca claramente un grado mayor de unificación, ya que importa una cercanía más estrecha entre sus miembros. Sus objetivos naturales serían los de coordinar las estrategias de las empresas, con el fin de reducir o excluir la competencia entre ellas, lo que de por sí, claro está, constituye una violación a las reglas de libre competencia.

A decir de Cándido Pérez-Ares, las modalidades en que las ubicamos es muy variada, ya sea en función de que busquen establecer precios (cárteles de precios) o condiciones de venta unitarias (cárteles de contingentación), distribución territorial de los mercados (cárteles de reparto de mercados), estandarizar los productos, (cárteles de racionalización) o para repartirse la actividad, (cárteles de especialización) organizar la venta en el extranjero (cárteles de exportación), entre otros. Lo cierto es, que este tipo de vinculación vedada existe y se presenta en determinados mercados.

Bajo el cártel se esconde un contrato de sociedad. La justificación de su inclusión como tipo de vinculación se da por la clara razón de la existencia de un objetivo a fin y común, que tiene como finalidad la intención de afectar e influir en el mercado.

Este tipo de sociedad normalmente será nula por infracción de la prohibición de las prácticas colusorias contenidas en la Ley de la materia, Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal y demás normatividad aplicable sobre la materia.

1.2.6.2.3 Alianzas estratégicas, comunidades de interés y grupos de sociedades

Son vinculaciones o uniones de empresas directamente instituidas con el objetivo de influir directamente en la gestión y de lograr reducir la autonomía administrativa, organizativa e incluso económica de sus miembros, ello, mediante el control efectivo que ejerce la empresa dominante sobre las dependientes en todas las esferas trascendentes de éstas últimas. A decir de Cándido Paz-Ares pueden distinguirse diversos grados de intensidad. En primer lugar, las comunidades de ganancias o pools, en mérito la cual dos o más sociedades o empresas convienen en colocar en común sus ganancias. Este tipo de sociedad en la mayoría de los casos importa no sólo compartir las utilidades de los negocios, sino que pasa por compartir información de clientes, de proveedores y demás; intercambiar funcionarios, e inclusive, pueden significar responsabilidades de gestión común de las empresas comprometidas; por lo que no es fácil diferenciarlas de lo que en el mundo de las finanzas se llaman alianzas estratégicas, cuyo objetivo, es claro reconocer, están orientadas a sentar las bases de políticas empresariales comunes.

Finalmente debemos notar que en esta escala encontramos las vinculaciones empresariales referidas en concreto a los grupos de sociedades que se caracterizan por tener un mayor grado de unificación en las políticas empresariales de las empresas vinculadas que pudieran conformarlo.

1.2.6.3 Tipología básica de los grupos de empresas

Es claro entender que la noción de grupo está referida a aquellas empresas que quedan sujetas a una dirección económica común, por lo que, para darle soporte al manejo de las responsabilidades de estos grupos, nos permitiremos hacer un esbozo general de la clasificación de este fenómeno particular que hemos podido encontrar en la doctrina. Así, debemos empezar nuestro trabajo clasificando los grupos en:

1.2.6.3.1 Grupos de Derecho y Grupos de Hecho

Los denominados grupos de derecho son aquellos que resultan de la adopción de las formas jurídicas específicas, por ejemplo, un contrato de dominación (Le Pera, 1974, pág. 150)³⁷, que suprime ciertas reglas generales del llamado Derecho de Sociedades, estableciendo mecanismos de protección para los socios

³⁷ Que a decir de Sergio Le Pera, son: “contratos por los que una empresa se obliga a transferir sus utilidades a otra, y contrato por el cual una empresa cede o entrega su negocio o actividad a otra”.

minoritarios a los cuales, actualmente, la Ley especial no vincula a un régimen jurídico particular, y de hecho en nuestra legislación no encontramos ningún antecedente con carácter general que nos permita ahondar en el tema, pudiendo sí, mencionar que este tema se ha desarrollado con alguna amplitud en la Ley de Sociedades Anónimas Alemana (Aktiengesetz), donde encontramos la figura del “Konzern”, que se presenta cuando varias empresas están sujetas a una dirección uniforme, empresas dominantes y dominadas, y que están vinculadas por un contrato de dominación, marcando una clara diferencia de los grupos de hecho denominados como “Faktische Konzerne”, en los que existe control o dominio sin un contrato de dominación.

La única figura verdaderamente relevante desde nuestra perspectiva y refiriéndonos al ámbito doméstico, es la del grupo de hecho, la que a decir de Cándido Paz-Ares “se define negativamente por fundarse en circunstancias de variada índole - participaciones mayoritarias, acuerdos parasociales, uniones personales, etc”...- a los cuales la ley no asocia, en principio, un régimen jurídico en particular.”

Sólo con la finalidad de establecer una posibilidad de manejo comparativo con nuestra realidad, tenemos que, en Alemania los grupos de hecho si están regulados:

y se presenta cuando varias empresas se encuentran sujetas a una dirección unificada, pero no celebran un contrato de empresa ni recurren a una integración. Para estos grupos de hecho se prevén normas sobre la confección de estados contables consolidados, pero, y esto es lo más importante, las empresas que lo integran no pueden ser administradas en perjuicio de su particular interés como tales. (Conde Granados, 2004, pág. 86).

Por su parte, los grupos de hecho son aquellos que existen de manera objetiva y que, claro está, es la extendida en su existencia

1.2.6.3.2 Grupos de Sociedades clasificados en la naturaleza de las relaciones de las que nace o en las que se apoya la dirección común

En consideración a esta clasificación podemos distinguir los siguientes grupos:

- ✓ Grupos Dominicales
- ✓ Grupos Contractuales
- ✓ Grupos Personales

1.2.6.3.2.1 Grupos Dominiales

Se les denomina así por basarse en el control y la efectiva dirección de la sociedad dominante sobre la propiedad de las alícuotas representativas del capital social de las sociedades dependientes que la integran.

La manera de funcionamiento u operatividad de este tipo de unión o vinculación es muy variada, y está fundada básicamente en cómo se detentan las participaciones o acciones de las sociedades dependientes. Fundamentalmente encontramos:

Grupos Radiales. - Para muchos son los llamados *holding*, teniendo como particular característica que la sociedad dominante participa de hecho en cada una de las sociedades dependientes, pero estas no se encuentran relacionadas unas con otras.

Grupos Piramidales. - Estos grupos se caracterizan principalmente porque “la participación y el control se ejercitan escalonadamente, de la principal a las filiales” (De la Camara Alvarez, 1977, pág. 564). Debemos entender que este tipo de grupo se caracteriza, entonces, porque la sociedad dominante participa en dos o más sociedades y estas a su vez participan y controlan otras empresas que podrían ser un subgrupo de empresas controladas por las anteriores, pero que responden a su vez de manera indirecta por la sociedad dominante.

Grupos Circulares. – Se crean de acuerdo con las participaciones reciprocas. Consisten entonces en que una empresa matriz crea y controla una empresa filial que a su vez crea otra filial y la controla independientemente de la matriz, y así sucesivamente hasta que la última adquiere alícuotas del capital social en la primera. Este esquema podría presentarse con empresas que han existido previamente, pero sobre las que se han ido adquiriendo el control en cada una de ellas, ya sea de manera directa o indirecta, con el mismo resultado. Como lo manifiesta Oswaldo Hundskopf:

Esta estructura puede presentar graves problemas, ya que al participar cada empresa en una determinada proporción en el capital de la otra, se pueden presentar dos situaciones: a) que se distorsione la realidad del capital social (y por ende la seguridad jurídica de terceros), o b) que se afecte el correcto funcionamiento de los órganos sociales. (Hundskopf Exebio, 2004, pág. 258)

Ya que es posible, por ejemplo, con un mismo patrimonio generar varias otras empresas y generar la ficción de un capital sumado, lo que en la realidad es uno solo, varias veces asignado; lo que evidentemente perjudica la seguridad jurídica de quienes contratan con estas empresas de manera individual.

Para culminar esta parte debemos considerar, como lo dice (Paz-Ares, 1999), refiriéndose en general a los grupos

dominicales, que “lo distintivo, en todo caso, es que la sociedad dominante ostenta, directa o indirectamente, la titularidad del paquete de control”.

1.2.6.3.2.2 Grupos Contractuales

Básicamente se identifican porque en ellos la dirección común se sostiene en relaciones de naturaleza contractual, es decir que se origina como consecuencia de la celebración de un contrato, y donde se faculta a una empresa a influir o intervenir en las decisiones sobre las demás empresas integrantes del grupo. Así, podemos encontrar dentro de esta clasificación, a decir de Cándido Paz-Ares, a los siguientes contratos:

- ✓ **Contrato de atribución de ganancias**, por el que una corporación se constriñe a entregar sus utilidades a otra sociedad a cambio de que esta le asegure finalmente ciertos rendimientos.

- ✓ **Contrato de arrendamiento o cesión de la explotación de la empresa**, por el que una sociedad le cede a cualquier otra la explotación y el disfrute de ésta contra el pago de una determinada contraprestación.

- ✓ **Contrato de gestión de empresa**, por el cual una compañía se obliga a encargarse de los negocios de otra en nombre y por cuenta de ésta, de acuerdo a los términos acordados entre estas.

Podemos asimismo manifestar que es perfectamente válido incluir o integrar en esta clasificación aquellos contratos ordinarios que, en determinados casos, pudieran generar una relación de dependencia o sumisión de una de ellas con relación a la otra, así podríamos mencionar a los contratos de licencia, contratos de suministros, contratos de préstamos o mutuo, contratos de distribución, etc.

1.2.6.3.2.3 Grupos Personales

Estos se caracterizan por tener su origen en relaciones personales, así mismo por que la dirección unitaria de naturaleza económica se basa en la identidad que tienen los administradores, existiendo inclusive la posibilidad de que sin ejercer un control de tipo participacional exista una concentración a través de los órganos de administración o dirección. Aunque está claro que estos grupos se basan normalmente en razones familiares o financieras y se produce una actuación articulada de la mayoría de los administradores.

1.2.6.3.3 Grupos de Sociedades fundados en la Estructura de la Dirección Común

Esta clasificación distingue entre dos clases de grupos a su vez que son:

1.2.6.3.3.1 Grupos de subordinación

Este tipo de grupos, conocido también como grupo vertical, es el más utilizado, y es claro notar que el estudio de esta temática, y su ejecución práctica, nos demuestra que es el más utilizado, y se caracteriza básicamente por estar conformado por sociedades agrupadas en una relación de dependencia jerárquica entre sí, es decir existe una sociedad dominante y debajo de ella las sociedades dominadas o dependientes y; para notar una clara diferencia con los grupos de coordinación, podemos manifestar que esta dirección común tiene una estructura autocrática y de una sola línea.

1.2.6.3.3.2 Grupos de coordinación

Al notar claramente cómo se constituyen los grupos de subordinación debemos manifestar que por su lado los grupos de coordinación u horizontales tienen como base de su organización funcional tienen una estructura democrática o de igualdad, por lo que en estos casos y aunque están subordinadas a una dirección

económica única, mantiene cada una de ellas su independencia, lo que inclusive les permite participar activamente en la definición de la política empresarial aplicable al grupo en general.

Sobre el particular, debemos compartir la opinión de Paz-Ares en el sentido de que “un autorizado grupo de la doctrina considera, en efecto, que, dada la debilidad de la estructura sobre la que se apoya la dirección común, deberían dejarse fuera de la noción de grupo”. Sin embargo, consideramos importante en todo caso incluirla para poder hacer notar fácilmente las posibles diferencias que existen entre un grupo de sociedad y el otro, debiendo reconocer, como Paz-Ares, que en muchos casos los grupos de coordinación se encuentran más cerca de las vinculaciones consorciales y de los sindicatos y cárteles que tienen características de independencia similares, que de las necesarias características de los grupos de sociedades que comentamos en este punto. Finalmente, y dadas las experiencias surgidas en el manejo de grupos y sus vinculaciones está claro que la dirección unitaria es muy débil en su contexto general y se encuentra siempre amenazada por posibles desavenencias entre las partes.

1.2.6.4 Función económica de los grupos de empresas

Este fenómeno que atañe al derecho societario y que está desarrollando un nuevo derecho denominado Derecho de Grupos, es en muchos casos un proceso de concentración económica que

puede ser, como ya lo hemos analizado, de muchos tipos (integración lateral, vertical u horizontal); y ocurren cuando una sociedad, y por causas de diversa índole, adquiere el manejo sobre otras empresas mediante la compra de la mayoría del capital social de estas o mediante otras técnicas, que pueden ser contractuales o personales, como lo hemos tratado de sintetizar en los puntos precedentes de la presente investigación. Como característica de especificidad del agrupamiento de sociedades no se encuentra estructurado en la concentración de activos empresariales, sino en la racionalización de la manera como se estructura la empresa, más claramente desde una perspectiva organizativa. Por lo expuesto y a decir de Paz-Ares “El grupo de sociedades ha de verse sobre todo como una forma de empresa – la empresa policorporativa – y bajo este punto de vista, entenderse como una respuesta organizativa de las fuerzas del mercado a las exigencias de racionalización que impone el crecimiento de las empresas en dimensión, complejidad, nivel de actividades e implantación territorial”, que está claro notar se han enriquecido en cuanto a su complejidad y diversidad con la globalización, que es un fenómeno de reciente data y que ha traído consigo una serie de nuevas maneras de desarrollo de actividades económico patrimoniales que debemos, oportunamente, tratar de regular.

Entre los factores que consideramos generan e intervienen en este proceso encontramos principalmente:

1.2.6.4.1 Diversificación del Riesgo

Ya que esto es posible, mediante la fragmentación de la empresa en distintas maneras y formas de generación de personas jurídicas, con personalidad jurídica propia, con este objetivo se crean compartimentos incomunicados y se disminuye el riesgo de insolvencia, ya que en el caso de que una de ellas ingrese a un estado de cesación de pagos, insolvencia, situación concursal e inclusive estado concursal que podría devenir en una quiebra de esta, no envuelve en esta situación a las demás empresas. Asimismo podría ocurrir, como claramente lo nota Paz-Ares, que esta diversificación pueda ser también geográfica, y en este caso, la organización del grupo mediante sociedades nacionales o regionales limita los riesgos asociados a cada una de las economías nacionales o regionales a las filiales que operan en ellas, lo que por ejemplo es perfectamente válido en transnacionales que deseen invertir, sin mayor exposición en nuestro país, dada la aún poca estabilidad política y por ende poco soporte que brindamos a la aún insipiente estabilidad económica con la que contamos.

1.2.6.4.2 Especialización de Actividades

Este factor es determinante en los llamados conglomerados empresariales, pues es fácil advertir que las exigencias de control, gestión y dirección de cada una de las múltiples actividades que

podría desarrollar, pueden ser mejor desarrolladas mediante estructuras jurídicas independientes unas de otras, ya que, caso contrario, por la diversidad de las mismas podríamos tener una dirección única poco eficiente en atención a las materias por atender.

1.2.6.4.3 Flexibilización de la Organización

La división o partición de la empresa en unidades individuales e independientes facilita y acelera la toma de decisiones eficientes, así como facilita la descentralización de la administración de cada una de ellas, toda vez que genera una evidente cercanía de las decisiones que se deban de tomar con los centros de interés vinculados a las mismas, así como facilita el orden y la programación de la actividad de grupo y la circulación de las actividades económicas que pudieran considerarse convenientes realizar.

Finalmente debemos tener en cuenta que pueden existir factores exógenos que pueden generar la constitución de un grupo, como por ejemplo en el caso de la banca múltiple que opera en nuestro país y que permite a las instituciones financieras desarrollar una serie de actividades, que han generado que algunas de estas, por ejemplo, desarrollen empresas de cobranzas mediante la constitución de sociedades independientes; así podría ocurrir en el caso que estas mismas entidades desearan realizar cualquier otro

tipo de actividad económica no crediticia lo hagan mediante la fórmula antes detallada; asimismo podría decidirse por otro tipo de consideraciones de conveniencia financiera o fiscal.

2 CAPÍTULO II. METODOLOGÍA

2.1 Planteamiento del problema

2.1.1 Descripción de la realidad problemática

Existencia de mega actividades económicas, en los denominados grupos de empresas, que vinculan activos, materiales e inmateriales, en diversos países; estados que tienen cada uno de ellos muy variada legislación y maneras de enfrentar los estados de insolvencia, los mismos que no han encontrado un adecuado, uniforme y aceptable procedimiento concursal (o de quiebra como se le conoce en otros países) que busque enfrentar este problema de manera eficiente.

2.1.2 Formulación del problema

2.1.2.1 Problema General

¿Es eficiente el procedimiento concursal de insolvencia transfronteriza en el Perú?

2.1.2.2 Problemas Específicos

¿Cómo afecta el procedimiento concursal de insolvencia transfronteriza en la eficiencia del diseño legal concursal?

¿Cómo afecta el procedimiento concursal de insolvencia transfronteriza en la atracción de inversiones?

2.1.3 Objetivos de la investigación

2.1.3.1 Objetivo general

Determinar si el mecanismo concursal transfronterizo que se utiliza en el Perú es acorde con la nueva realidad económica del mundo globalizado.

2.1.3.2 Objetivos específicos

- ✓ Analizar las situaciones de crisis patrimoniales que puedan enfrentar los grupos empresariales en crisis patrimoniales transfronterizas.
- ✓ Hacer una investigación sobre los antecedentes históricos del manejo de crisis empresariales.
- ✓ Realizar un estudio respecto de los procedimientos concursales transfronterizos, desde el punto de vista del derecho comparado y conocer como han resuelto estas crisis.
- ✓ Llegar a proponer una solución legislativa

2.1.4 Formulación de hipótesis

2.1.4.1 Hipótesis general

El procedimiento concursal transfronterizo en el Perú es ineficiente.

2.1.4.2 Hipótesis específicas

- ✓ El procedimiento concursal transfronterizo en el Perú es obsoleto.
- ✓ El procedimiento concursal transfronterizo en el Perú no contribuye a generar un clima adecuado para atraer inversionistas.

2.1.5 Justificación de la investigación

La presente investigación se sustenta en el poco interés existente en regular lo relacionado a la Insolvencia Transfronteriza, y si a eso añadimos la escasa regulación de los grupos empresariales, a pesar de ser cada vez más frecuente como realidad económica-jurídica, generó la necesidad de realizar un estudio pormenorizado, para poder establecer un procedimiento de insolvencia transfronterizo adecuado.

2.1.6 Delimitación de la investigación

El presente trabajo de investigación estuvo circunscrito al estudio de las implicancias de la Insolvencia Transfronteriza, en el marco del Derecho Concursal Peruano, para lo cual se utilizó la normativa vigente que es la Ley General del Sistema Concursal (Ley 27809 y modificatorias), y fue contrastado a través de su evolución, el nuevo orden económico internacional, la nueva realidad de vinculación empresarial y el derecho comparado.

2.1.7 Viabilidad de la Investigación

Para la presente investigación se dispuso los recursos económicos, y se contó con recursos materiales suficientes (bibliografía), para poder realizar la presente investigación.

2.2 Diseño metodológico

2.2.1 Enfoque

El investigador realizará una investigación dogmática con notas de investigación cualitativa del derecho concursal transfronterizo y utilizará el método comparativo, puesto que describirá y analizará las principales características legales del derecho concursal desde sus orígenes, las maneras cómo ha evolucionado, cómo está estructurado el nuevo orden económico internacional, las nuevas formas de vinculación empresarial y las

legislaciones de algunos países trascendentes y de similares características a la nacional.

Pues como lo sostiene (Sarlo, 2006) la investigación dogmática tiene un carácter claramente prescriptivo o directivo para los aplicadores del derecho, sin perjuicio de ciertos componentes descriptivos. Esta permanente ambigüedad entre la función descriptiva y la función prescriptiva de la dogmática es característica de su papel paradójico: por un lado, en los operadores debe generar la idea de que el derecho está dado, y que por tanto asegura la solución ex ante de cualquier problema, y, por el otro, debe resolver la dificultad práctica insoslayable de que los materiales disponibles no resuelven todos los problemas, o no lo han hecho de manera aceptable para el actual consenso y contexto histórico. Por consiguiente, la dogmática asume una tarea relevante (al menos para la concepción clásica del derecho) de alimentar el noble sueño de la seguridad jurídica, sin renunciar a la pesadilla del necesario margen de discrecionalidad de los jueces. (pág. 178)

Lo que nos permite sostener que la presente investigación se sostendrá en los tres componentes del diseño dogmático de investigación jurídica como son el formular claramente y de manera coherente la pregunta (problema), el propósito que se plantea al respecto (objetivos) y el lugar desde el cual se buscará la respuesta (marco teórico) que a decir de (Sarlo, 2006) “son íntimamente solidarios y no se pueden definir con independencia uno del otro. Por consiguiente, la determinación clara del problema y los objetivos es una

condición necesaria para la construcción del marco teórico” y de una adecuada investigación de este tipo.

Ahora al referirnos a notas de la investigación cualitativa debemos que sin implique cuantificar la investigación ni la data obtenida si es pertinente aclarar que este tipo de investigación a decir de (Del Cid, Méndez, & Sandoval, 2007):

No se busca cuantificar, sino comprender determinado fenómeno; es decir, establecer cómo se relaciona un aspecto con otro. Se parte de una premisa cuando se aplica este enfoque: la conducta humana es compleja, tiene muchos matices y es difícil, si no es que imposible, cuantificar algunas de sus manifestaciones. (pág. 21).

2.2.2 Método

La presente investigación se basa en un modelo descriptivo, documental, inductivo y básicamente comparativo.

En cuanto al método descriptivo, (Del Cid, Méndez, & Sandoval, 2007) sostienen lo siguiente:

Describir es caracterizar algo. Para describirlo con propiedad generalmente se recurre a medir alguna o varias de sus características. “Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis” (Dankhe, citado por Hernández, Fernández y Baptista, p. 60). Un

estudio descriptivo, igual que los demás tipos de investigación, sólo que con más especificidad, empieza por determinar el objeto de estudio (organización de las empresas, clima laboral, satisfacción de clientes, productividad, preferencias, etcétera). Luego establece instrumentos para medir adecuadamente el nivel de ese objeto de estudio; supone una adecuada familiarización con el objeto de estudio para poder saber qué y cómo se va a medir lo que nos interesa. (pág. 29).

De igual modo, sobre la investigación descriptiva, (Bernal, 2010) sostiene:

Se considera como investigación descriptiva aquella en que, como afirma Salkind (1998), “se reseñan las características o rasgos de la situación o fenómeno objeto de estudio” (p. 11). Según Cerda (1998), “tradicionalmente se define la palabra describir como el acto de representar, reproducir o figurar a personas, animales o cosas...”; y agrega: “Se deben describir aquellos aspectos más característicos, distintivos y particulares de estas personas, situaciones o cosas, o sea, aquellas propiedades que las hacen reconocibles a los ojos de los demás” (p. 71). De acuerdo con este autor, una de las funciones principales de la investigación descriptiva es la capacidad para seleccionar las características fundamentales del objeto de estudio y su descripción detallada de las partes, categorías o clases de ese objeto. (pág. 113).

En el presente trabajo se describen las principales características del derecho concursal, nuevo orden internacional y vinculación empresarial, así

como la insolvencia transfronteriza en el ámbito local como a nivel de derecho comparado, de manera especial; sus fortalezas y debilidades, ventajas, desventajas, y su regulación actual en nuestro país.

En cuanto a la investigación documental, el propio (Bernal, 2010) afirma:

La investigación documental consiste en un análisis de la información escrita sobre un determinado tema, con el propósito de establecer relaciones, diferencias, etapas, posturas o estado actual del conocimiento respecto al tema objeto de estudio. De acuerdo con Casares Hernández, et al. (1995), la investigación documental depende fundamentalmente de la información que se obtiene o se consulta en documentos, entendiendo por éstos todo material al que se puede acudir como fuente de referencia, sin que se altere su naturaleza o sentido, los cuales aportan información o dan testimonio de una realidad o un acontecimiento. Para los autores mencionados, las principales fuentes documentales son: documentos escritos (libros, periódicos, revistas, actas notariales, tratados, conferencias escritas, etcétera), documentos fílmicos (películas, diapositivas, etcétera) y documentos grabados (discos, cintas, casetes, disquetes, etcétera). (págs. 111-112).

En nuestra investigación nos basaremos en fuentes bibliográficas, referencias virtuales e información del derecho comparado y casos reales, fundamentalmente.

En lo atinente al método inductivo, refieren (Del Cid, Méndez, & Sandoval, 2007):

Consiste en una operación lógica que va de lo particular a lo general. Este método se sustenta en la observación repetida de un fenómeno. Por ejemplo, después de observar a uno, otro y muchos más españoles concluimos que al pronunciar las palabras diferencian entre la s y la z, lo que no sucede entre latinoamericanos. Aplicando el método inductivo se llegan a formular generalizaciones. El método inductivo supone tener datos parciales confiables para, a partir de ellos, concluir que hay características que se repiten una y otra vez. Supone atención en los datos, en lo observado. En la inducción se pasa de la práctica de la observación a la generalización teórica. (pág. 20).

En nuestra investigación nos basamos en las experiencias de países vecinos y en el derecho comparado para obtener las conclusiones respectivas.

2.2.3 Técnicas de investigación

Sobre el particular (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010) refieren acerca de la recolección de datos:

Una fuente muy valiosa de datos cualitativos son los documentos, materiales y artefactos diversos. Nos pueden ayudar a entender el

fenómeno central de estudio. Prácticamente la mayoría de las personas, grupos, organizaciones, comunidades y sociedades los producen y narran, o delinear sus historias y estatus actuales. Le sirven al investigador para conocer los antecedentes de un ambiente, las experiencias, vivencias o situaciones y su funcionamiento cotidiano. (pág. 433).

Acerca de las fuentes de recolección de información (Bernal, 2010) refiere:

De acuerdo con Cerda (1998), usualmente se habla de dos tipos de fuentes de recolección de información: las primarias y las secundarias.

Fuentes primarias: Son todas aquellas de las cuales se obtiene información directa, es decir, de donde se origina la información. Es también conocida como información de primera mano o desde el lugar de los hechos. Estas fuentes son las personas, las organizaciones, los acontecimientos, el ambiente natural, etcétera.

Se obtiene información primaria cuando se observan directamente los hechos (presenciar una huelga, observar sistemáticamente el lugar de trabajo, etcétera), cuando se entrevista directamente a las personas que tienen relación directa con la situación objeto del estudio (en el caso de que quiera conocerse la opinión de los gerentes sobre el impacto de las medidas económicas en la actividad de las empresas, la información directa se genera cuando se entrevista directamente a los gerentes, y no cuando se lee en un periódico, un libro o se escucha en un noticiero).

Fuentes secundarias: Son todas aquellas que ofrecen información sobre el tema que se va a investigar, pero que no son la fuente original de los hechos o las situaciones, sino que sólo los referencian. Las principales fuentes secundarias para la obtención de la información son los libros, las revistas, los documentos escritos (en general, todo medio impreso), los documentales, los noticieros y los medios de información.

En investigación, cualquiera de estas fuentes es válida siempre y cuando el investigador siga un procedimiento sistematizado y adecuado a las características del tema y a los objetivos, al marco teórico, a las hipótesis, al tipo de estudio y al diseño seleccionado.

En investigación, cuanto mayor rigor y exigencia se involucren en el proceso del desarrollo del estudio, más válido y confiable será el conocimiento generado (págs. 191-192).

El presente trabajo hará uso de la recolección de datos a través de fuentes primarias (como los son, resoluciones emitidas por el órgano concursal peruano) y secundarias (fuentes bibliográficas, referencias virtuales, entre otras).

2.2.4 Aspectos éticos

En este aspecto considero que es importante tener en cuenta las siguientes citas universales:

“El emprender la aventura de la investigación determina la aplicación de las siguientes tres obligaciones: ...Honestidad para respetar las ideas y análisis de otros autores, no manipular la información existente, atender las sugerencias y recomendaciones del asesor” (Tokeshi, pág. 12)

Lo que es fundamental de cumplir para transparentar la contribución que podría tener la presente investigación.

“Los procedimientos de investigación y la publicación de resultados deben estar respaldados por la ética de la ciencia” (Del Cid, Méndez, & Sandoval, pág. 159).

Por ello declaro que la investigación es de mi propia autoría, y que en todos los casos pertinentes, citaré a los autores investigados, respetando los correspondientes derechos de autor y las recomendaciones que sobre el particular, establezca su asesor.

3 CAPITULO III. RESULTADOS

3.1 Manejo actual de la insolvencia transfronteriza

3.1.1 Introducción

Para efectos de la presente investigación, es preciso señalar que las principales problemáticas estudiadas en la actualidad bajo la temática de la insolvencia transfronteriza son las siguientes:

- el reconocimiento en un país de un procedimiento extranjero de insolvencia;
- el acceso a la justicia de los administradores de esos procedimientos extranjeros de insolvencia; y
- la cooperación internacional entre jueces concursales locales y extranjeros.

Estos problemas, que han sido resumidos en la dificultad para alcanzar una actuación rápida, coordinada y eficiente entre tribunales y funcionarios de diferentes países para lograr la supervivencia de la empresa transnacional concursada, pero viable; reorganizarla; mantener su valor en funcionamiento y preservar empleos, son muy distintos a los problemas existentes al tiempo de la redacción del primer Tratado de Montevideo. Como bien se había

referido, en aquella época (fines del siglo XIX) se tenía principalmente en cuenta el concurso liquidativo (la quiebra), enfocándose la cuestión de la distribución de ciertos activos locales, dando preferencia a los acreedores domésticos o, casi subrepticamente, discriminando a los acreedores foráneos.

Cuando se habla hoy de quiebra extranacional, ya no se habla tanto de territorialidad o universalidad, sino de cooperación internacional, que presupone un foro central localizado en un país, complementado por procedimientos localizados en otro u otros países. Como se ha señalado, la cooperación internacional “implica una solución realista a los conflictos suscitados por la universalidad y la territorialidad, y en los hechos combina ambos principios maximizando sus ventajas y minimizando sus debilidades”.³⁸

Es así que, con excepción de México (que al reformar su legislación concursal en el año 2000 adoptó la Ley Modelo UNCITRAL), Colombia y Chile los restantes países de Latinoamérica no cuentan con un marco legislativo adecuado para abordar los problemas de la insolvencia transfronteriza en forma acorde a las necesidades del comercio internacional. Esta situación -en la que también se encuentran muchos otros

³⁸ Así se lee en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Sobre Insolvencia Transfronteriza de la República Argentina del año 2002. El Anteproyecto puede verse en: <http://www.iiiglobal.org/topics/pending.html>.

países del mundo³⁹- ha llevado a que en los últimos años hayan surgido nuevas convenciones internacionales sobre insolvencia transfronteriza, entre las que se puede mencionar las siguientes:

3.1.1.1 International Bar Association IBA40 - Comité Insolvency and creditors rights: “Cross-border insolvency concordat

El “concordato de insolvencia transfronteriza” (“cross-border insolvency concordat”) fue elaborado por el “Comité J” de la International Bar Association (IBA), recibiendo la aprobación de su consejo en mayo del año 1996.

Siendo ello así, el objetivo del “concordato” era proveer un marco de principios generales para tratar insolvencias transfronterizas, en una época

³⁹ En los antecedentes de la Ley Modelo de UNCITRAL se lee: "La incidencia cada vez mayor de la insolvencia transfronteriza refleja la incesante expansión mundial del comercio y de las inversiones. Ahora bien el Derecho interno se ha rezagado en gran medida de esta evolución, por lo que no está en condiciones de atender a las necesidades de la insolvencia transfronteriza. El/o da lugar a soluciones jurídicas inadecuadas y desequilibradas, que dificultan la rehabilitación de empresas en dificultades financieras, no facilitan una administración eficiente y equitativa de las insolvencias transfronterizas. impide la protección de los bienes del deudor insolvente contra su dispersión y obstaculiza la optimización del valor de 1S0S bienes" (ver Antecedentes, dentro del punto IV, Características principales de la Ley Modelo, en la Guía para la incorporación.:11 al Derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza, disponible en: <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>. Los principales temas de la Ley Modelo están descritos más adelante en este artículo (punto 4 (d»). Esta situación se ha sido modificando en forma paulatina. Ciertos países han optado por directamente adoptar la Ley Modelo (México, Japón, Sudáfrica..:1, Rumania, Polonia, Montenegro, Eritrea, y las Islas Vírgenes Británicas). Cabe destacar que, recientemente, la Ley Modelo ha sido sustancialmente incorporada como Chapter 15 al Bankruptcy Code de los Estados Unidos. Asimismo, otros países han reformado sus legislaciones internas incorporando normas sobre quiebra extranacional o transfronteriza inspiradas --en lo sustancial- en la estructura de la Ley Modelo y del Reglamento VE 1346/ 2000. Entre estos países, puede mencionarse a España y su reciente Ley Concursal 22/2003, que, en su Título IX "De las normas de Derecho Internacional Privado" (artículos 199 al 230), trata el tema de 11. ley aplicable (Capítulo 11), del reconocimiento de procedimientos extranjeros de insolvencia (Capítulo III), y de la coordinación entre procedimientos paralelos de insolvencia (Capítulo IV) (puede verse: Nueva Ley Concursal/o Editorial Lex Nova, Primera Edición, Valladolid, 2003).

⁴⁰ Podría ser traducida al español como Colegio de Abogados Internacional, integrada por más de 35,000 abogados y 197 colegios de abogados de los seis continentes.

en la que todavía no se habían concluido los trabajos de la Ley Modelo UNCITRAL. Así, conforme se lee en la introducción a los diez principios que constituyen el “concordato”, se trataba de una medida provisional hasta que los tratados o leyes especiales sean adoptados por los países; su intención: es guiar a los jueces y abogados en la armonización de las insolvencias transfronterizas.

En este contexto, la necesidad de contar con una serie de principios de coordinación entre tribunales de distintos países surgió con absoluta e inapelable claridad en 1991, en el conocido caso Maxwell, que implicó por primera vez la coexistencia de dos procedimientos principales de insolvencia ante tribunales de distintos países, como eran en dicho caso los de Estados Unidos (Nueva York) y el Reino Unido (Londres).⁴¹ A fin de coordinar dichos procedimientos, los “*joint administrators*” (administradores conjuntos) designados por el tribunal de Londres y el “*examiner*” (examinador) designado por la Corte de Nueva York firmaron un “*protocol*” (protocolo), que fue luego aprobado judicialmente. El protocolo regulaba distintas cuestiones referidas a la coordinación de ambos procedimientos de insolvencia a fin de evitar conflictos entre ambos tribunales que finalmente irían en contra del interés de todas las partes: maximizar el valor de la empresa a fin de obtener un mayor valor para satisfacer los créditos de los acreedores.

⁴¹ La razón por la cual los administradores de Maxwell Communication Corporation (MCC) decidieron presentarse en reorganization también en los Estados Unidos se debió a que el Chapter 11 tiene normas más favorables para los administradores de sociedades concursales fundamentalmente en lo que concierne al no nombramiento en forma automática de un síndico. La resolución judicial en el caso Maxwell, así como varios artículos escritos sobre el tema, pueden verse en: <http://www.globalinsolvency.com/insol/casenote.html>.

Siendo ello así, dado el éxito que la suscripción del protocolo tuvo en este caso, a partir de entonces su uso fue común en la mayoría de casos de quiebra extranacional que llegaron a los tribunales norteamericanos, fundamentalmente por parte de los jueces de Estados Unidos y Canadá, así como los de Estados Unidos y el Reino Unido.⁴²

3.1.1.2 Los principios de cooperación en casos de insolvencia transnacional entre países miembros del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. American Law Institute – ALI, Transnational Insolvency cases among the members of the NAFTA)

Aprobados en mayo del 2000 por el American Law Institute de los Estados Unidos, estos principios se dividen en tres partes. En primer lugar, los principios generales, entre los que resaltan: (i) la cooperación que debe existir entre los tribunales y los síndicos en situaciones de insolvencia internacional; (ii) el reconocimiento que debe dársele a un procedimiento de insolvencia en los países del NAFTA; y, (iii) la no discriminación que debe existir hacia acreedores con motivo de su nacionalidad, residencia o domicilio.

En segundo lugar, los principios procedimentales que describen los

⁴² Una lista de los protocolos firmados a la fecha puede consultarse en: <http://www.iiiglobal.org/intemational/protocols.html> y en: <http://www.globalinsolvency.com/insolvencias/crossborder.html>.

procedimientos para lograr la aplicación de dichos principios generales y a su vez versan sobre situaciones prácticas de cooperación entre los tribunales de los tres países, conforme la legislación vigente.

Finalmente, las recomendaciones legislativas, que sugieren modificaciones legislativas en los Derechos internos de los países, a fin de alcanzar un mayor grado de cooperación internacional (entre ellas se encuentra la adopción de la Ley Modelo UNCITRAL, lo que ya ha ocurrido, por ejemplo, en México).⁴³

3.1.1.3 Convención de la Unión Europea (UE) sobre procedimientos de insolvencia/Reglamento 1346/2000 de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia

En 1995, el Consejo de Ministros de la Unión Europea aprobó el texto de una convención sobre procedimientos de insolvencia, la cual (para entrar en vigencia) debía ser ratificada antes del 23 de mayo de 1996 por los quince países entonces miembros de la Unión Europea. Por razones extrajurídicas, el Reino Unido se negó a ratificarla, con lo cual finalmente dicha convención no pudo entrar en vigencia.

Siendo ello así, con la finalidad de incorporar dicho cuerpo normativo a los países miembros de la Comunidad, el Consejo de la Unión Europea, con

⁴³ Los principios pueden verse en inglés y español en:
<http://www.iiiglobal.org/intemational/guidelines.html>.

fecha 29 de mayo de 2000, decidió su adopción como “Reglamento”. El “Reglamento 1346/2000 de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia entró en vigencia el 31 de mayo de 2002 y es aplicable en todos los países de la Unión Europea, con excepción de Dinamarca.

El Reglamento consta de cuarenta y siete artículos divididos en cuatro capítulos: Disposiciones Generales (artículos 1 al 15), Reconocimiento del Procedimiento de Insolvencia (artículos 16 al 26), Procedimientos Secundarios de Insolvencia (artículos 27 al 42) y Disposiciones Transitorias y Finales (artículos 43 al 47).⁴⁴

En esa línea, para evitar que se creen incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado Miembro a otro en busca de una posición jurídica más favorable (“forum shopping”), el Reglamento prevé la existencia de un procedimiento universal que abarca todos los bienes del deudor, el cual se tramitará ante el Estado Miembro en que el deudor tenga su “centro de principales intereses” (W1 “procedimiento principal”), permitiendo también la existencia de procedimientos paralelos “secundarios” en el Estado Miembro en que el deudor tenga un establecimiento. En este último caso, los efectos de este procedimiento están limitados a los bienes situados en dicho Estado, incorporando el respectivo Reglamento de normas de coordinación.⁴⁵

⁴⁴ El Reglamento está disponible en:
http://europa.eu.int/eur-lex/pri/es/oj/dat/1601_16020000630es00010018.pdf

⁴⁵ Ver considerandos cuarto y doce del Reglamento.

En este escenario, el Reglamento prevé que la ley del Estado de apertura determine no solo establece las condiciones de apertura, procedimiento y culminación del procedimiento de insolvencia, sino también: (i) los deudores que pueden ser sometidos a un procedimiento de insolvencia; (ii) los activos y patrimonio que forman parte de la masa y el destino de los bienes adquiridos por el deudor luego de iniciado el procedimiento; (iii) las facultades con las que cuenta el deudor y del síndico; (iv) las circunstancias que permitiría oponerse a una compensación; (v) los efectos que tendría el procedimiento sobre los contratos vigentes y en lo que el deudor sea parte; (vi) los efectos del inicio del procedimiento de insolvencia sobre las ejecuciones que de manera individual se deben ejecutar; y, (vii) las normas referidas a la posibilidad de nulidad, anulación o oponibilidad de los actos que pudieran generar perjuicios al conjunto de acreedores.⁴⁶

3.1.1.4 Ley Modelo UNCITRAL sobre la insolvencia transfronteriza

En el año 1997, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, más conocida por sus siglas en inglés: UNCITRAL) aprobó una Ley Modelo sobre insolvencia transfronteriza.⁴⁷

⁴⁶ Artículo 4º del Reglamento.

⁴⁷ Como es sabido, una ley modelo es una propuesta de norma de naturaleza legislativa que se sugiere a los Estados incorporen en la medida de lo posible a su derecho interno. La incorporación de la ley modelo se podría hacer como está o incorporando algunas modificaciones al texto propuesto, lo que le otorga una flexibilidad y posibilidad de implementación que está naturalmente presente en los tratados internacionales. Es evidente que, cuanto más alto sea el número de modificaciones que se incorporen a la propuesta contenida ley modelo, menor será el grado de armonización que se pueda alcanzar. Por esto, se sugiere a los Estados que, al incorporar a su legislación la Ley Modelo, traten de introducir el menor número posible de cambios en su texto final (conforme al Punto III "La Ley

Sobre el particular, a diferencia del Reglamento sobre los procedimientos de insolvencia de la Unión Europea, la Ley Modelo referida no tiene reglas que indiquen la necesaria aplicación de una determinada ley ante un caso con elementos foráneos y no reemplaza, por ello, las normas que pudiera tener de manera interna cada país de Derecho Internacional Privado.

Los fines de la Ley Modelo están claramente especificados en su Preámbulo:

- a) Cooperación entre los tribunales y demás autoridades pertinentes de este Estado y además de los Estados extranjeros que han necesariamente de tener necesidad de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza;
- b) Una mayor seguridad jurídica para los negocios, el comercio y las inversiones en general;
- c) Una administración distributiva y eficiente de las insolvencias transfronterizas, de manera que se proteja los intereses de todas las partes, los acreedores y de los demás interesados, incluidos el propio deudor.
- d) La seguridad y protección de los bienes del deudor, así como la

maximización de su valor, además de otorgar facilidades para la reorganización de las empresas con dificultades financieras, a fin de lograr proteger el capital invertido, preservar el empleo y la competencia en el mercado interno.

La Ley Modelo consigna treinta y dos artículos divididos en cinco capítulos. El Capítulo Primero (artículos del 1º al 8º) incorpora Disposiciones Generales (ámbito de aplicación, definiciones, principios de interpretación, entre otros).

Por su parte, el Capítulo Segundo (artículos del 9º al 12º) está referido al acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado donde se tramite el procedimiento concursal, otorgándose facultades al representante extranjero para que pueda por sí mismo presentarse directamente ante un tribunal del país que adoptó la Ley Modelo⁴⁸ y para poder de esta manera solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia de conformidad con el derecho interno.⁴⁹ Asimismo, establece que los acreedores extranjeros tienen exactamente los mismos derechos que los acreedores nacionales para poder solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia y que por tanto no tendrán jamás un rango inferior al que pudieran tener los acreedores locales.⁵⁰

Siguiendo con lo anterior, el Capítulo Tercero (artículos del 15º al 24º) trata

⁴⁸ Artículo 9º de la Ley Modelo.

⁴⁹ Artículo 11º de la Ley Modelo.

⁵⁰ Artículo 13º de la Ley Modelo.

sobre el reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia y de las medidas que pueden ser otorgadas en el país. Estas normas legitiman al representante extranjero para que pueda solicitar ante el tribunal el reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia⁵¹; disponiendo que, a partir de dicho momento y como medida excepcional y transitoria, el tribunal puede suspender las medidas que impliquen ejecución sobre los bienes del deudor.⁵²

De igual manera, se establece que el reconocimiento del procedimiento extranjero puede ser como procedimiento extranjero principal o como un procedimiento extranjero secundario, y por tanto no principal. En caso que el deudor tenga el “*centro de sus principales intereses*” en el territorio del Estado del foro extranjero, el procedimiento se reconocerá como procedimiento extranjero principal; pero si no fuera así (y solo tiene actividades o algún establecimiento), se le deberá reconocer como procedimiento extranjero no principal.⁵³

Luego de efectuado debidamente el reconocimiento del procedimiento extranjero principal, la suspensión de las medidas de ejecución de bienes del deudor quedará firme y se podrán ordenar algunas otras medidas de naturaleza similar pero sólo a solicitud del representante extranjero (como por ejemplo la suspensión de los derechos de transferir o afectar bienes del

⁵¹ Artículo 15° de la Ley Modelo.

⁵² Artículo 19° de la Ley Modelo.

⁵³ Artículo 17° de la Ley Modelo.

deudor, encargar al representante legal extranjero la administración o venta o transferencia de los bienes del deudor, así como disponer la actuación de pruebas testimoniales o la producción de cualquier tipo de pruebas, etc.).⁵⁴

Seguidamente, en el Capítulo Cuarto (que va del artículo 25º al 27º) se regulan las cooperaciones entre los tribunales y representantes extranjeros. Estas disposiciones instituyen la obligación del tribunal de cooperar, en la medida de lo que pueda y sea posible, con los tribunales extranjeros o los representantes extranjeros, ya sea de manera directa o con el síndico.⁵⁵ Asimismo, se prevé que la manera de coordinación y articulación entre los procedimientos que pueden realizarse de cualquier manera y medio que el tribunal considere conveniente ejecutar con este fin (ya sea mediante la aprobación por parte el tribunal de acuerdos vinculados con la necesaria coordinación de procedimientos con el tribunal extranjero que sea necesario realizar).⁵⁶

Finalmente, el Capítulo Quinto (artículos del 28º al 32º) concentra normas particulares para lograr coordinar ciertos aspectos conflictivos que pudieran presentarse entre procedimientos paralelos de insolvencia de una misma persona jurídica.⁵⁷ De igual manera, se acuerda y prevé que (salvo prueba en contrario) el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

⁵⁴ Artículo 20º de la Ley Modelo.

⁵⁵ Artículo 25º de la Ley Modelo. Idéntico deber se establece en el artículo 26º.

⁵⁶ Artículo 27º de la Ley Modelo.

⁵⁷ Artículos 28º, 29º y 30º de la Ley Modelo.

constituirá una prueba incuestionable de que el deudor es insolvente para con ello poder iniciar un procedimiento específico de insolvencia de manera local⁵⁸. Por último, se establece que, en caso se realicen cobros parciales respecto de un crédito seguido en un procedimiento extranjero, no se podrán recibir nuevos cobros por el mismo crédito en el procedimiento local hasta que los demás acreedores no cobren un dividendo similar al percibido por dicho acreedor.⁵⁹

A la fecha, la Ley Modelo ha sido sancionada últimamente en Chile y Colombia y ya antes por parte de México, Japón, Sudáfrica, Rumania, Polonia, Montenegro, Eritrea y las Islas Vírgenes Británicas⁶⁰. A su vez, en la reforma al Derecho Concursal de los Estados Unidos de América, se incorporó (aunque con algunas modificaciones) la Ley Modelo como un nuevo capítulo (el “Chapter” o Capítulo 15) del Bankruptcy Code.⁶¹

3.1.1.5 Principios y líneas rectoras para los sistemas eficientes de insolvencia y derechos de los acreedores del Banco Mundial

En abril del año 2002, el Banco Mundial publicó sus “Principios y líneas rectoras para los sistemas eficientes de insolvencia y derechos de los acreedores”. Los treinta y cinco principios que constituyen el trabajo del

⁵⁸ Artículo 31° de la Ley Modelo.

⁵⁹ Artículo 32° de la Ley Modelo.

⁶⁰ Conforme se informa en el artículo de Farley, Ob., p. 28. Para más información, consultar <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral-texts/insolvency/1997Model-status.html>

⁶¹ La reforma fue introducida por la Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005, promulgada el 20 de abril de 2005, la cual entrará en vigencia el 17 de octubre de 2005.

Banco Mundial se refieren a los principales temas vinculados con los derechos de los acreedores y con la insolvencia, incluyendo procesos de reorganización y acuerdos extrajudiciales.

En ese sentido, el análisis de estos “Principios” excede largamente el propósito de este trabajo. Sin embargo, corresponde señalar que el principio N° 24, referido a “consideraciones internacionales”, describe (en concordancia con el tratamiento dado por la Ley Modelo) las principales cuestiones sobre el tema que las legislaciones sobre concursos deben regular:

- Los administradores de insolvencias de países extranjeros (síndicos) deben tener acceso directo al tribunal y a otras autoridades locales;
- Debe existir un claro y rápido procedimiento para obtener el reconocimiento de un procedimiento de insolvencia extranjero abierto, ello de conformidad con los estándares de jurisdicción internacionalmente reconocidos;
- Debe existir una suspensión de las acciones contra el deudor (o también llamado “stay”) en todos los países donde el deudor tenga bienes;
- No debe discriminarse a los acreedores por su nacionalidad, residencia o domicilio.

3.1.2 Aproximación conceptual

El presente acápite hace referencia a la insolvencia transfronteriza de las personas jurídicas públicas o privadas, las personas naturales y, en general, de todos aquellos sujetos de derecho distintos a los Estados individualmente considerados.

3.1.2.1 Insolvencia

La insolvencia tiene una serie de conceptualizaciones válidas, pero para entender de qué hablamos diremos que es, en sentido amplio, la incapacidad de un sujeto de derecho para satisfacer las deudas existentes u, entendido de otra manera, poder honrar sus obligaciones. Sin embargo, para la óptica concursal, ha sufrido una afortunada evolución, pues hace mucho ha dejado de ser una simple comparación patrimonial de activos contra pasivos caracterizada por la superioridad de los segundos frente a los primeros, esto es, por la existencia de un patrimonio neto negativo, para convertirse, con una visión más moderna y eficiente, en un término mucho más refinado, pudiendo entenderse también como un estado transitorio o temporal de incapacidad de pago, situación que permitiría, de ser el caso, la recuperación empresarial del agente económico en crisis y además el aumento de la confianza en la economía de los Estados.

Ante la multiplicidad de conceptos sobre la insolvencia, consideramos más

acertado y relevante el elaborado por Sagrera Tizón referido por el profesor Sotomonte. Así tenemos entonces que “la insolvencia es una situación patrimonial objetiva que impide al deudor hacer frente a sus obligaciones, bien sea de manera transitoria o definitiva, pudiendo inclusive conducirlo a suspender de manera definitiva sus pagos o a temer llegar a suspenderlos” (Sotomonte Mujica, 2009, pág. 26).

3.1.2.2 Carácter internacional o transfronterizo

Pasando al carácter transfronterizo de la insolvencia, éste se presenta cuando en el mismo se acredita la existencia de algún elemento internacional en las diligencias generadas a través de las actividades económicas y la interacción de naturaleza comercial que en muchos casos se ve afectada por la insolvencia; en otras palabras, cuando sea necesaria la aplicación de una norma foránea, un activo, un acreedor y, cuando en general, algún elemento de un país diferente de aquel en el que domicilia el deudor.

Así debemos sostener que incluso en la doctrina existieron posiciones interesantes a decir de (Graziabile, 2006):

Originariamente existieron dos posiciones –estatuto personal o estatuto real– que luego fueron dejadas de lado por la discusión entre quiebra única o plural o sobre la extraterritorialidad o no del concurso. La tesis del estatuto personal sostenía que produciendo la quiebra una *capitis diminutio* respecto de la persona del fallido, considerándolo un incapaz, las leyes que

determinan esta, es decir, las de su domicilio, tienen efectos internacionales. Superada la idea del fallido incapaz, cayó esta doctrina que propiciaba una unidad falimentaria internacional. En cambio, los sostenedores del estatuto real afirmaban que atento a regir la quiebra el patrimonio del quebrado, debía aplicársele la ley de lugar donde se encontraban los bienes sin poder extender sus efectos más allá del límite de su territorio. Propiciábase así un sistema de pluralidad concursal internacional. (págs. 110-111).

En este orden de ideas, son varios los factores que nos llevan a calificar una insolvencia como un caso de insolvencia transfronteriza: la existencia de acreedores domiciliados en distintos Estados (situación que los afecta no solo patrimonialmente sino también de manera procesal y sustancial en virtud del principio de universalidad subjetiva, el mismo que veremos a través del acápite siguiente), la existencia de bienes del deudor en países diferentes a aquel de su domicilio (situación relacionada con el principio de universalidad objetiva, el mismo que también veremos en el siguiente acápite), el lugar de celebración de los contratos mediante los que el deudor contrajo sus obligaciones (así como el lugar de ejecución de los mismos cuando quiera que uno u otro sea distinto al domicilio del deudor), la ley aplicable a dichos contratos cuando las partes hayan pactado una distinta a la del lugar de ejecución o celebración del contrato o del domicilio del deudor, el foro competente para la resolución de conflictos generados con base en los contratos, la posibilidad de que se inicien en dos o más jurisdicciones procedimientos concursales, etc.

3.1.2.3 Síntesis conceptual e implicaciones

Partiendo de los conceptos analizados en los dos sub-acápites anteriores, podemos sintetizar el concepto de insolvencia transfronteriza, a efectos del presente trabajo, como aquella situación patrimonial objetiva que impide al deudor hacer frente a sus obligaciones, ya sea de manera transitoria o definitiva o permanentemente, pudiendo incluso llevarlo a cesar en sus pagos de manera definitiva o a tener temores fundados de que ello ocurriese; se ha exteriorizado bien sea por sí sola o por confesión del deudor, de tal forma que ha dado inicio a un concurso o debe llegar a hacerlo; y que involucra a su vez algún ingrediente internacional derivado de la malla que se genera a través de la actividad y el natural intercambio comercial; en otras palabras, cuando exista una disposición aplicable, un bien, un acreedor, un activo y, en general, algún elemento de un país diferente a aquel en el que el deudor domicilia.

Ahora bien, es necesario tener presente cuáles son las principales implicaciones y problemáticas de un caso de insolvencia de carácter transfronterizo, entre las que encontramos:

- Jurisdicción, relativo a la autoridad competente para adelantar el trámite y al Estado en que debe adelantarse;
- Reconocimiento y efectos del trámite del procedimiento en los diferentes países implicados;
- Presentación o solicitud de créditos;

- Prelación legal y adjudicación de bienes;
- Cooperación entre autoridades de diferentes jurisdicciones;
- Coexistencia de procesos o trámites, etc.

Todas las implicaciones citadas resaltan, consideramos, dos temas primordiales: el primero, el derecho internacional privado de cada Estado y sus normas pertinentes de cara a resolver los conflictos de leyes; el segundo, la condición de norma de orden público que cobija a las leyes de insolvencia.

Todo lo anterior refuerza la necesidad de unificación o, cuando menos, armonización de las normas concursales aplicables a casos de insolvencia transfronteriza.

3.1.3 Principios Rectores de la Insolvencia

En materia de insolvencia transfronteriza, las distintas iniciativas armonizadoras contemplan la existencia de dos principios internacionales opuestos entre sí, que a su vez dan origen a una tercera tendencia que los entremezcla, tomando sus virtudes y desechando sus falencias, para dar una adecuada solución a la problemática transfronteriza.

3.1.3.1 Ámbito local

Sin importar el sistema jurídico ante el que nos encontremos o los varios subsistemas en que éste se pueda dividir, en materia de Derecho

Concursal podemos concluir sin posibilidad de error que tanto los países de tradición romano-germánica como los del sistema anglosajón coinciden en la aplicación, con distinta intensidad, de un cúmulo de principios plenamente identificables. Estos principios y su aplicabilidad tienden a ser afectados por el espíritu de cada una de las legislaciones en materia de insolvencia, esto es, en aquellas que son radicalmente favorables al deudor, los encontraremos reflejados de una manera distinta a como los expresan las legislaciones favorables al acreedor, así como también diferirá su aplicación en los ordenamientos que han encontrado un equilibrio entre los derechos del acreedor, los del deudor y el interés público.

Ahora bien, retomando el tema de los principios concursales y su aplicación en el ámbito local, vale la pena resaltar que aquellos que presentan una mayor uniformidad en su aplicación al interior de los distintos Estados son los de universalidad objetiva, universalidad subjetiva e igualdad.

Las diferentes legislaciones concuerdan en que las implicaciones y noción de los principios concursales es la siguiente:

3.1.3.1.1 La oficiosidad

Este principio tiene dos facetas, la primera hace referencia a la posibilidad de que un proceso o

procedimiento concursal sea iniciado por la autoridad competente sin que fuera necesario solicitud del deudor o de algún acreedor; le segunda, a que el impulso procesal no depende de las partes pues el juez estará obligado a actuar pese a la inactividad de aquellas.

3.1.3.1.2 La universalidad subjetiva

Al hablar de universalidad subjetiva, en materia de Derecho Concursal debemos entender que esta está referida a la totalidad, unidad y existencia. Totalidad referida a que no es posible asumir un concurso sin la participación, en principio, de todos y cada uno de los acreedores del deudor sometido a estos procedimientos, esto es, en la gran mayoría de sistemas concursales, ya que se hace indispensable y necesaria, cuando menos el derecho a hacerlo, la intervención de todos los acreedores sin importar origen, naturaleza o la cuantía de sus créditos. Unidad por cuanto en principio no permite la existencia de más de un procedimiento o proceso concursal del mismo insolvente dentro de la misma jurisdicción; y, existencia, en el sentido de que sean y acrediten todos los acreedores del deudor los que tengan esa condición al momento de iniciarse el concurso.

3.1.3.1.3 La universalidad objetiva

Mediante este principio se busca referirse al patrimonio del deudor concursado como garantía común y general de los acreedores, el cual, al verse como una universalidad jurídica, que de alguna manera garantiza los derechos de crédito de todos los interesados en el proceso con el concursado, debe ser visto como el elemento fundamental del concurso a tramitarse.

3.1.3.1.4 La igualdad

La igualdad, siendo consecuencia de la universalidad subjetiva, hace referencia al trato que deben recibir a todos los acreedores al interior del concurso, ya sea este liquidatorio, de naturaleza reestructuradora o recuperatorio. Tenemos entonces que al tener derecho a participar todos los acreedores del deudor concursado en un único procedimiento, el trato que se les debe dispensar a los acreedores debe ser equitativo e igualitario y sin ningún tipo de distinción.

3.1.3.2 Ámbito internacional

Frente a la problemática que presentan los casos de insolvencia transfronteriza, la comunidad académica extranjera, así como varias organizaciones y grupos de intelectuales que buscan lograr la unificación del derecho en el ámbito internacional, han trabajado e investigado esta materia y han desarrollado una serie de principios sobre las que se debería de construirse el Derecho Concursal Internacional, habiendo logrado consensuar los llamados principios de insolvencia transfronteriza, los mismos que por su propia naturaleza tienen un contenido eminentemente procedimental, buscan cuando menos lograr garantizar la debida aplicación de los principios generales del Derecho Concursal, ya sea a nivel local o de manera transfronteriza.

Debemos dejar claro que hay varias teorías que fueron forjadas para tratar de regular las situaciones de insolvencia transfronteriza en las que pudiesen existir varias jurisdicciones, leyes y foros involucrados, también es claro que proporcionan claridad sobre la aplicabilidad del principio de universalidad en sus distintas formas, la igualdad y la oficiosidad, tratando de asegurar así la continuidad de la actividad económica, la debida protección del crédito afectado por estos estadios de insolvencia, la economía y también los derechos de los acreedores involucrados. Estas teorías son básicamente los siguientes:

3.1.3.2.1 La de unidad-universalidad

La particularidad esencial de esta teoría radica en la

posibilidad de asumir la existencia de un único procedimiento concursal, sin importar lugar, jurisdicción o país en donde se encuentren ubicados en general los bienes del deudor o sus acreedores. Garantizando el respeto al espíritu, finalidad y principios del Derecho Concursal, con una perspectiva universal y cuya aplicación debiera ser acreditada por la autoridad pertinente. Sus características primordiales son:

3.1.3.2.1.1 Universalidad subjetiva

En lo que a este principio respecta, debemos asumir que bajo esta teoría que el único procedimiento resulta vinculante para todos los acreedores del deudor concursado, lo que obliga a todos éstos a participar en el trámite incoado, ya sea liquidatorio o recuperatorio, sin tener trascendencia el hecho objetivo de ser un acreedor local o extranjero, la ley aplicable a los contratos suscritos, la fuente y origen de las obligaciones contraídas o sus vicisitudes. En otras palabras, existirá un único concurso a nivel mundial –trámite o procedimiento- al que se verán abocados todos y cada uno de los acreedores del deudor y que producirá efectos sobre ellos,

quedando atados a las resultas de aquel, sin importar su ausencia o disidencia.

3.1.3.2.1.2 Universalidad objetiva

Todo el patrimonio (los bienes, activos y pasivos) del deudor es abarcado por el único procedimiento concursal, con independencia de la ubicación de dichos bienes, constituyéndose en la masa del concurso y en verdadera garantía o prenda general de los acreedores del concursado.

3.1.3.2.1.3 Autoridades involucradas

La competencia para la iniciación y trámite del proceso concursal recae en las autoridades del Estado en el que el deudor tenga su domicilio o sede social principal, o centro principal de intereses.

3.1.3.2.1.4 Reconocimiento

En todos los países en los que el deudor concursado tenga patrimonio, las decisiones

emanadas dentro del único procedimiento concursal propuesto tienen efectos y son de obligatorio cumplimiento. Del mismo modo, el oficial de insolvencia (síndico, administrador, liquidador, promotor, agente especial, etc.) designado en dicho proceso tiene poderes, en principio ilimitados, sobre el patrimonio y los activos del deudor sin importar su localización.

3.1.3.2.2 La pluralidad-territorialidad

Oponiéndose al principio de unidad-territorialidad que aboga por un único proceso concursal en el mundo por cada deudor, la nota más importante de esta teoría radica en la posibilidad de concurrencia de múltiples procesos concursales frente a un mismo deudor, multiplicidad de concursos que estará vinculado al número de Estados en los que el deudor pudiera tener bienes y patrimonio. Para ello esto se regula de la siguiente manera:

3.1.3.2.2.1 Universalidad subjetiva

Cada proceso individual y particularmente considerado implica sólo a los acreedores domiciliados en el país en el que se tramita el

proceso y a los que aun domiciliando en el extranjero tienen como base de su acreencia una prestación relacionada con dicho Estado. Notamos entonces como en este caso la universalidad subjetiva se establece en relación a la nacionalidad y domicilio del acreedor y a las características de crédito que lo sostiene.

3.1.3.2.2 Universalidad objetiva

Está vinculado a que se aplica sobre los bienes del deudor que se encuentren ubicados en la jurisdicción del país donde se inició el concurso. En otras palabras, el concurso solo produce efectos locales, quedando incólumes en lo que al proceso respecta, todos aquellos activos que el deudor posea en otros países, desfigurando el concepto del patrimonio como prenda general de los acreedores.

3.1.3.2.3 Autoridades involucradas

Serían competentes para iniciar estos procesos concursales las autoridades administrativas o judiciales, según sea el caso, de

los países en los que el deudor concursado tenga bienes o patrimonio.

Reconocimiento

Las resoluciones que pudieran expedir las autoridades competentes tienen efectos limitados dentro de las fronteras del Estado en que se emiten.

3.1.3.3 Tendencia ecléctica o intermedia

En realidad y en la actualidad, ninguna de las legislaciones que han rectado y asumido alguna de las múltiples iniciativas unificadoras y armonizadoras del Derecho Concursal aplican íntegramente alguna de las teorías antes referidas, a saber, la de unidad-universalidad o la de pluralidad-territorialidad; pues es evidente que las iniciativas mismas tienden a mezclar su posibilidad de aplicación que aparentemente son incongruentes e incluso opuestas. Este problema objetivo ha dado origen a la creación de una tercera opción que la doctrina en general conviene en denominar ecléctica o intermedia, la que permite en principio la posibilidad de la existencia de varios procedimientos en distintas jurisdicciones, pero

estableciendo que uno de ellos sería el concurso principal mientras que todos los demás serían procesos concursales secundarios.

La característica principal de este sistema está en el hecho objetivo que el procedimiento principal se iniciará en el Estado en que el deudor tenga su sede principal o su domicilio principal o tenga su centro principal de intereses, tal y como lo regula la teoría de la unidad-universalidad, mientras que los procedimientos secundarios se instauraran en aquellos países en los que el deudor concursado tenga alguna actividad comercial o bienes como lo sugiere la teoría de la pluralidad-territorialidad antes referida.

Hay que tener claro que los acreedores tienen la obligación de participar en todos los procesos concursales, y en ellos se garantizarán sus derechos como partícipes de estos concursos.

De este sistema ecléctico se deriva otro, cuya aplicación es muy similar pero que no considera ninguno de los procedimientos como procedimiento principal, dando la misma categoría y jerarquía a todos y cada uno de los procedimientos de insolvencia que cursen contra el deudor,

pero imponiéndoles la obligación necesaria de colaborar y cooperar entre ellos. En otras palabras, debe existir un flujo de información, coordinación y cooperación entre las autoridades de los distintos Estados involucrados, de cara a proteger los principios y la finalidad del Derecho Concursal.

3.2 Quiebra Transfronteriza en el Derecho Comparado

La quiebra o insolvencia transfronteriza en cuanto a sus objetivos principales no se diferencia en demasía de los que son los propósitos del mismo Derecho Concursal universal así lo sostiene el profesor (Gebhardt, 2009) que dice:

La orientación general del derecho comparado en la materia concursal, tanto legislativa como doctrinalmente, se dirige por un lado a la conservación y a la recuperación de la empresa en marcha, al procurar que ésta logre superar las dificultades económico-financieras. Por otro lado, está orientada hacia la tutela del crédito, es decir, de los acreedores, a menudo constituidos en junta, como órgano concursal, o simplemente considerados como conjunto de sujetos afectados por el incumplimiento del deudor a sus obligaciones. (pág. 151).

3.2.1 Quiebra Transfronteriza en Chile

Debemos referir que a decir de (Baeza, 2011) que:

El derecho concursal chileno inicialmente se basó en las normas españolas. Posteriormente, en 1865, se emite el Código de Comercio, inspirado en la legislación francesa, que regulaba la materia concursal en su Libro IV. Dicho dispositivo legal, en su artículo 1325, establecía el concepto de quiebra como “el estado del comerciante que cesa en el pago de sus obligaciones mercantiles”, complementando ello con el artículo 1327 que precisaba que, no se requiere una cesación de pagos general para que se constituya el estado de quiebra. Adicionalmente, su artículo 1326 establecía que, si los acreedores de manera unánime otorgaban a su deudor plazos adicionales para el pago de sus acreencias, la suspensión de pagos no significaba estar en estado de quiebra. (Baeza Ovalle, 2011).

En 1929 termina la vigencia del Código de comercio, año en que se emite la Ley de Quiebras 4.558, vigente hasta 1982, reemplazada por la ley 18.175, en la que se concibe la quiebra como un estado excepcional, ocasionado por la cesación de pagos del deudor y, por

la declaración judicial que daba lugar a dicho estado de quiebra. Esta ley tuvo su última modificación con la Ley 20.080 en el 2005 y estuvo vigente hasta el 2014, con la emisión de la Ley 20.720.

La Ley de Insolvencia y Reemprendimiento 20.720, promulgada el 30 de diciembre de 2013 y publicada el 09 de enero de 2014, ley en materia concursal de Chile, “Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo”, regula en su capítulo VIII la Insolvencia Transfronteriza, basada en la Ley Modelo de UNCITRAL, creada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, siendo esta regulación uno de los cambios resaltantes y novedosos que se plasmó en la ley concursal chilena.

Dicha ley, establece como finalidad el establecimiento de mecanismos que permitan resolver de manera eficaz los casos de insolvencia transfronteriza, basado en 5 objetivos: cooperación entre tribunales y organismos extranjeros, seguridad jurídica en las relaciones comerciales, protección de intereses de la masa de acreedores nacionales y extranjeros, protección de los

bienes del deudor optimizando su valor y, facilitar la reorganización de empresas en crisis:

Título 1. De las disposiciones generales

Artículo 299.- Finalidad.

La finalidad del presente Capítulo es establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza con miras a promover el logro de los objetivos siguientes:

- a. La cooperación entre los tribunales y demás organismos involucrados en los Procedimientos Concursales de Chile y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza;
- b. Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones;
- c. Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas que proteja los intereses de todos los acreedores, nacionales o extranjeros, y de las demás partes interesadas, incluido el Deudor;
- d. La protección de los bienes del Deudor y la optimización de su valor, y
- e. Facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo. (Ley 20720 Chile)

Respecto del ámbito de aplicación, se establecen 4 supuestos; sin embargo se precisa que no es aplicable a los procedimientos concursales regulados por la Ley de

Bancos y Ley 251, respecto de empresas de seguros, sociedades anónimas y bolsas de trabajo:

Artículo 300.- Ámbito de aplicación. El presente Capítulo será aplicable a los casos en que:

- a. Un tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia a los tribunales competentes, administradores concursales y demás organismos involucrados en los Procedimientos Concuriales con arreglo a esta ley u otras normas especiales relativas a la insolvencia en relación con un procedimiento extranjero;
- b. Se solicite asistencia en un Estado extranjero en relación con un procedimiento concursal que se esté tramitando con arreglo a esta ley o con arreglo a otras normas especiales relativas a la insolvencia;
- c. Se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento concursal extranjero y un Procedimiento Concursal en Chile con arreglo a esta ley u otras normas especiales relativas a la insolvencia, o
- d. Los acreedores u otras personas interesadas, que estén en un Estado extranjero, tengan interés en solicitar el inicio de un procedimiento concursal o en participar en un procedimiento concursal que se esté tramitando con arreglo a esta ley u otras normas especiales relativas a la insolvencia.

El presente Capítulo no será aplicable a los procedimientos concursales regulados por la Ley General de Bancos y por el decreto con fuerza de ley N° 251, del Ministerio de Hacienda, de 1931, sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio. (Ley 20720 Chile)

El artículo 301 define los conceptos de términos que serán utilizados en el procedimiento, esencial para poder aplicar adecuadamente la norma.

Artículo 301.- Definiciones. Para los fines de este Capítulo, se entenderá:

- a. Por "procedimiento extranjero", el procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo, incluido el de índole provisional, que se tramite en un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa a la insolvencia y en virtud del cual los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o a la supervisión del tribunal o representante extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación;
- b. Por "procedimiento extranjero principal", el procedimiento extranjero que se tramite en el Estado donde el deudor tenga su domicilio, entendiéndose por tal el centro de sus principales intereses;
- c. Por "procedimiento extranjero no principal", un procedimiento extranjero, que no sea un procedimiento extranjero principal, que se tramite en un Estado donde el deudor tenga un

establecimiento en el sentido de la letra f) del presente artículo;

- d. Por "representante extranjero", la persona o el órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor o para actuar como representante del procedimiento extranjero,
- e. Por "tribunal extranjero", la autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control, tramitación o supervisión de un procedimiento concursal extranjero;
- f. Por "establecimiento", todo lugar de operaciones en que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios;
- g. Por "administradores concursales", el Liquidador, el Veedor y el administrador de la continuación de las actividades económicas del deudor que participen en Procedimientos Concursales de acuerdo a esta ley, y
- h. Por "tribunal competente", el tribunal que le hubiere correspondido o que le correspondiera conocer de un Procedimiento Concursal con arreglo a esta ley, o, en el caso que el Deudor no tuviese su domicilio en Chile, cualquiera de los tribunales con competencia en lo civil donde se encontraren situados los bienes del Deudor en el territorio del Estado de Chile. (Ley 20720 Chile)

Se establece además que, en caso de existir un conflicto entre lo regulado sobre obligaciones en la insolvencia transfronteriza y en un tratado, prevalecerán los tratados.

Artículo 302.- Obligaciones internacionales del Estado.

En caso de conflicto entre este Capítulo y una obligación del Estado de Chile nacida de un tratado u otra forma de acuerdo en el que Chile sea parte con uno o más Estados donde se estén tramitando los procedimientos extranjeros, prevalecerán las disposiciones de ese tratado o acuerdo. (Ley 20720 Chile)

Respecto de la competencia para reconocer los procedimientos concursales extranjeros, se establece un orden: tribunales ordinarios de justicia, tribunales arbitrales, la Superintendencia y los administradores concursales:

Artículo 303.- Tribunal o autoridad competente.

Las funciones a las que se refiere el presente Capítulo relativas al reconocimiento de procedimientos concursales extranjeros serán ejercidas por los tribunales ordinarios de justicia, los tribunales arbitrales cuando les correspondiere intervenir y por la Superintendencia cuando se hubiese iniciado un Procedimiento Concursal de Renegociación de la Persona Deudora, y en materia de cooperación con tribunales extranjeros

serán ejercidas además por los administradores concursales cuando así les fuere requerido por la Superintendencia. (Ley 20720 Chile)

En cuanto a la actuación en un Estado extranjero en representación de un procedimiento iniciado en el país, dicha facultad le es otorgada a la Superintendencia; teniendo está el poder de poder delegar dicha facultad en un administrador concursal.

Artículo 304.- Autorización para actuar en un Estado extranjero.

La Superintendencia será el órgano legitimado para actuar en un Estado extranjero en representación de un procedimiento iniciado en Chile con arreglo a esta ley o a toda otra norma especial relativa a la insolvencia, en la medida en que lo permita la ley extranjera aplicable.

La Superintendencia podrá delegar esta autorización para actuar en el administrador concursal que esté conociendo del procedimiento. La responsabilidad civil y administrativa en la que pudieren incurrir en el ejercicio de sus funciones en un procedimiento extranjero se hará valer de acuerdo a los términos establecidos en esta ley. (Ley 20720 Chile)

La Superintendencia y los tribunales tienen el derecho de negarse a adoptar medidas dictadas por un tribunal extranjero, en caso este atente el orden público:

Artículo 305.- Excepción de orden público.

Lo dispuesto en el presente Capítulo no impedirá que el tribunal competente y la Superintendencia se nieguen a adoptar una medida específica dictada por un tribunal extranjero contraria al orden público de Chile. (Ley 20720 Chile)

Respecto de los representantes y acreedores extranjeros facultados y reconocidos por Chile, se establece que los mismos tienen legitimidad para comparecer ante cualquier tribunal chileno, condicionado a que sea a través de un abogado habilitado.

Artículo 308.- Derecho de acceso directo.

Todo representante extranjero facultado en el país donde se lleve el procedimiento de insolvencia y reconocido como tal por las autoridades chilenas competentes, estará legitimado para comparecer directamente ante un tribunal del Estado de Chile. En cualquier caso, la comparecencia de dicho representante extranjero ante un tribunal del Estado de Chile deberá efectuarse siempre por medio de un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión. (Ley 20720 Chile)

La solicitud de reconocimiento del procedimiento iniciado y reconocido en el extranjero, versa sólo sobre materia concursal:

Artículo 309.- Presentación de la solicitud ante el tribunal competente.

El solo hecho de la presentación de una solicitud, con arreglo al presente Capítulo, ante un tribunal competente por un representante extranjero no supone la sumisión de éste ni de los bienes y negocios del deudor en el extranjero, a la jurisdicción de los tribunales competentes para efecto alguno que sea distinto de la solicitud. (Ley 20720 Chile)

El reconocimiento del representante extranjero le permite participar en todo el procedimiento:

Artículo 311.- Participación de un representante extranjero en un procedimiento iniciado en los términos dispuestos en el presente Capítulo.

A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero estará facultado para participar en todo procedimiento que se haya iniciado respecto del deudor en los términos dispuestos en este Capítulo. (Ley 20720 Chile)

El trato igualitario aplica tanto para los acreedores nacionales como para los extranjeros; sujetándose al orden de prelación regulado en el Código Civil chileno y leyes especiales aplicables:

Artículo 312.- Acceso de los acreedores extranjeros a un procedimiento seguido con arreglo a esta ley.

Los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto del inicio de un Procedimiento Concursal y de la participación en él con arreglo a esta ley.

Los acreedores extranjeros se sujetarán al orden de prelación de los créditos contenido en el Título XLI del Libro IV del Código Civil y en las demás leyes especiales aplicables, en todos los Procedimientos Concursales iniciados con arreglo a la presente ley. (Ley 20720 Chile)

La norma establece que se debe notificar a todos los acreedores en el extranjero conforme a lo dispuesto por la propia ley.

Artículo 313.- Notificación a los acreedores en el extranjero con arreglo a esta ley.

Todas las notificaciones que deban practicarse conforme a este Capítulo serán efectuadas en la forma y los plazos establecidos en esta ley, salvo que el tribunal competente considere que alguna otra forma de notificación sea más adecuada de acuerdo a las circunstancias del caso. (Ley 20720 Chile)

A efectos de que se reconozca el procedimiento extranjero, se faculta al representante a presentar dicha solicitud, debiendo este cumplir con determinados requisitos y documentos:

Artículo 314.- Solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero.

- 1) El representante extranjero podrá solicitar ante el tribunal competente el reconocimiento del procedimiento extranjero en el que haya sido nombrado.
- 2) Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de:
 - a. Una copia autorizada de la resolución en la que se declare iniciado el procedimiento extranjero y se nombre el representante extranjero; o
 - b. Un certificado expedido por el tribunal extranjero en el que se acredite la existencia del procedimiento extranjero y el nombramiento del representante extranjero; o
 - c. Cualquier otro documento emitido por una autoridad del Estado extranjero en cuyo territorio se haya abierto el referido procedimiento, y que permita al tribunal competente llegar a la plena convicción de su existencia y del nombramiento del representante extranjero.
- 3) Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de una declaración en la que se indiquen debidamente los datos de todos los procedimientos extranjeros iniciados respecto del deudor de los que tenga conocimiento el representante extranjero.

Todo documento presentado en apoyo de una solicitud de reconocimiento debe ser acompañado traducido al idioma castellano.

Todos los documentos públicos emitidos en el extranjero a los que se refiere el presente Capítulo deberán acompañarse legalizados de acuerdo al artículo 345 del Código de Procedimiento Civil, para su validez legal en Chile. Las comunicaciones que realicen los distintos tribunales intervinientes en un proceso de insolvencia transfronteriza no deberán sujetarse a las normas de los exhortos internacionales, bastando la certificación que se haga en el proceso por el Secretario del tribunal competente, del hecho de la comunicación y su contenido. (Ley 20720 Chile)

Artículo 315.- Presunciones relativas al reconocimiento.

- 1) Si la resolución o el certificado a que se hace referencia en el número 2) del artículo 314 indican que el procedimiento extranjero y el representante extranjero pueden ser calificados como tales conforme al presente Capítulo, el tribunal estará a lo señalado en el certificado o resolución acompañada.
- 2) Los documentos que sean presentados en apoyo de la solicitud de reconocimiento se entenderán auténticos si están legalizados con arreglo al artículo anterior.
- 3) Salvo prueba en contrario, se presumirá que el domicilio social del deudor o su residencia habitual, si se trata de una persona natural, es el centro de sus principales intereses. (Ley 20720 Chile)

La norma establece los supuestos en los que se otorga el reconocimiento del procedimiento extranjero, el tipo de procedimiento y además, la posibilidad de que dicho reconocimiento sea modificado o revocado, siempre que existan motivos acreditados:

Artículo 316.- Resolución de reconocimiento de un procedimiento extranjero.

- 1) Salvo lo dispuesto en el artículo 305, se otorgará reconocimiento a un procedimiento extranjero cuando:
 - a. El procedimiento extranjero sea un procedimiento en el sentido de la letra a) del artículo 301;
 - b. El representante extranjero que solicite el reconocimiento sea una persona o un órgano en el sentido de la letra d) del artículo 301;
 - c. La solicitud cumpla los requisitos del número 2) del artículo 314, y
 - d. La solicitud haya sido presentada ante el tribunal competente conforme al artículo 303.
- 2) Se reconocerá el procedimiento extranjero:
 - a. Como procedimiento extranjero principal, si se está tramitando en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses, o
 - b. Como procedimiento no principal, si el deudor tiene en el territorio del Estado del

foro extranjero un establecimiento en el sentido de la letra f) del artículo 301.

- 3) Se dictará a la mayor brevedad posible la resolución relativa al reconocimiento de un procedimiento extranjero.
- 4) Lo dispuesto en el presente artículo y en los artículos 314, 315 y 317 no impedirá que se modifique o revoque el reconocimiento en caso de demostrarse la ausencia parcial o total de los motivos por los que se otorgó, o que esos motivos han dejado de existir. (Ley 20720 Chile)

Una vez presentada la solicitud de reconocimiento del procedimiento extranjero, el representante tiene la obligación de proporcionar al tribunal competente toda información relativa al procedimiento en trámite y a los que pudieran surgir respecto del deudor concursado.

Artículo 317.- Deber de información continua.

A partir del momento en que se presente la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero informará sin demora al tribunal competente de:

- a) Todo cambio importante en la situación del procedimiento extranjero reconocido o en el nombramiento del representante extranjero, y
- b) Todo otro procedimiento extranjero que se siga respecto del mismo deudor y del que tenga conocimiento el representante extranjero. (Ley 20720 Chile)

Una vez presentada la solicitud de reconocimiento del procedimiento extranjero, sin que se haya resuelto la misma, el tribunal competente podrá otorgar o denegar medidas provisionales (cautelares)

Artículo 318.- Medidas que se pueden adoptar a partir de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero.

- 1) Desde la presentación de una solicitud de reconocimiento hasta que se resuelva dicha solicitud, el tribunal competente podrá, a instancia del representante extranjero y cuando las medidas sean necesarias y urgentes para proteger los bienes del deudor que se encuentren en el territorio del Estado de Chile o los intereses de los acreedores, otorgar medidas provisionales, incluidas las siguientes:
 - a. Suspender toda medida de ejecución individual contra los bienes del deudor;
 - b. Encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona designada por el tribunal competente, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor que se encuentren en el territorio del Estado de Chile, para proteger y preservar el valor de aquellos que, por su naturaleza o por circunstancias concurrentes, sean perecederos, expuestos a devaluación o estén amenazados por cualquier otra causa, y

- c. Aplicar cualquiera de las medidas previstas en las letras c) y d) del número 1) del artículo 320.
- 2) Para los efectos del presente artículo será aplicable lo dispuesto en el artículo 313.
- 3) A menos que se prorroguen con arreglo a lo previsto en la letra f) del número 1) del artículo 320, las medidas adoptadas con arreglo al presente artículo quedarán sin efecto cuando se dicte una resolución sobre la solicitud de reconocimiento.
- 4) El tribunal competente podrá denegar toda medida prevista en el presente artículo cuando esa medida afecte al desarrollo de un procedimiento extranjero principal. (Ley 20720 Chile)

Desde el reconocimiento del procedimiento extranjero principal y durante la duración de este, se genera efectos de suspensión de acciones o procedimientos vinculados a los bienes, derechos, responsabilidades y obligaciones del deudor y las medidas que hubiesen podido dictarse sobre sus bienes. Además, no podrán grabar los mismos.

Artículo 319.- Efectos del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal.

- 1) A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero que sea un procedimiento principal, y durante el período en que se tramite el referido procedimiento:

- a. Se suspenderá el inicio o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor.
 - b. Se suspenderá asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor, y
 - c. Se suspenderá todo derecho a transferir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes.
- 2) El alcance, la modificación y la extinción de los efectos de suspensión tratados en el presente artículo estarán supeditados a lo establecido en la presente ley y se referirán exclusivamente a aquellos bienes que se encuentren en el territorio del Estado de Chile.
 - 3) La letra a) del número 1) del presente artículo no afectará al derecho de iniciar acciones o procedimientos individuales en la medida en que ello sea necesario para preservar un crédito contra el deudor.
 - 4) Lo dispuesto en el número 1) del presente artículo no afectará el derecho a solicitar el inicio de un Procedimiento Concursal con arreglo a esta ley o a verificar créditos en el procedimiento respectivo. (Ley 20720 Chile)

Así también, el reconocimiento del procedimiento concursal extranjero permite a los tribunales competentes, entre otros, adoptar medidas necesarias para proteger los bienes del deudor, ubicados en Chile

Artículo 320.- Medidas que se pueden adoptar a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero.

- 1) Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero, ya sea principal o no principal, de ser necesario para proteger los bienes del deudor que se encuentren en el territorio del Estado de Chile o los intereses de los acreedores, el tribunal competente podrá, a instancia del representante extranjero, dictaminar las medidas que procedan, incluidas las siguientes:
 - a) Suspender la iniciación o la continuación de acciones o procedimientos individuales relativos a los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor, en cuanto no se hayan paralizado con arreglo a la letra a) del número 1) del artículo 319;
 - b) Suspender, asimismo, toda medida de ejecución contra los bienes del deudor, en cuanto no se haya paralizado con arreglo a la letra b) del número 1) artículo 319;
 - c) Suspender el ejercicio del derecho a transferir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de esos bienes de algún otro modo, en cuanto no se haya suspendido ese derecho con arreglo a la letra c) del número 1) del artículo 319;
 - d) Disponer el examen de testigos, la presentación de pruebas o el suministro de información respecto de los bienes,

- negocios, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;
- e) Encomendar al representante extranjero o a alguna otra persona nombrada por el tribunal competente, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor, que se encuentren en territorio chileno;
 - f) Prorrogar toda medida cautelar otorgada con arreglo al número 1) del artículo 318, y
 - g) Conceder cualquier otra medida que, conforme a esta ley, sea otorgable al administrador concursal.
- 2) A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, principal o no principal, el tribunal competente podrá, a instancia del representante extranjero, encomendar al representante extranjero, o a otra persona nombrada por el tribunal competente, la distribución de todos o de parte de los bienes del deudor que se encuentren en el territorio chileno, siempre que el tribunal competente se asegure de que los intereses de los acreedores en el Estado de Chile están suficientemente protegidos.
- 3) Al adoptar medidas con arreglo a este artículo a favor del representante de un procedimiento extranjero no principal, el tribunal competente deberá asegurarse de que las medidas atañen a bienes que, con arreglo al derecho chileno, hayan de ser administrados en el marco del procedimiento extranjero no principal o que atañen a información requerida en ese

procedimiento extranjero no principal. (Ley 20720 Chile)

Si bien es cierto se faculta a los tribunales competentes a otorgar medidas previsionales, estas deben darse con la debida protección de los acreedores y terceros interesados en el procedimiento, inclusive el deudor.

Artículo 321.- Protección de los acreedores y de otras personas interesadas.

- 1) Al conceder o denegar una medida con arreglo a los artículos 318 ó 320 o al modificarla o dejarla sin efecto con arreglo al número 3) del presente artículo, el tribunal competente deberá asegurarse de que quedan debidamente protegidos los intereses de los acreedores y de otras personas interesadas, incluido el deudor.
- 2) El tribunal competente podrá supeditar toda medida otorgada con arreglo a los artículos 318 ó 320 a las condiciones que juzgue convenientes.
- 3) A instancia del representante extranjero o de toda persona afectada por alguna medida otorgada con arreglo a los artículos 318 ó 320, o de oficio, el tribunal competente podrá modificar o dejar sin efecto la medida impugnada. (Ley 20720 Chile)

La norma ha previsto también la necesidad de colaboración entre el tribunal chileno y los tribunales y

representantes extranjeros, toda vez que dicha cooperación es sumamente importante para el adecuado y eficiente desarrollo del procedimiento de insolvencia transfronteriza:

Artículo 324.- Cooperación y comunicación directa entre un tribunal chileno y los tribunales o representantes extranjeros.

- 1) En los asuntos indicados en el artículo 300, el tribunal competente deberá cooperar en la medida de lo posible con los tribunales extranjeros o los representantes extranjeros, ya sea directamente o por conducto de los administradores concursales.
- 2) El tribunal competente estará facultado para ponerse en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros o para recabar información o asistencia directa de los mismos.
- 3) Toda cooperación y comunicación directa efectuada de conformidad al presente artículo deberá ser publicada en el Boletín Concursal dentro del plazo de dos días contado desde su realización. La falta de dicha publicación en ningún caso invalidará la actuación realizada.
(Ley 20720 Chile)

Así también se ha regulado la necesidad de la comunicación y cooperación directa entre los llamados a cumplir la labor de administradores concursales y los que

pudieran ser designados representantes extranjeros, estableciendo que las mismas deben ser publicadas, bajo apercibimiento de ser declarada inválida:

Artículo 325.- Cooperación y comunicación directa entre los administradores concursales y los representantes extranjeros.

- 1) En los asuntos indicados en el artículo 300 el administrador concursal deberá cooperar en la medida de lo posible con los tribunales extranjeros o los representantes extranjeros ya sea directa o indirectamente.
- 2) El tribunal competente estará facultado para ponerse en comunicación directa con los tribunales o los representantes extranjeros para recabar información directa de ellos.
- 3) Toda cooperación y comunicación directa efectuada de conformidad al presente artículo deberá ser publicada en el Boletín Concursal dentro del plazo de dos días contado desde su realización. La falta de dicha publicación en ningún caso invalidará la actuación realizada.
(Ley 20720 Chile)

Artículo 326.- Formas de cooperación. La cooperación de la que se trata en los artículos 324 y 325 podrá ser puesta en práctica por cualquier medio apropiado y, en particular, mediante:

- a) El nombramiento de una persona o de un órgano para que actúe bajo dirección o supervisión del tribunal competente;

- b) La comunicación de información por cualquier medio que el tribunal competente considere oportuno;
- c) La coordinación de la administración y supervisión de los bienes y negocios del deudor;
- d) La aprobación o la aplicación por los tribunales competentes de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos, y
- e) La coordinación de los procedimientos que se estén tramitando simultáneamente respecto de un mismo deudor. (Ley 20720 Chile)

Finalmente, la norma regula en los artículos 327, 328, 329 y 330, el tratamiento que se debe dar a los procedimientos paralelos:

Artículo 327.- Inicio de un Procedimiento Concursal con arreglo a esta ley tras el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal.

Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, sólo se podrá iniciar un Procedimiento Concursal con arreglo a esta ley ante el tribunal competente que otorgó dicho reconocimiento, cuando el deudor tenga bienes en Chile y los efectos de este Procedimiento Concursal se limitarán a los bienes del deudor que se encuentren en territorio nacional y, en la medida requerida para la puesta en práctica de la cooperación y coordinación previstas en los artículos 324, 325 y 326, a otros bienes del

deudor que, conforme a esta ley, deban ser administrados en este procedimiento. (Ley 20720 Chile)

Artículo 328.- Coordinación de un Procedimiento Concursal seguido con arreglo a esta ley y un procedimiento extranjero. Cuando se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un Procedimiento Concursal con arreglo a esta ley, el tribunal procurará colaborar y coordinar sus actuaciones con las del otro procedimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 324, 325 y 326 en los términos siguientes:

- a) Cuando el Procedimiento Concursal tramitado en Chile esté en curso en el momento de presentarse la solicitud de reconocimiento del procedimiento extranjero:
 - i. Toda medida otorgada con arreglo a los artículos 318 ó 320 deberá ser compatible con el Procedimiento Concursal tramitado en Chile, y
 - ii. De reconocerse el procedimiento extranjero en Chile como procedimiento extranjero principal, el artículo 319 no será aplicable;
- b) Cuando el Procedimiento Concursal tramitado en Chile se inicie tras el reconocimiento, o una vez presentada la solicitud de reconocimiento, del procedimiento extranjero:
 - i. Toda medida que estuviere en vigor con arreglo a los artículos 318 ó 320 será reexaminada por el tribunal competente y

- modificada o revocada en caso de ser incompatible con el Procedimiento Concursal en Chile;
- ii. De haberse reconocido el procedimiento extranjero como procedimiento extranjero principal, la suspensión de que se trata en el número 1) del artículo 319 será modificada o revocada con arreglo al número 2) del artículo 319, en caso de ser incompatible con el Procedimiento Concursal iniciado en Chile, y
 - iii. Al conceder, prorrogar o modificar una medida otorgada a un representante de un procedimiento extranjero no principal, el tribunal competente deberá asegurarse de que esa medida afecta a bienes que, con arreglo a esta ley, deban ser administrados en el procedimiento extranjero no principal o concierne a información necesaria para ese procedimiento. (Ley 20720 Chile)

Artículo 329.- Coordinación de varios procedimientos extranjeros.

En los casos contemplados en el artículo 300, cuando se tramite más de un procedimiento extranjero respecto de un mismo deudor, el tribunal competente procurará que haya cooperación y coordinación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 324, 325 y 326, y serán aplicables las siguientes reglas:

- a) Toda medida otorgada con arreglo a los artículos 318 ó 320 a un representante de un procedimiento extranjero no principal, una vez

reconocido un procedimiento extranjero principal, deberá ser compatible con este último;

- b) Cuando un procedimiento extranjero principal sea reconocido o una vez presentada la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero no principal, toda medida que estuviere en vigor con arreglo a los artículos 318 ó 320 deberá ser reexaminada por el tribunal competente y modificada o dejada sin efecto en caso de ser incompatible con el procedimiento extranjero principal, y
- c) Cuando un procedimiento extranjero no principal esté reconocido o se le otorgue reconocimiento, el tribunal competente deberá conceder, modificar o dejar sin efecto toda medida que proceda para facilitar la coordinación de los procedimientos. (Ley 20720 Chile)

Artículo 330.- Regla de pago para procedimientos paralelos. Sin perjuicio de los titulares de créditos garantizados o de derechos reales, un acreedor que haya percibido un pago parcial respecto de su crédito en un procedimiento tramitado en un Estado extranjero con arreglo a una norma relativa a la insolvencia no podrá percibir un nuevo pago por ese mismo crédito en un Procedimiento Concursal que se tramite con arreglo a esta ley respecto de ese mismo deudor cuando el pago percibido por los demás acreedores de la misma categoría sea

proporcionalmente inferior a la suma ya percibida por el acreedor. (Ley 20720 Chile)

Podemos apreciar que, mediante la regulación de la insolvencia transfronteriza en la ley chilena en materia concursal, en caso una empresa sea sometida a un procedimiento concursal en un país extranjero, al otorgarle reconocimiento al mismo y al representante, este tendría una serie de facultades que le permitirían requerir información a diferentes instituciones financieras, privadas, públicas, citar a declarar a quienes puedan otorgar información para la búsqueda de nuevos activos que el deudor concursado tenga en el extranjero, con la finalidad de poder distribuirlos entre los acreedores de acuerdo a lo regulado por la ley.

3.2.2 Quiebra Transfronteriza en Argentina

Notamos que en Argentina, en realidad una regulación expresa sobre insolvencia transfronteriza no existe. Hay una serie de antecedentes jurisprudenciales que hablan sobre la aplicación de los Tratados de Montevideo de los años 1889 y de 1940, así como del Código de Bustamante de 1928 son escasos, pero existen y han tratado de regular esta figura sin embargo también notamos que no

hay una regulación uniforme en estos tratados y no todos los países con los que tiene vínculos comerciales ha suscrito los mismos.

Sin embargo, en la Ley de Concursos y Quiebras Argentina, la Ley 24522, contiene algunas disposiciones que buscan reglamentar los concursos que cuentan con elementos extranjeros y estos se aplicarán cuando estén referido a concursos que si hay un iniciado a que tengan vinculación con algunos de los países ratificando vez de los tratados de los que argentina es parte.

Hecha estas necesarias precisiones podríamos partir estableciendo cuales podría hacer las principales disposiciones argentinas vinculadas a los concursos transfronterizos, de tal manera que tengamos una idea de las fortalezas que su legislación tiene o no en el manejo de las crisis patrimoniales transfronterizas.

Así tenemos que, el artículo 2 de la Ley de Concursos y Quieras otorga jurisdicción al juez para que pueda aperturar concursos de los deudores domiciliados en el extranjero, pero con efectos exclusivo respecto de los bienes situados en Argentina evidentemente sin que fue posible que este concurso tuviese algún efecto sobre los

bienes ubicados en cualquier otra parte que no sea en la Argentina.

En este sentido el artículo segundo referido, expresa y literal dice:

ARTICULO 2º: Sujetos comprendidos. Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado Nacional, Provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación.

Se consideran comprendidos:

- 1) El patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de sucesores.
- 2) Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país.

No son susceptibles de ser declaradas en concurso, las personas reguladas por Leyes Nros. 20.091, 20.321 y 24.241, así como las excluidas por leyes especiales.

En este supuesto como se puede verificar en la norma citada no es necesario que se acredite que los bienes propiedad del deudor constituyen un establecimiento independiente una sucursal, ni acreditar importancia

sustantiva en relación al patrimonio del deudor concursado.

Esta postura se consideró que básicamente funcionaba en los casos en los que los deudores quedaban sometidos al supuesto de quiebra sin embargo hemos encontrado en la Jurisprudencia Argentina el caso de Great Brads Inc. por el cual se permitió la apertura de concursos preventivos de deudores que domiciliada en el extranjero pero claro está con la aclaración de que estos sólo están referidos respecto de los bienes ubicados en Argentina sin extender su competencia fuera de las fronteras de dicho país.

Si bien es cierto hay posturas de la literatura legal argentina que hablan sobre los concursos y establece en muchos casos que no es necesario acreditar la existencia de bienes para que el juez esté facultado para iniciar el concurso consideramos que responsablemente lo menos que puede ocurrir es que se acredite la existencia de cuando menos un acreedor local es decir que la creencia generada tenga la obligación de hacerse cumplir en la república argentina, así tenemos el caso de Austral Bank Internacional que fue discutido oportuna y serenamente

en la judicatura Argentina y donde quedó acreditado este antecedente.

Otro artículo vinculado a la materia que nos ocupa es el artículo 4 de la Ley que, refiriéndose a la protección de los créditos exigibles en Argentina frente al concurso extranjero del deudor, expresamente contiene la siguiente disposición:

“ARTICULO 4.- Concursos declarados en el extranjero. La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la REPUBLICA ARGENTINA. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero, no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la REPUBLICA ARGENTINA, para disputarles derechos que éstos pretenden sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado.”

(...//)

Es evidente de la lectura del precitado artículo que la norma que aplica en estos casos es que el concurso formulado en el extranjero no puede ser invocado en Argentina para disputar derechos a los acreedores locales

sobre el patrimonio y activos que pudiese tener el deudor concursado en dicha nación, así como tampoco puede invocarse el concurso extranjero para que se anulen los efectos de los actos celebrados en Argentina por parte del deudor concursado.

Esta norma es clara y concluyente y no requiere mayor discusión académica, pues evidencia que la legislación argentina, en este extremo cuando menos, está acotada y suscrita a la denominada Teoría de la Territorialidad del concurso extranjero, por tanto es perfectamente posible que los efectos de un concurso iniciado fuera del país no afecten las acciones concursales o de cobro en otro, pues propugna o induce, indirectamente, a que se avance en cada concurso de manera independiente sin respetar las resoluciones judiciales foráneas cualquiera que sea su origen.

Adicionalmente el artículo cuarto antes referido expresa la posibilidad de poder abrir un concurso en Argentina como consecuencia de la declaración concursal extranjera.

Por lo tanto, podríamos entender que esta norma contiene una extraterritorialidad limitada de la sentencia

dictada en el extranjero, al disponer expresamente que estas pueden ser utilizada por acreedores locales o incluso por el propio deudor para que se pudiese iniciar un procedimiento concursal en Argentina si la necesidad de acreditar la existencia de un crédito, la de patrimonio, ni estado de cesación de pagos del deudor en esta nación.

Debemos notar además que disposiciones similares a estas, que buscan una actuación más rápida y eficiente del sistema, también se encuentra en contenidas en la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) que más adelante, en la presente investigación, trabajaremos.

También en referencia al artículo 4 de la norma concursal argentina, debemos referir que contiene, acotado con las reglas concursales universales, la llamada "regla de reciprocidad concursal", que está referida a la condición de admisibilidad en el concurso argentino del acreedor cuyo crédito es pagable en el extranjero, con la llamada prueba de no discriminación, la misma que de alguna manera faculta para ser admitido, en un procedimiento concursal iniciado en Argentina, a un

acreedor cuyo crédito es pagable en el extranjero, para lo cual debe demostrar previamente que un crédito que se debe cancelar en Argentina sería reconocido y que, además, podría cobrarse en iguales condiciones en un procedimiento concursal iniciado en el país en el cual el "crédito extranjero" es exigible y por tanto pagadero, lo que acredita la existencia de la reciprocidad referida y que debe de quedar suficientemente demostrada para que esto pudiese ocurrir en Argentina.

Así el precitado artículo establece al respecto literalmente que:

“ARTICULO 4.- Concursos declarados en el extranjero.

(...//)

Reciprocidad. La verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la REPUBLICA ARGENTINA puede verificarse y cobrar -en iguales condiciones- en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero.”

(...//)

Esto ha traído alguna discusión jurisprudencial sin embargo como corresponde con una nación que busca

desarrollar su economía, los magistrados han optado por simplificar la posibilidad de estos manejos de concursos transfronterizos con la creencia de que las legislaciones no son discriminación *per se*, lo que, cuando menos en la práctica, tiene este sesgo integrador al mundo globalizado, lo que es tan importante para el desarrollo de actividades económicas en las naciones.

En referencia adicional al cuarto artículo de la norma concursal argentina debemos hacer notar que existe una evidente subordinación a la quiebra iniciada en Argentina de aquellos valores que deben ser cancelados en el en el extranjero y que pertenezcan a un concurso extranjero frente a los créditos domiciliados en Argentina. Así tenemos:

“ARTICULO 4.- Concursos declarados en el extranjero.

(...//)

Declarada también la quiebra en el país, los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, un satisfechos los demás créditos verificados en aquélla.”

(...//)

Iniciados procedimientos paralelos, uno en el extranjero, y, otro en Argentina los acreedores reconocidos en el concurso de extranjero van a resultar siempre postergados en la exigencia de sus derechos frente a los acreedores argentinos pues éstos sólo podrán cobrar como, dice la norma Argentina, sobre el saldo de una vez satisfechos los pendientes acreedores locales.

Finalmente, y en referencia al tan citado artículo 4, establece la llamada regla de la paridad de los dividendos.

“ARTICULO 4.- Concursos declarados en el extranjero.

(...//)

Los cobros de créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causas de créditos comunes. Quedan exceptuados de acreditar la reciprocidad los titulares de créditos con garantía real.”

(...//)

La última parte del artículo cuarto de la norma concursal acotada establece la obligación de disminución del dividendo en el procedimiento concursal argentino respecto de aquel que hubiera podido ser cobrado, cuando menos, parcialmente en el extranjero. Es decir, es

perfectamente posible que un acreedor inicie las acciones de cobro en el extranjero de su acreencia y dentro de un proceso concursal allí, independientemente de las acciones iniciadas en Argentina con este fin y lógrese hacer cobro, de una parte sustantiva o no, de este crédito fuera del país, por lo que en este supuesto tendría que utilizarse este criterio de paridad para lograr hacer más eficiente, justo y equilibrado el resultado de los concursos, vinculado estrechamente al principio de igualdad y proporcionalidad de los concursos.

Además, debemos referir que existe una norma en el mismo sentido en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), expresamente en el artículo 32 lo que consideramos, a pesar de la debilidad, en la regulación de estos temas en la Argentina, es positivo pues permite, por lo menos parcialmente, tener normas de índole transfronterizo que ayuden al manejo eficiente de las crisis presentadas con vínculos con esta nación.

Con estos resumidos comentarios consideramos que hemos logrado cantar licencia de la regulación actual en argentina referida la insolvencia transfronteriza lo que

más nos va a servir como va a ser conceptual para el desarrollo posterior de la investigación realizada.

3.2.3 Quiebra Transfronteriza en Colombia

En Colombia, antes de la Ley 1116 de 2006, la insolvencia transfronteriza se regulaba a través del Derecho Internacional Privado, como lo son las cartas rogatorias y el exhorto (Wilches Durán, 2009), los mismos que si bien es cierto eran jurídicamente válidos, podíamos decir que no eran eficientes cuando surgían determinadas circunstancias no reguladas; más aun teniendo en cuenta las sentencias extranjeras en materia debían ser reconocidas a través del exequátur” (Isaza Upegui & Londoño Restrepo, 2008).

Durán Prieto & Reinales Londoño (2003) refieren que la para tratar la insolvencia transfronteriza antes, se tomaba en cuenta: el Tratado de Montevideo de 1889 sobre Derecho Comercial Internacional; la Resolución 2201 de 1997 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, por la que se estableció que todo escrito de un Estado extranjero, necesitaba legalización por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores y la autenticación del cónsul de Colombia en el país donde fue emitido el documento; la Convención de La Haya de 1961; que elimina la exigencia de legalización y verificación; la Convención

Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, celebrada en Panamá en 1975 durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado y el protocolo adicional a dicha convención, elaborado en 1979 en Montevideo, vigentes desde 1995.

Como lo manifestamos previamente, la insolvencia transfronteriza en Colombia se encuentra regulada la Ley 1116, la misma que tiene como finalidad la protección del crédito y la conservación de las empresas como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo. Esta ley recoge las recomendaciones de la Ley Modelo de UNCITRAL. Asimismo, busca otorgar un instrumento de seguridad jurídica al procedimiento de insolvencia transfronteriza, reconociendo la nueva realidad de globalización a través de tratados internacionales, ya que según el Dr. Ariel Angel Dasso “la supremacía de los tratados internacionales como un modo de armonizar esta tendencia con la cooperación internacional en materia política y de comercio exterior, lo que otorga una mayor seguridad a las inversiones” (Dasso, 2008, pág. 434).

Es en el Título III de la ley concursal colombiana que, dividida en 5 capítulos, al igual que la Ley Modelo UNCITRAL, se regula la insolvencia transfronteriza:

1. Disposiciones generales.

2. Acceso de los representantes y acreedores extranjeros ante las autoridades colombianas competentes.
3. Reconocimiento de un proceso extranjero y medidas otorgables.
4. Cooperación con tribunales y representantes extranjeros.
5. Procesos paralelos.

Así tenemos que los casos de insolvencia transfronteriza están regulados desde el artículo 85 al 116 de la ley, como expondremos a continuación:

Artículo 85. Finalidades.

El presente Título tiene como propósito:

1. Regular la cooperación entre las autoridades competentes de la República de Colombia y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza.
2. Crear un mecanismo que dote de mayor seguridad jurídica al comercio y las inversiones.
3. Propender por una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor.
4. Garantizar la protección de los bienes del deudor y la optimización de su valor.

Artículo 86. Casos de Insolvencia Transfronteriza

Las normas del presente Título serán aplicables a los casos en que:

1. Un tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia en la República de Colombia en relación con un proceso extranjero, o

2. Sea solicitada la asistencia en un Estado extranjero en relación con un proceso tramitado con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia, o

3. Estén tramitándose simultáneamente y respecto de un mismo deudor un proceso extranjero y un proceso en la República de Colombia, o

4. Los acreedores u otras personas interesadas, que estando en un Estado extranjero, tengan interés en solicitar la apertura de un proceso o en participar en un proceso en curso con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia.
(Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 87. Definiciones

Para los fines del presente Título:

1. “Proceso extranjero” es el proceso colectivo, ya sea judicial o administrativo, incluido el de índole provisional, que tramite un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa a la insolvencia y en virtud del cual los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación.

2. “Proceso extranjero principal” es el proceso extranjero que cursa en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses.
3. “Proceso extranjero no principal” es el proceso extranjero, que no es un proceso extranjero principal y que cursa en un Estado donde el deudor tiene un establecimiento en el sentido del numeral 6 del presente artículo.
4. “Representante extranjero” es la persona o el órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un proceso extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor o para actuar como representante del proceso extranjero.
5. “Tribunal extranjero” es la autoridad judicial o de otra índole competente a los efectos para controlar o supervisar un proceso extranjero.
6. “Establecimiento” es todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza una actividad económica de manera permanente.
7. “Autoridades colombianas competentes” son la Superintendencia de Sociedades y los jueces civiles del circuito y municipales del domicilio principal del deudor.
8. “Normas colombianas relativas a la insolvencia” son las contenidas en la presente ley. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 88. Obligaciones Internacionales del Estado

En caso de conflicto entre la presente ley y una obligación de la República de Colombia nacida de

un tratado u otra forma de acuerdo en el que sea parte con uno o más Estados, prevalecerán las disposiciones de ese tratado o acuerdo. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 89. Autoridades Competentes

Las funciones descritas en la presente ley relativas al reconocimiento de procesos extranjeros y en materia de cooperación con tribunales extranjeros, serán ejercidas por la Superintendencia de Sociedades y los jueces civiles del circuito y municipales del domicilio principal del deudor. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 90. Autorización dada al promotor o liquidador para actuar en un estado extranjero.

El promotor o liquidador estará facultado para actuar en un Estado extranjero en representación de un proceso abierto en la República de Colombia con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia, en la medida en que lo permita la ley extranjera aplicable. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 91. Excepción de orden público

Nada de lo dispuesto en el presente Título impedirá que las autoridades colombianas competentes nieguen la adopción de una medida manifiestamente contraria al orden público de la República de Colombia. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 92. Asistencia adicional en virtud de alguna otra norma.

Nada de lo dispuesto en el presente Título limitará las facultades que pueda tener una autoridad colombiana competente, para prestar asistencia adicional al representante extranjero con arreglo a alguna otra norma de la República de Colombia. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 93. Interpretación.

En la interpretación de la presente ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 94. Derecho de acceso directo.

Todo representante extranjero estará legitimado para comparecer directamente ante una autoridad colombiana competente. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 95. Alcance de la solicitud de reconocimiento de un proceso extranjero.

El solo hecho de la presentación de una solicitud, con arreglo a la presente ley, ante una autoridad colombiana competente por un representante extranjero, no supone la sumisión de este, ni de los bienes y negocios del deudor en el extranjero, a la ley colombiana para efecto alguno que sea distinto de la solicitud. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 96. Solicitud del representante extranjero de apertura de un proceso con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia.

Todo representante extranjero estará facultado para solicitar la apertura de un proceso con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia, si por lo demás cumple las condiciones, requisitos y supuestos para la apertura de ese proceso. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 97. Participación de un representante extranjero en un proceso abierto con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia.

A partir del reconocimiento de un proceso extranjero, el representante extranjero estará facultado para participar en todo proceso abierto respecto del deudor con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 98. Acceso de los acreedores extranjeros a un proceso seguido con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia.

Los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un proceso en la República de Colombia y de la participación en él con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia, sin que ello afecte el orden de prelación de los créditos en un proceso abierto con

arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 99. Publicidad a los acreedores en el extranjero con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia. Siempre que, con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia, deba informarse el inicio o apertura de algún proceso a los acreedores que residan en la República de Colombia, esa información también deberá remitirse a los acreedores conocidos que no tengan una dirección en Colombia. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 100. Solicitud de reconocimiento de un proceso extranjero.

El representante extranjero podrá solicitar ante las autoridades colombianas competentes el reconocimiento del proceso extranjero en el que haya sido nombrado. Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de:

1. Una copia certificada de la resolución que declare abierto el proceso extranjero y nombre el representante extranjero; o 2. Un certificado expedido por el tribunal extranjero que acredite la existencia del proceso extranjero y el nombramiento del representante extranjero; o
3. En ausencia de una prueba conforme a los numerales 1 y 2, cualquier otra prueba admisible para las autoridades colombianas competentes de la existencia del proceso extranjero y del nombramiento del

representante extranjero. Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de una declaración que indique debidamente los datos de todos los procesos extranjeros abiertos respecto del deudor de los que tenga conocimiento el representante extranjero.

La autoridad colombiana competente podrá exigir que todo documento presentado en apoyo de una solicitud de reconocimiento sea traducido oficialmente al castellano y se encuentre debidamente protocolizado ante el Consulado respectivo. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 101. Presunciones relativas al reconocimiento.

Si la resolución o el certificado de los que tratan los numerales 1 y 2 del artículo anterior indican que el proceso extranjero es un proceso en el sentido del numeral 1 del artículo de las definiciones del presente Título y que el representante extranjero es una persona o un órgano en el sentido del numeral 4 del mismo artículo, la autoridad colombiana competente podrá presumir que ello es así. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el domicilio social del deudor o su residencia habitual, tratándose de una persona natural, es el centro de sus principales intereses. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 102. Medidas otorgables a partir de la solicitud de reconocimiento de un proceso extranjero.

Desde la presentación de una solicitud de reconocimiento hasta que sea resuelta esa solicitud, la autoridad colombiana competente podrá, a instancia del representante extranjero y cuando las medidas sean necesarias y urgentes para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, otorgar medidas provisionales, incluidas las siguientes:

1. Ordenar la suspensión de todo proceso de ejecución contra los bienes del deudor.
2. Encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona designada por la autoridad colombiana competente, y en la medida en que la ley colombiana lo permita respecto de cada solicitud, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor ubicados en territorio colombiano, para proteger y preservar el valor de aquellos que, por su naturaleza o por circunstancias concurrentes, sean perecederos, susceptibles de devaluación, o estén amenazados por cualquier otra causa.
3. Aplicar cualquiera de las medidas previstas en los numerales 3 y 5 del artículo sobre medidas otorgables a partir del reconocimiento de un proceso extranjero.

Para la adopción de las medidas mencionadas en este artículo, deberán observarse, en lo procedente, las disposiciones del Código de Procedimiento Civil relativas a las medidas cautelares. Salvo prórroga con arreglo a lo previsto en el numeral 4 del artículo sobre medidas otorgables a partir del reconocimiento de un

proceso extranjero, las medidas otorgadas con arreglo al presente artículo quedarán sin efecto si es proferida una resolución sobre la solicitud de reconocimiento. La autoridad colombiana competente podrá denegar toda medida prevista en el presente artículo cuando se le demuestre que la misma afecte al desarrollo de un proceso extranjero principal. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 103. Providencia de reconocimiento de un proceso extranjero.

Salvo lo dispuesto en el artículo sobre excepción de orden público de la presente ley, habrá lugar al reconocimiento de un proceso extranjero cuando:

1. El proceso extranjero sea uno de los señalados en el numeral 1 del artículo sobre definiciones del presente Título. 2. El representante extranjero que solicite el reconocimiento sea una persona o un órgano en el sentido del numeral 4 del artículo sobre definiciones del presente Título.
3. La solicitud cumpla los requisitos del artículo sobre solicitud de reconocimiento de un proceso extranjero de la presente ley, y
4. La solicitud haya sido presentada ante la autoridad colombiana competente conforme al artículo sobre autoridades competentes del presente Título.

Será reconocido el proceso extranjero:

- a) Como proceso extranjero principal, en caso de estar tramitado en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses, o

- b) Como proceso extranjero no principal, si el deudor tiene en el territorio del Estado del foro extranjero un establecimiento en el sentido del numeral 6 del artículo sobre definiciones del presente Título. En caso de demostrarse la ausencia parcial o total de los motivos que dieron lugar al reconocimiento, o que estos han dejado de existir, podrá producirse la modificación o revocación del mismo. (Ley 1116 Colombia, 2019)

PARÁGRAFO. La publicidad de la providencia de reconocimiento de un proceso extranjero se regirá por los mecanismos de publicidad previstos en la presente ley para la providencia de inicio del proceso e insolvencia.

Artículo 104. Información subsiguiente.

Presentada la solicitud de reconocimiento de un proceso extranjero, el representante extranjero informará de inmediato a la autoridad colombiana competente de:

1. Todo cambio importante en la situación del proceso extranjero reconocido o en el nombramiento del representante extranjero, y
2. Todo otro proceso extranjero que se siga respecto del mismo deudor y del que tenga conocimiento el representante extranjero. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 105. Efectos del reconocimiento de un proceso extranjero principal.

A partir del reconocimiento de un proceso extranjero que sea un proceso principal:

1. No podrá iniciarse ningún proceso de ejecución en contra del deudor, suspendiéndose los que estén en curso, quedando legalmente facultado el representante extranjero y el deudor para solicitar, individual o conjuntamente, su suspensión y para alegar la nulidad del proceso o de las actuaciones procesales posteriores al reconocimiento de un proceso extranjero principal. El juez que fuere informado del reconocimiento de un proceso extranjero principal y actúe en contravención a lo dispuesto en el presente numeral, incurrirá en causal de mala conducta.

2. Se suspenderá todo derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes, salvo el caso de un acto u operación que corresponda al giro ordinario de los negocios de la empresa. Cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención de lo dispuesto en este numeral, será ineficaz de pleno derecho y dará lugar a la imposición de multas sucesivas hasta por doscientos (200) salarios mínimos legales vigentes por parte de la autoridad colombiana competente, hasta tanto reversen la respectiva operación. De los efectos y sanciones previstos en el presente numeral, advertirá la providencia de reconocimiento del proceso extranjero. Lo dispuesto en el presente artículo no afectará al derecho de solicitar el inicio de un proceso con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia o a presentar créditos en ese proceso. PARÁGRAFO. El reconocimiento del

proceso de insolvencia extranjero del propietario de una sucursal extranjera en Colombia dará lugar a la apertura del proceso de insolvencia de la misma conforme a las normas colombianas relativas a la insolvencia. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 106. Medidas otorgables a partir del reconocimiento de un proceso extranjero. Desde el reconocimiento de un proceso extranjero, ya sea principal o no principal, de ser necesario para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, la autoridad colombiana competente podrá, a instancia del representante extranjero, otorgar toda medida apropiada, incluidas las siguientes:

1. Disponer el examen de testigos, la presentación de pruebas o el suministro de información respecto de los bienes, negocios, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor.
2. Encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona nombrada por la autoridad colombiana competente, y en la medida en que la ley colombiana lo permita respecto de cada solicitud, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor, que se encuentren en el territorio de este Estado, para proteger y preservar el valor de aquellos que, por su naturaleza o por circunstancias concurrentes, sean perecederos, susceptibles de devaluación, o estén amenazados por cualquier otra causa.

3. A partir del reconocimiento de un proceso extranjero, principal o no principal, la autoridad colombiana competente, y en la medida en que la ley colombiana lo permita respecto de cada solicitud podrá, a instancia del representante extranjero, encomendar al representante extranjero, o a otra persona nombrada por autoridad colombiana competente, la adjudicación de todos o de parte de los bienes del deudor ubicados en el territorio de la República de Colombia, siempre que la autoridad colombiana competente se asegure que los intereses de los acreedores domiciliados en Colombia estén suficientemente protegidos.
4. Prorrogar toda medida cautelar otorgada con arreglo al artículo sobre medidas otorgables a partir de la solicitud de reconocimiento de un proceso extranjero.
5. Conceder al representante extranjero cualquier otra medida que, conforme a las normas colombianas relativas a la insolvencia, digan relación al cumplimiento de funciones propias del promotor o liquidador. Al otorgar medidas con arreglo a este artículo al representante de un proceso extranjero no principal, la autoridad colombiana competente deberá asegurarse de que las medidas atañen a bienes que, con arreglo al derecho de la República de Colombia, hayan de ser administrados en el marco del proceso extranjero no principal, o que atañen a información requerida en ese

proceso extranjero no principal. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 107. Protección de los acreedores y de otras personas interesadas.

Al conceder o denegar una medida con arreglo a los artículos sobre medidas otorgables a partir de la solicitud de reconocimiento de un proceso extranjero y sobre medidas otorgables a partir del reconocimiento de un proceso extranjero, o al modificar o dejar sin efecto esa medida con arreglo al inciso 3o del presente artículo, la autoridad colombiana competente deberá asegurarse de que quedan debidamente protegidos los intereses de los acreedores y de otras personas interesadas, incluido el deudor. La autoridad colombiana competente podrá supeditar toda medida otorgada con arreglo a los artículos anteriormente mencionados a las condiciones que juzgue convenientes. A instancia del representante extranjero o de toda persona afectada por alguna medida otorgada con arreglo a los artículos anteriormente mencionados, o de oficio, la autoridad colombiana competente podrá modificar o dejar sin efecto la medida impugnada. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 108. Acciones de impugnación de actos perjudiciales para los acreedores.

A partir del reconocimiento de un proceso extranjero, el representante extranjero estará legitimado para entablar las acciones revocatorias

de acuerdo con lo previsto en la presente ley. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 109. Intervención de un representante extranjero en procesos que se sigan en este estado.

Desde el reconocimiento de un proceso extranjero, el representante extranjero podrá intervenir, conforme a las condiciones prescritas por la legislación colombiana, en todo proceso de insolvencia en el que el deudor sea parte. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 110. Cooperación y comunicación directa entre las autoridades colombianas competentes y los tribunales o representantes extranjeros.

En los asuntos indicados en el artículo sobre casos de insolvencia transfronteriza del presente Título, la autoridad colombiana competente deberá cooperar en la medida de lo posible con los tribunales extranjeros o los representantes extranjeros, ya sea directamente o por conducto del promotor o liquidador, según el caso.

La autoridad colombiana competente estará facultada para ponerse en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros o para recabar información o asistencia directa de los mismos. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 111. Cooperación y comunicación directa entre los agentes de la insolvencia y los tribunales o representantes extranjeros. En los

asuntos indicados en el artículo sobre casos de insolvencia transfronteriza del presente Título, el promotor o liquidador deberá cooperar, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión de la autoridad colombiana competente, con los tribunales y representantes extranjeros. El promotor o liquidador estará facultado, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión de la autoridad colombiana competente, para ponerse en comunicación directa con los tribunales o los representantes extranjeros. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 112. Formas de cooperación. La cooperación de que tratan los artículos anteriores podrá ser puesta en práctica por cualquier medio apropiado y, en particular, mediante:

1. El nombramiento de una persona para que actúe bajo dirección de la autoridad colombiana competente.

2. La comunicación de información por cualquier medio que la autoridad colombiana competente considere oportuno.

3. La coordinación de la administración y la supervisión de los bienes y negocios del deudor.

4. La aprobación o la aplicación por los tribunales de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos.
5. La coordinación de los procesos seguidos simultáneamente respecto de un mismo deudor.

(Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 113. Apertura de un proceso con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia tras el reconocimiento de un proceso extranjero principal. Desde el reconocimiento de un proceso extranjero principal, sólo podrá iniciarse un proceso con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia cuando el deudor tenga bienes en Colombia. Los efectos de este proceso se limitarán a los bienes del deudor ubicados en Colombia y, en la medida requerida para la puesta en práctica de la cooperación y coordinación previstas en Capítulo IV del presente Título, a otros bienes del deudor ubicados en el extranjero que, con arreglo a las leyes colombianas, deban ser administrados en el proceso adelantado conforme a las normas colombianas relativas a la insolvencia. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 114. Coordinación de un proceso seguido con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia y un proceso extranjero. en caso de tramitarse simultáneamente y respecto de un mismo deudor un proceso extranjero y un proceso con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia, la autoridad colombiana competente procurará colaborar y coordinar sus actuaciones con las del otro proceso, conforme a lo dispuesto en el Capítulo IV del presente Título, en los términos siguientes: 1. Cuando el proceso seguido en Colombia esté en curso en el momento de presentarse la solicitud de reconocimiento del proceso extranjero: a) Toda medida otorgada con

arreglo a los artículos sobre medidas proceso extranjero y sobre medidas otorgables a partir del reconocimiento de un proceso extranjero de la presente ley deberá ser compatible con el proceso seguido en Colombia; y b) De reconocerse el proceso extranjero en Colombia como proceso extranjero principal, el artículo sobre medidas otorgables a partir del reconocimiento de un proceso extranjero del presente Título, no será aplicable, en caso de ser incompatible con el proceso local. 2. Cuando el proceso seguido en Colombia se ha iniciado tras el reconocimiento, o presentación de la solicitud de reconocimiento del proceso extranjero, toda medida que estuviera en vigor con arreglo a los artículos sobre medidas otorgables a partir de la solicitud de reconocimiento de un proceso extranjero y sobre medidas otorgables a partir del reconocimiento de un proceso extranjero, será reexaminada por la autoridad colombiana competente y modificada o revocada en caso de ser incompatible con el proceso que se adelante en Colombia. 3. Al conceder, prorrogar o modificar una medida otorgada a un representante de un proceso extranjero no principal, la autoridad colombiana competente deberá asegurarse de que esa medida afecta bienes que, con arreglo a las leyes colombianas, deban ser administrados en el proceso extranjero no principal o concierne a información requerida para ese proceso. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 115. Coordinación de varios procesos extranjeros. en los casos contemplados en el artículo sobre casos de insolvencia transfronteriza de este Título, si es seguido más de un proceso extranjero respecto de un mismo deudor, la autoridad colombiana competente procurará que haya cooperación y coordinación con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo IV del presente Título y serán aplicables las siguientes reglas: 1. Toda medida otorgada con arreglo a los artículos sobre medidas otorgables a partir de la solicitud de reconocimiento de un proceso extranjero y sobre medidas otorgables a partir del reconocimiento de un proceso extranjero a un representante de un proceso extranjero no principal, una vez reconocido un proceso extranjero principal, deberá ser compatible con este último. 2. Cuando un proceso extranjero principal sea reconocido tras el reconocimiento o una vez presentada la solicitud de reconocimiento de un proceso extranjero no principal, toda medida que estuviera en vigor con arreglo a los artículos sobre medidas otorgables a partir de la solicitud de reconocimiento de un proceso extranjero y sobre medidas otorgables a partir del reconocimiento de un proceso extranjero, deberá ser reexaminada por la autoridad colombiana competente y modificada o dejada sin efecto caso de ser incompatible con el proceso extranjero principal. 3. Si una vez reconocido un proceso extranjero no principal, es otorgado reconocimiento a otro proceso extranjero no principal, la autoridad colombiana competente deberá conceder, modificar o dejar sin efecto toda

medida que proceda para facilitar la coordinación de los procesos. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Artículo 116. Regla de pago para procesos paralelos. Sin perjuicio de los derechos de los titulares de créditos garantizados o de derechos reales, un acreedor que haya percibido un cobro parcial respecto de su crédito en un proceso seguido en un Estado extranjero con arreglo a una norma extranjera relativa a la insolvencia, no podrá percibir un nuevo pago por ese mismo crédito en un proceso de insolvencia seguido con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia respecto de ese mismo deudor, en tanto que el pago percibido por los demás acreedores de la misma categoría sea proporcionalmente inferior al cobro ya percibido por el acreedor. (Ley 1116 Colombia, 2019)

Del artículo 86 se puede apreciar que la ley se aplica en los siguientes casos:

- 1) En los que un tribunal o representante extranjero u autoridad competente solicite asistencia en la República de Colombia con relación al transcurso de un procedimiento foráneo;
- 2). En los que sea solicitado el apoyo de un Estado extranjero en lo relativo a un proceso interno

tramitado con arreglo a las normas colombianas en materia de insolvencia;

- 3). En los que se estén gestionando de forma coetánea y concurrente, respecto de una misma persona insolvente, un proceso extranjero y un proceso concursal en el Estado colombiano; y
- 4). En los que los acreedores u otros sujetos interesados, los cuales residan en un país extranjero, tengan interés en requerir la iniciación de un proceso concursal o en intervenir en un proceso ya adelantado con arreglo a las normas colombianas.

Consideramos importante resaltar que esta norma es aplicable tanto para a personas físicas comerciantes como a personas jurídicas con negocio permanente en Colombia, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 1116; sin embargo, el artículo 3 de la precitada ley establece las excepciones de esta aplicación, vale decir, las Bolsas de Valores, las Entidades Promotoras de Salud, Entidades Supervisadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, entre otras.

Podemos concluir que la incorporación de la Ley Modelo UNCITRAL ha otorgado beneficios para los procesos de insolvencia transfronteriza, toda vez que ello se plasma en los objetivos establecidos en el artículo 85 de la ley. Además de la lectura de los artículos que la regulan, se puede colegir que se le dota al sistema de soluciones importantes para Poder acercarse a la meta de la UNCITRAL, vale decir, otorgar una mayor seguridad jurídica a través de una uniformidad de normas que regulen la insolvencia transfronteriza, en pro de los acreedores y del propio deudor.

3.2.4 Quiebra Transfronteriza en la Comunidad Europea y España

En el 2012, la Comisión Europea presentó una propuesta que actualizaba el Reglamento sobre insolvencia transfronteriza del 2000, propuesta mediante la que se buscaba mejorar la aplicación de algunas de sus disposiciones. Ello, con la finalidad de reforzar la administración efectiva de los procedimientos de insolvencia transfronteriza.

En el 2014, la Comisión Europea publicó una Recomendación sobre reestructuración y segunda oportunidad. Esta recomendación, al ser revisada por los Estados miembros de la

Unión Europea, hizo más evidente el hecho de que, aún había diferencias entre las normas de los estados miembros sobre dicha materia, lo que significaba una ineficiencia para varios países miembros.

Es en virtud de ello, que la Propuesta de Reglamento de la Comisión Europea (del año 2012) que fue inicialmente adoptada, recién el 20 de mayo de 2015 por el Consejo de la Unión Europea y Parlamento Europeo, a través del Reglamento 2015/848 sobre Insolvencia Transfronteriza⁶².

Las divergencias entre las normas en materia concursal y de insolvencia transfronteriza en los diferentes estados miembros, impulsó a la Comisión Europea, en noviembre de 2016, a proponer una Directiva sobre insolvencia de las empresas, la que marcaría una especial atención en facilitar, por así decirlo, la reestructuración temprana de las empresas y la segunda oportunidad.

Los dos precitados instrumentos jurídicos propuestos por la Comisión Europea, es decir, el nuevo Reglamento de insolvencia y la Directiva propuesta, buscaban la creación de un

⁶² «Procedimientos de insolvencia» son procedimientos en el sentido del artículo 1 del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, DO L 141 de 5.6.2015, p. 19.

marco legal con coherencia y dotado de apoyo al crecimiento económico y a las empresas.

Es así que, dada la necesidad de uniformizar la norma, por lo antes expuesto, el 26 de junio de 2017 entró en vigencia, en toda la Unión Europea, las nuevas normas sobre los procedimientos de insolvencia transfronterizo. Dichas normas, se emiten con la finalidad de facilitar la recuperación de las deudas en los procedimientos de insolvencia transfronteriza. Ello quiere decir que, facilitarán la reestructuración de las empresas y la recuperación de los créditos de los acreedores, con una garantía de que a través de procedimientos colectivos puedan cobrar sus deudas de manera efectiva y eficiente, aun cuando estos cobros sean de deudas transfronterizas. La finalidad del Reglamento es, primordialmente, resolver los conflictos de jurisdicción y legislación que a la fecha existían, respecto de los procedimientos de insolvencia transfronteriza. Además, se garantiza, en toda la Unión Europea, el reconocimiento de las sentencias emitidas dentro del marco de un procedimiento de insolvencia.

Con la entrada en vigencia del Reglamento, el vicepresidente primero de la Comisión Europea, Frans Timmermans, declaró, a través de un comunicado de prensa en la Web Oficial de la Unión Europea: “En un verdadero mercado interior las empresas que

se hayan de reestructurar no deben verse obstaculizadas por conflictos sobre qué legislación nacional se aplica, ni las fronteras nacionales deben ser un obstáculo para que los acreedores recuperen lo que se les adeuda. Al mejorar la seguridad jurídica estas nuevas normas beneficiarán a las empresas y la inversión. Tendremos que seguir avanzando y adoptar normas comunes de la UE para asegurarnos de que las empresas se reestructuran en una fase temprana, como ya ha propuesto la Comisión”.

Por su lado, Věra Jourová, comisaria de la Unión Europea, responsable de Justicia, Consumidores e Igualdad de Género, manifestó: “El nuevo Reglamento sobre insolvencia facilitará los procedimientos de insolvencia transfronterizos dentro de la UE e impedirá el "turismo concursal. Con las nuevas normas propuestas sobre reestructuración y segundas oportunidades, el marco de insolvencia eliminará barreras a las inversiones y apoyará a los empresarios honrados».

Sin embargo para aclarar algunas diferencias podemos citar a (Baeza, 2011) que sostiene que:

Para la Unión Europea, hablar de insolvencia corporativa significa necesariamente un estado de iliquidez; sin embargo, a pesar de que tienen dicho concepto, en el ordenamiento

jurídico de los estados miembros ello varía, estableciendo tres modelos a efectos de poder identificar el estado de iliquidez. Así, para algunos países como Francia, Luxemburgo, Bélgica y Bulgaria, se relaciona la iliquidez con el cese de pagos; para Alemania, Dinamarca, Inglaterra, Finlandia, Grecia, Italia, Austria y Portugal, la iliquidez es concebida como la incapacidad o imposibilidad de pago. Otros países, complementan dichos conceptos considerando al incumplimiento como una cesación de pagos simple o como una imposibilidad de pago, vale decir, insolvencia que sea, claro está, acreditado.

Respecto de las normas sobre Insolvencia Transfronteriza, tenemos:

- ✓ Se regula un ámbito de aplicación más amplio; es decir que dicho dispositivo se aplica a un conjunto más amplio de procedimientos nacionales de reestructuración.
- ✓ Anteriormente, los procedimientos de reestructuración de algunos estados modernos y eficientes no estaban regulados por las normas anteriores, y por tanto tenían ordenamientos diferentes, lo que imposibilitaba su aplicación en casos de insolvencia transfronteriza; debilidad que ha sido subsanada mediante las nuevas normas; pues a través de los procedimientos de insolvencia transfronteriza, se podrán acoger a los modernos procedimientos de reestructuración de cada país

miembro y podrán reestructurar empresas o en su defecto, recuperar dinero de deudores de otros países de la Unión Europea.

- ✓ Con ello, en definitiva, se dota de mayor seguridad jurídica a las empresas y acreedores; toda vez que, si un deudor se traslada de un estado a otro poco antes de tramitar el procedimiento de insolvencia, el Tribunal deberá analizar detallada y acuciosamente todas las circunstancias del caso a efectos de verificar si el traslado es real o si a través de este se trata de aprovechar unas normas concursales menos severas al estado original. Para ello, será el Tribunal el que deberá comprobar que la conducta del deudor no significa que pretenda ser un «turista concursal.
- ✓ Se busca incrementar la posibilidad de salvar a las empresas en crisis; toda vez que con las nuevas normas se evita el inicio de procedimientos concursales en un país diferente al de su domicilio. Esto hará más fácil la reestructuración de las empresas en un contexto transfronterizo. Al mismo tiempo, las normas proporcionan también salvaguardias que protegen los intereses de los acreedores locales.
- ✓ Se ha introducido regulación para los procedimientos de insolvencia de grupo, buscando una mayor eficiencia y que sean mayores las probabilidades de que se logre salvar de la crisis al grupo de empresas.

- ✓ Se buscaba que los registros nacionales de insolvencia electrónicos estén interconectados, logrando así que sea más viable y sencillo obtener información de los procedimientos de insolvencia en otros los diferentes países de la Unión europea.

Respecto de la insolvencia transfronteriza, en España, en el acápite XI de la exposición de motivos de la ley concursal, Ley 22-2003 se establece:

Especial atención dedica la ley a las cuestiones que plantea el concurso con elemento extranjero, fenómeno carente de adecuada regulación en el derecho anterior y cada vez más frecuente en una economía globalizada.

La Ley Concursal contiene unas normas de derecho internacional privado sobre esta materia, que siguen, con las convenientes adaptaciones, el modelo del Reglamento (CE) N.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia. Así, se facilita la aplicación de ambos textos en el ámbito intracomunitario y se ajusta el mismo modelo normativo a la regulación de otras relaciones jurídicas que están fuera de ese ámbito. En este sentido, la nueva regulación se inspira también en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza, recomendada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 52/158, de 15 de diciembre de 1997.

La competencia internacional para declarar y tramitar el concurso se basa en el lugar de situación del centro de los intereses principales del deudor, teniendo el carácter de "principal" el concurso que se declare sobre esa base, sin perjuicio de que puedan abrirse otros concursos "territoriales" en aquellos Estados en los que el deudor tenga establecimientos. Se regulan las relaciones entre procedimiento principal y territorial y sus respectivos efectos, el reconocimiento en España de los abiertos en el extranjero y de sus administradores o representantes, con el fin de establecer la mejor coordinación entre ellos, en beneficio de la seguridad jurídica y de la eficiencia económica en el tratamiento de estos fenómenos, lo que constituye una de las materias en las que con mayor relieve se pone de manifiesto la modernización introducida por la reforma concursal.

Como puede apreciarse, en dicho dispositivo legal se refiere que, a efectos de regular la insolvencia transfronteriza, se tiene en cuenta la Ley Modelo UNCITRAL; sin embargo, con la dación del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, se establecen las bases para regular estos procedimientos, a los que debe acogerse todo estado miembro de la Unión Europea, debiendo por tanto España aplicar dicho Reglamento en concordancia con la Ley UCITRAL y su propia ley especial.

3.3 Concursos Transfronterizos en Casos Reales

3.3.1 Introducción

Como ya lo hemos dejado notar a lo largo de la presente investigación es evidente que el significativo y creciente flujo del comercio internacional es uno de los elementos característicos del mundo en que vivimos. Día a día, con mayor intensidad, empresas de un país mantienen relaciones comerciales con empresas o consumidores de otro país, ya sea exportando o importando mercaderías, productos o servicios. Día a día, empresas locales deciden realizar inversiones en otros países, estableciendo para tal fin representaciones comerciales, sucursales, o directamente constituyendo nuevas sociedades en dichos países.

Esta situación se ha visto claramente potenciada en los últimos años con la utilización de la Internet, que ha permitido a empresas relativamente pequeñas ofrecer sus productos o servicios a todo el mundo, accediendo de esa manera a mercados internacionales sin necesidad de realizar grandes inversiones.

En este nuevo mundo globalizado que tiende a la integración de las economías y sociedades a medida que caen las barreras para la circulación de ideas, personas, servicios y capitales consumidores o

usuarios de cualquier parte del mundo pueden elegir entre distintos oferentes –locales o extranjeros – el producto o servicio que más les convenga.

Analicemos el caso de una empresa de los Estados Unidos de América que decide invertir en Latinoamérica en por ejemplo el área de las telecomunicaciones. Imaginemos el establecimiento principal en Miami Subsidiarias en Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Perú. El proyecto se organizaría mediante la constitución de sociedades anónimas en cada uno de dichos países, si bien –en realidad – desde el punto de vista económico-empresarial estaríamos ante una única empresa proveedora de servicios de comunicación integrados vinculados con Internet y servicios de e-business⁶³. La empresa tendría bienes (caja, depósitos bancarios, créditos por cobrar), empleados proveedores y clientes (consumidores) en cada uno de dichos países. Asumamos que, en la primera etapa, el financiamiento para el proyecto sea recibido directamente por la empresa madre, ya sea con una emisión de bonos Wall Street o con financiación otorgada por bancos estadounidenses. Dependiendo, entre otros elementos, de cuestiones impositivas, la sociedad madre aportaría los fondos en cada una de las subsidiarias mediante préstamos o aportes de capital; posteriormente,

⁶³ Los hechos de este ejemplo están basados en el caso de AT&T Latin América Corp, sociedad estadounidense con subsidiarias en los países nombrados. En el primer semestre de 2003, AT&T Latin América Corp y sus subsidiarias se sometieron al procedimiento concursal.

cada una de las subsidiarias podría obtener financiación de bancos locales.

Mientras el negocio funcione bien, no existirán preocupaciones por las complicaciones que puedan eventualmente presentarse ante una situación de insolvencia. Ahora bien, en caso que la situación empeore y los ingresos no alcancen para cubrir los costos financieros, deberán tomarse decisiones para salvar el negocio. Una de dichas decisiones podrá ser la presentación en concurso preventivo de la empresa, lo que generará una serie de preguntas:

- ¿Qué tribunal será el competente para conocer un procedimiento concursal de una empresa transnacional de este tipo?
- La presentación en concurso de la sociedad madre en Miami, ¿deberá necesariamente incluir a las sociedades subsidiarias?; ¿es conveniente que las incluya?
- La declaración de suspensión de juicios y ejecuciones que se produce ante todo procedimiento concursal ¿tendrá efectos en el extranjero?; en otras palabras, ¿los acreedores “extranjeros” podrán iniciar o seguir con sus procesos en contra los bienes de la sociedad madre concursada, aun cuando el tribunal de los Estados Unidos ordene la suspensión de dichas acciones? En

caso que no se suspendan las acciones en otros países, ¿deberá realizarse una presentación separada de cada subsidiaria en cada uno de los países?; ¿es factible que existan procedimientos simultáneos de insolvencia en distintos países sobre una misma empresa?

- El administrador o liquidador designado en un procedimiento concursal, ¿tendrá competencia para realizar sus labores y acceder a los bienes situados en otros países?
- ¿Los acreedores “locales” tienen preferencia en el cobro de sus créditos por sobre los acreedores “extranjeros”?; ¿en mérito a que elementos debe tenerse a un acreedor como “extranjero”?
- Si se decreta la quiebra, ¿Cómo se distribuirán los bienes?; los créditos de la sociedad madre, ¿cobrarán pari passu con los de los restantes acreedores o serán considerados subordinados?

Estas son algunas de las preguntas que pueden surgir ante un caso de insolvencia transfronteriza. Como bien se ha dicho, ante esta situación, distintas clases de acreedores podrían querer cobrar diferentes clases de créditos, pretendiendo accionar en contra de

diversas clases de bienes de acuerdo a distintas normas aplicables.⁶⁴ Dicha carrera entre acreedores de distintos países ejecutando bienes ubicados en distintos países puede provocar la desaparición del valor de la empresa como unidad, perjudicando así a todos los interesados: acreedores, empleados, consumidores e, incluso, al propio Estado.

Nótese que una mala regulación sobre los casos de insolvencia transfronteriza que, por ejemplo, no proteja debidamente los intereses de los inversores extranjeros jugará como un incentivo negativo para que se produzcan nuevas inversiones. Asimismo, en caso nos encontremos con distintos procedimientos de insolvencia en diferentes países, sin que existan normas especiales para coordinar dichos procedimientos, seguramente se generarán conflictos entre los diversos fueros intervinientes. Esto irá en detrimento del valor de los activos propios de la masa, al generar mayores costos por gastos legales y por el mero transcurso del tiempo sin llevar adelante la venta de la empresa como unidad o, cuanto menos, de sus activos.

Estas cuestiones han otorgado al tema de la insolvencia transfronteriza una importancia y actualidad impensada diez años

⁶⁴ La frase es atribuida al James M. Farley, miembro del Superior Court of Justice de Toronto, Canadá Litigating the comercial dispute in a globalizad economy. Multi-jurisdictional disputes – A judicial perspective on globalization, Toronto, Canadá, November 15, 2003, p. 21. En: <http://WWW.globalinsolvency.com/insol/intinsolvencies/overview.html>.

atrás⁶⁵. En los últimos años, se han celebrado acuerdos o convenciones internacionales sobre el tema, orientados fundamentalmente a alcanzar una administración equitativa y más eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de las partes involucradas (acreedores y deudor⁶⁶). Asimismo, últimamente varias empresas (algunas de ellas latinoamericanas) han decidido llevar adelante sus procesos de reorganización concursal de acuerdo a la legislación y ante los tribunales de un país distinto al de su domicilio, lo que ha generado nuevas preguntas sobre el tema. Esta nueva concepción sobre la insolvencia extra nacional se enmarca en realidad dentro de una nueva concepción sobre el Derecho Concursal en general⁶⁷ por lo que es importante ver la incidencia que estos

⁶⁵ En palabras de A. Westbrook, un erudito norteamericano en la materia, “una ola de reforma en insolvencia (...) esta dando la vuelta al mundo” (...) a wave of bankruptcy reform (...) is sleeping around the World”. WESTBROOK, A., A Global Solution on Multinational Default, 98 MICH. L. REV. 2276, 2278 (2000), citado por el juez Allan L. Gropper, miembro del U.S. Bankruptcy Court del Distrito Sur de Nueva Cork. En: Current Developments in Internacional Insolvency Law, que puede consultarse en http://www.iiiglobal.org/calendar/conerence4/Current_Developments.pdf. Ello se ve reflejado en las reformas introducidas por varios países a la legislación concursal local desde el año 2000. Entre otros países, cabe destacar las reformas introducidas por Argentina, Brasil, Australia, Canadá, China, Alemania, Indonesia, México, Rusia, Tailandia, los países del este europeo, Unidos, Corea y Japón.

⁶⁶ Evidentemente uno de los objetivos de la Ley Modelo de UNCITRAL. Puede consultarse en varios idiomas (entre ellos, el español) en <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>.

⁶⁷ Para poder entender los temas que se estudian actualmente en el Derecho Concursal ver la introducción de los "Principios y líneas rectores para los sistemas eficientes de insolvencia y derechos de los acreedores" del Banco Mundial, publicados en abril de 2001 (disponibles, en: http://www.worldbank.org/ifa/ipgesp_pdf). Precisamente, el "principio" No. 24 de dicho trabajo refiere a las cuestiones internacionales. En la página 64 de los "Principios", se lee: *"El fenómeno de la insolvencia transfronteriza, donde la dispersión de los bienes y actividades del deudor genera una diseminación de intereses y pretensiones involucrando la potencial aplicación de más de un único sistema de Derecho, ha existido desde que las sociedades humanas han permitido la movilidad y el intercambio. La diversidad entre legislaciones domésticas-tanto en asuntos de detalle como en el enfoque fundamental de la insolvencia--hace esencial que los aspectos transfronterizos de la insolvencia sean resueltos. La globalización del comercio ha incrementado la incidencia de la insolvencia internacional. Más aún. la dimensión y la complejidad de tales insolvencias pueden ser lo suficientemente significativas como para suscitar el interés público acerca de los métodos a ser*

fenómenos en realidad han tenido en nuestras realidades económicas y así poder realmente evaluar la conveniencia o no de mejorar nuestro sistema concursal.

3.3.2 Concurso Transfronterizo en Perú

En nuestro país encontramos sobre el particular el Precedente de Observancia Obligatoria contenido en la Resolución N° 335-2000-TDC dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, seguido como acreedores por parte de BAXTER EXPORT CORPORATION (BAXTER EXPORT) y LABORATORIOS BAXTER S.A., y como deudor, contra PROVEEDORES HOSPITALARIOS S.A. – PROHOSA.

En este caso ocurrió que Baxter Export y Laboratorios Baxter solicitaron se declare la insolvencia de PROHOSA, afirmando mantener frente a ésta créditos vencidos y exigibles superiores a 50 UIT (US\$ 514 379,59 por concepto de capital y gastos x incumplimiento de pago de 26 facturas y 1 nota de débito).

seguidos, a fin de lograr soluciones justas y eficientes de los problemas expuestos. Esto ha dado lugar a una aceleración de los esfuerzos regionales para tratar las insolvencias transfronterizas y a iniciativas dirigidas a producir un enfoque global para los mismos problemas". Sobre el tema., puede verse: RIVERA, Julio César, Renovación de Principios Estructurales del Derecho Concursal. En: Revista del Derecho Privado y Comunitario - Concursos 11-2003, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp. 9 y ss. Una descripción de las cuestiones actuales sobre la insolvencia puede verse en la "Guía Legislativa sobre la Insolvencia", adoptada por la UNCITRAL en 2004. En: <http://www.Ullicitral.org/en-index.htm>.

Mediante Resolución N° 1623-1999/CRP-ODI-CAMARA Comisión emplazó a PROHOSA para que en cualquiera de las formas previstas en el artículo 11 de la Ley de Reestructuración Patrimonial, vigente en su momento, demuestre su capacidad de pago.

Los principales actuados en este procedimiento están contenidos en la propia resolución referida, así tenemos entonces que “PROHOSA formuló excepción de incompetencia y a su vez, se opuso a los créditos invocados por los acreedores. Respecto a incompetencia, PROHOSA manifestó que en virtud del Acuerdo de Distribución con Baxter Export Corporation de Miami - empresa matriz de Laboratorios Baxter - las partes voluntariamente se sometieron a la jurisdicción de cualquier corte estatal o federal del Estado de Illinois, Estados Unidos de América, en caso de incumplimiento del acuerdo.

En referencia a la oposición interpuesta frente a los créditos invocados, PROHOSA expuso que consideraba que no había crédito exigible a favor de Laboratorios Baxter, sino que, contrariamente a ello, ésta le adeudaba el importe de US\$ 30 967,05. Y respecto de Baxter Export indicó que a su vez esta le adeudaba US\$ 642 338,26.

Mediante Resolución N° 2598-2000/CRP-ODI-CAMARA la Comisión declaró infundadas tanto la excepción de incompetencia como la oposición formuladas por PROHOSA, y le requirió que en plazo no mayor de diez días hábiles presente una relación de bienes de su propiedad susceptibles de embargo.

En el caso referido no se evaluaba la ejecución del contrato suscrito entre las partes a fin de reconocer derechos o hacer cumplir obligaciones derivadas de dicho acuerdo, sino la situación de insuficiencia patrimonial de una persona jurídica constituida, domiciliada y cuyos bienes que conforman su patrimonio se encontraban en el Perú. En este sentido, dado que el pronunciamiento no versó sobre la relación contractual misma, sino sobre la situación patrimonial integral de la empresa, la autoridad concursal peruana resulta competente para conocer este procedimiento.

En cuanto a los créditos alegados por PROHOSA frente a Laboratorios Baxter, el referido procedimiento podría no constituir la vía idónea para que PROHOSA obtenga la declaración de un crédito a cargo del solicitante, o, de ser el caso, la compensación de los mismos frente a los créditos que alega mantener a su favor.

Con relación a los créditos invocados por Baxter Export, de los medios probatorios presentados no se desprendía la cancelación de dichos créditos.

A fin de realizar una evaluación real de la eventual situación de insolvencia de PROHOSA, era necesario concederle un plazo para que acredite su solvencia económica, conforme a lo establecido en el artículo 12 de la Ley de Reestructuración Patrimonial (hace mucho ya que en nuestra legislación concursal se ha eliminado la llamada prueba de solvencia).

Esta resolución se emitió con el voto singular del señor Carlos Cárdenas Quirós. En dicho voto, el señor Cárdenas afirmó que de la interpretación conjunta de los artículos 25^o del Código Procesal Civil, 2060^o y 2105^o del Código Civil, la prórroga de competencia acordada por las partes era válida, por lo que la autoridad competente para avocarse al presente procedimiento de insolvencia era cualquier corte estatal o federal del Estado de Illinois, y no la Comisión.

Tenemos entonces que PROHOSA apeló de dicha resolución, por lo que se formó un expediente que fue elevado a la Sala el 23 de febrero de 2000. En dicho recurso se expresaron los siguientes fundamentos:

Los acreedores no han acreditado fehacientemente la existencia de los créditos que invocan, pero aun cuando lo hubieran hecho, su legitimidad y cuantía debían ser declarados por el órgano jurisdiccional competente, de acuerdo con lo pactado en el Acuerdo de Distribución.

La solicitud de declaración de insolvencia configura un ejercicio abusivo del derecho de accionar de las empresas solicitantes, ya que desconocen la jurisdicción competente para resolver las discrepancias surgidas entre las partes.

El pacto de prórroga de competencia se encuentra regulado en el artículo 25º del Código Procesal Civil en los supuestos en que la ley no declare improrrogable tal jurisdicción. Dicha norma prevalece sobre lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley de Reestructuración Patrimonial, por cuanto esta disposición es aplicable únicamente con carácter supletorio y no imperativo.

La declaración de insolvencia se encuentra íntimamente vinculada a la relación contractual existente entre las partes dada la naturaleza de los créditos en discusión. En ese sentido, los créditos materia del referido procedimiento deben

ser objeto de verificación por el órgano jurisdiccional competente.

En un anterior procedimiento la Comisión desestimó los créditos invocados por los acreedores, declarando improcedente la solicitud.

De los antecedentes expuestos y del análisis efectuado, a criterio de la Sala, en el caso referido, las cuestiones en discusión consistieron en determinar, principalmente, lo siguiente:

Si la Comisión resulta competente teniendo en cuenta el sometimiento de las partes a la jurisdicción del Estado de Illinois en el acuerdo de distribución en el cual se originaron los créditos invocados,

Si corresponde realizar una compensación entre los créditos invocados por Laboratorios Baxter y Baxter Export frente a PROHOSA y los créditos alegados por PROHOSA a su favor frente a dichos créditos;

Si, de ser el caso, correspondía que la Comisión concediera a PROHOSA un plazo para que acredite solvencia, teniendo en cuenta que dicha empresa no demostró su capacidad de pago durante el desarrollo del procedimiento.

El pacto de prórroga de competencia en la ley peruana.

Artículo 2060º (C.C.).- La elección de un tribunal extranjero o la prórroga de jurisdicción en su favor para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial, serán reconocidas, siempre que no versen sobre asuntos de jurisdicción peruana exclusiva, ni constituyan abuso de derecho, ni sean contrarias al orden público del Perú.

En principio la elección de las partes de resolver sus controversias ante un tribunal de EEUU resultaría válido, y las decisiones de dicho tribunal deben ser reconocidas obligatoriamente por mandato expreso de esta norma.

El pacto de prórroga de competencia acordado por las partes.

En el régimen común, las empresas tienen la potestad de elegir la ley conforme a la cual se regirán sus relaciones comerciales, así como determinar la jurisdicción competente para la resolución de sus diferencias. Sin embargo, cuando las empresas ingresan a un estado de crisis económica, es posible que, dada su imposibilidad para cumplir con sus obligaciones mercantiles o la reducción sustancial de su

patrimonio, ingresen al régimen concursal. En estos casos, la elección realizada por las partes sobre la ley aplicable y la jurisdicción competente es desplazada por este régimen especial y de orden público, que es el régimen concursal.

Como puede observarse, la norma transcrita se refiere a acciones de tipo patrimonial general, pero no al régimen excepcional propio del derecho concursal, el cual tiene una regulación específica y de orden público.

En este orden de ideas, el sometimiento de dichas controversias a una jurisdicción diferente a la peruana es completamente válido y exigible a las autoridades peruanas, pero sólo en lo relativo a las diferencias en el ámbito de interpretación o ejecución de sus acuerdos privados, mas no en materias de orden público como lo es el régimen concursal.

El régimen concursal peruano no permite que la competencia territorial interna sea prorrogada por acuerdo entre las partes. Esto es así porque un proceso concursal involucra intereses de un colectivo de acreedores que podrían verse lesionados si el concurso se realizara en una circunscripción diferente a la del domicilio del deudor.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe norma expresa que establezca la jurisdicción internacional competente en materia concursal.

Sobre la determinación de la competencia jurisdiccional internacional en materia concursal, existe una discusión clásica, como ya lo hemos expuesto antes, entre dos concepciones básicas: de un lado, el binomio conformado por los principios de unidad y universalidad (teoría de la extraterritorialidad de la quiebra), y de otro, los principios de pluralidad y territorialidad (teoría de la territorialidad de la quiebra).

Conforme a la teoría de la extraterritorialidad de la quiebra, los jueces del Estado en que el deudor tenga su sede social deben tener competencia exclusiva para declarar el inicio del procedimiento concursal. Las decisiones de tales jueces deben, además, ser reconocidas por todos los estados en que se hallen los bienes del insolvente.

De acuerdo a la teoría de la territorialidad de la quiebra, serían competentes para adoptar decisiones en materia concursal los jueces de los estados donde el deudor posea bienes. Las decisiones que adopten dichos jueces tendrán una eficacia territorialmente limitada: desplegarán efectos

solamente en el territorio del estado al que pertenecen tales jueces, y sólo podrán afectar a los bienes que se encuentren en ese país.

Existe un criterio mixto entre ambas posiciones, denominado “teoría de los procedimientos secundarios de insolvencia”. Según esta teoría, es posible admitir un régimen que permite compatibilizar ventajas de las dos posiciones clásicas.

Esta teoría consiste en que, junto a la quiebra principal abierta en el país de la sede o domicilio del deudor, se admita la apertura de las quiebras parciales o secundarias ante tribunales de otros estados donde se hallan bienes del deudor.

La ventaja más importante de esta teoría es que ya no interesan las grandes diferencias que puedan existir entre las legislaciones nacionales, tales como la prelación de los créditos o el objetivo principal del sistema concursal que se aplique (ya sea éste protección del crédito, conservación de las empresas, salvaguardar puestos, etc.).

Dicha teoría es coherente con lo establecido por el marco normativo nacional vigente.

El Código Civil, en el Libro correspondiente a Derecho Internacional Privado, establece como regla general en su artículo 2057^o que los tribunales peruanos son competentes para conocer de las acciones contra personas domiciliadas en el territorio nacional.

Artículo 2061^o.- Los tribunales peruanos tienen competencia para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones relativas a universalidades de bienes, aun contra personas domiciliadas en país extranjero, cuando el derecho peruano sea el aplicable para regir el asunto, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado.

Sin embargo, se respeta la competencia peruana para conocer de las acciones relativas al patrimonio del declarado en quiebra, respecto a los bienes situados en el Perú, y sin perjuicio de lo dispuesto en el Título IV de este Libro (EXEQUÁTUR).

De la norma transcrita se desprende que, cuando se trate de pretensiones referidas al ejercicio de acciones relativas a universalidades de bienes (en general), las autoridades peruanas tienen siempre competencia si éstas se interponen contra personas domiciliadas en el país.

El segundo párrafo de este artículo especifica que para el patrimonio declarado en quiebra por otro Estado - que conforme a lo anterior se aplicaría solamente para personas no domiciliadas en territorio peruano - debe respetarse la competencia peruana respecto de los bienes situados en el Perú.

Tenemos que el ordenamiento jurídico establece en materia concursal que la competencia de la autoridad concursal peruana es obligatoria para las personas domiciliadas en territorio peruano (“procedimiento principal”).

Y respecto de personas no domiciliadas en el Perú, la autoridad concursal peruana sólo será competente previo reconocimiento de la sentencia extranjera que declare la insolvencia de dicha persona, y respecto de aquellos bienes que se encuentren ubicados en el territorio peruano. (“procedimiento secundario”). (Resolución N° 335-2000-TDC Indecopi)⁶⁸

Nuestro sistema de derecho internacional privado en materia concursal es un sistema de atracción, el mismo que además es

⁶⁸ Resumen del contenido de la Resolución N° 335-2000-TDC dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi.

improrrogable cuando se refiere a personas jurídicas domiciliadas en el país, por lo que de acuerdo a como vamos viendo evoluciona el Derecho Concursal es necesario actualicemos y permitamos una actuación más integrada con las economías desarrolladas que propugnan generar incentivos a la inversión en base a seguridad jurídica.

3.3.3 Concursos Transfronterizos en Chile

En Chile vinculado al tema que nos ocupa investigar en realidad hemos podido investigar sobre dos grandes casos que queremos referir como antecedentes importantes que analizar. Estos son los casos de **Onix Capital S.A. en Liquidación** y el de **Astaldi Sucursal Chile**, por lo que pasaremos a hacer un pequeño resumen de lo acontecido en cada caso en particular. Así tenemos:

3.3.3.1 Caso de Onix Capital S.A. en Liquidación

Onix Capital S.A., de propiedad de Alberto Chang, empresa de intermediación financiera, inició actividades en el 2009 (02/04/09) (Caso Onix en Liquidación, s.f.), dentro del rubro de sociedades de inversión y rentistas de capitales mobiliarios en general; es una filial del grupo Arcano, de propiedad de Alberto

Chang. Tenía como objetivo captar los fondos de sus inversionistas, a través de la suscripción de pagarés o títulos de deuda que ofrecían rentabilidad mayor a la que se manejaba en el mercado, pagando intereses mensuales o al vencimiento del título suscrito, dependiendo de lo acordado; pagos que inicialmente se efectuaron pero que posteriormente vencían sin recibir los intereses pactados.

¿Cómo se genera la crisis que lleva a Onix a una liquidación concursal? Pues, como le hemos manifestado líneas arriba, Onix era una sociedad de inversión. Captaba recursos en Chile, ofreciendo a los inversionistas una rentabilidad de hasta el 2.5% mensual, ello cuando la banca chilena ofrecía en promedio un 0.3% mensual; lo que en definitiva era para los inversionistas un buen negocio.

Dicha rentabilidad se pagaba bajo dos modalidades; una que significaba una rentabilidad mensual pagadera cada 30 días y otra rentabilidad compuesta que implicaba que, al cabo de determinado plazo (12 o 24 meses, por ejemplo), se pagaba el capital más los intereses. La tasa ofrecida inicialmente fue bajando progresivamente hasta llegar a un 1.2% para algunos de los instrumentos financieros que emitían. Una vez recibidas las inversiones, estas salían al extranjero a efectos de ser invertidos en negocios de alta rentabilidad, inversiones en capital de alto riesgo, y una parte retornaba a Chile para, ser invertidas

en compañías locales y pagar las ganancias ofrecidas a los inversionistas. Ello se dio inicialmente, sin embargo, llegó un momento en que se vencía el plazo de pago de rentabilidad respecto de los instrumentos financieros otorgados a los inversionistas sin que estos se puedan pagar.

Como consecuencia de ello, en virtud de la solicitud presentada por la sociedad Inversiones Aguasoro, por un crédito impago de \$70 millones de pesos; el 30 Juzgado Civil de Santiago de Chile, el 27 de abril de 2019 declaró la liquidación forzosa de Onix, la misma que sería notificada a la Presidenta del Directorio, Verónica Rajji, madre de Alberto Chang, a efectos de que, en virtud de lo dispuesto por la Ley 20.720, podía allanarse a la quiebra y con ello se iniciaría la venta de los bienes de Onix y sus subsidiarias para así pagar a los acreedores incluidos en el proceso de liquidación, o en su defecto, que se oponga y cancele los \$70 millones de pesos a Inversiones Aguasoro (Quiebra Onix La Tercera, s.f.).

El liquidador a cargo del procedimiento, designado por el 30 Juzgado Civil de Santiago de Chile es Carlos Parada.

En julio de 2016 se llevó a cabo la primera junta de acreedores, en la que el liquidador, Carlos Paredes informó a los abogados de los acreedores el informe de lo realizado hasta ese entonces; precisando que al 14 de junio de dicho se había logrado verificar la existencia de créditos por \$75.438 millones

de pesos, estando a que la Tesorería General de la República era el acreedor más importante, por \$10.522 millones de pesos. Siendo que los activos de la empresa no facilitarían la recuperación de dichos créditos, más aun, teniendo en cuenta que muchos de ellos se ubicaban en el extranjero (Caso Onix El Político, s.f.).

A raíz de ello, la junta de acreedores considera la posibilidad de llevar a cabo una liquidación transfronteriza de los inmuebles que posee Chang en el extranjero, **la cual sería la primera de este tipo que se hace en Chile.**

Posteriormente, en una entrevista efectuada al liquidador, el Sr. Paredes afirmó que la empresa poseía bienes en Estados Unidos, Reino Unido, Australia, Isas Vírgenes Británicas, China y Malta (T13 Chile Onix Bienes en Extranjero, s.f.), viéndolo como una oportunidad de recuperar parte de las acreencias impagas.

Es debido a ello que, mediante Resolución de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento N° 4424, de fecha 25 de julio de 2016 se autorizó la liquidación de los bienes que Onix Capital S.A. tenía en el extranjero, vale decir que el liquidador tenía facultades para accionar en los países en los que dicha empresa mantenía bienes de su propiedad; ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 304 de la Ley 20.720, que a la letra dice:

Artículo 304.- Autorización para actuar en un Estado extranjero.

La Superintendencia será el órgano legitimado para actuar en un Estado extranjero en representación de un procedimiento iniciado en Chile con arreglo a esta ley o a toda otra norma especial relativa a la insolvencia, en la medida en que lo permita la ley extranjera aplicable.

La Superintendencia podrá delegar esta autorización para actuar en el administrador concursal que esté conociendo del procedimiento. La responsabilidad civil y administrativa en la que pudieren incurrir en el ejercicio de sus funciones en un procedimiento extranjero se hará valer de acuerdo a los términos establecidos en esta ley.

A decir de Rodrigo A. Rettig Vargas, Presidente de la Junta de Acreedores de Onix, a través de la insolvencia transfronteriza en virtud de la liquidación de Onix: “se ha dado un importante punto de inflexión de positivo carácter en este macro proceso iniciado ya hace casi dos años, a través del reconocimiento del señor Parada en Estados Unidos, Inglaterra, Isla de Man y Australia, logrando incautar activos en dichos Estados por más de 10 millones de dólares, y quien continuará solicitando

reconocimiento en otras jurisdicciones donde el estafador-fallido tiene activos.

Continúa a su vez manifestando que, el Sr. Parada, “como liquidador reconocido en dichos países, ha sido investido con una serie de atribuciones que le han permitido requerir información a instituciones bancarias, instituciones públicas y fiscalizadoras, citar a declarar a personas que pueden aportar información para la búsqueda de nuevos dineros, entre otras facultades como si fuera un liquidador propio de cada uno de esos países. En virtud de ello, no tan sólo ha podido hacerse de los activos que habían sido ya detectados en el marco de las investigaciones llevadas a cabo en sede penal como ya se señaló, sino que logró encontrar bienes que no estaban en el “radar” de ninguna persona o institución dentro del proceso penal, tales como cuentas con dineros líquidos en Australia, Inglaterra y depósito de obras de arte en Estados Unidos.” (Blog El Mostrador Onix, s.f.).

Con ello se esperaba que el liquidador pueda recuperar los bienes que había en el extranjero, de Onix, del Sr. Chang y de las sucursales vinculadas a Onix, a efectos de poder recuperar los créditos impagos, para lo que además se buscó contratar a estudios norteamericanos que puedan lograr encontrar dichos bienes de manera efectiva y que la insolvencia de Onix pueda ser reconocida por los tribunales de dichos países. Teniendo en

cuenta además que, se tenía conocimiento de que el Sr. Chang, habría destinado grandes sumas de las inversiones realizadas a las cuentas de Onix, a sus cuentas personales.

Adicionalmente a lo expuesto, consideramos importante manifestar que, debido a la crisis de Onix y a la forma en que se ofrecían los instrumentos financieros con una rentabilidad que, a sabiendas de los propietarios y gerente, significaban una estafa, se realizaron determinadas investigaciones que significaron la condena del Sr. Alberto Chang, a quien se le siguió un proceso de extradición desde Malta, lugar donde contaba además con bienes; a su madre en calidad de Presidenta del Directorio y a Niccole Jacqueline Soumastre Dreiman, Gerente general de Onix, ordenando a esta última el pago de una indemnización de \$53.000.000 millones de pesos, en razón de haber incumplido sus deberes fiduciarios (La Vanguardia Onix, s.f.).

3.3.3.2 Caso de Astaldi Sucursal Chile

Astaldi Sucursal Chile, es una sucursal de Astaldi SPA en Italia, esta última en crisis financiera y sometida a una reestructuración financiera mediante un procedimiento concursal seguido por ante el Tribunal Ordinario Di Roma Sezione Fallimentare (Juzgado Civil de Roma, Sala de Quiebras) en Italia, proceso en el que se declaró un Acuerdo Preventivo de

Continuidad de Negocio. En dicho procedimiento, el 17 de octubre de 2018, se designó a tres administradores judiciales: Stefano Ambrosini, Vecenso Iofreddi y Francesco Rocchi.⁶⁹

Es evidente que dicha crisis que trajo como consecuencia que su sucursal en Chile se vea afectada. Ello se dio justamente en razón a que Astaldi Sucursal Chile, era su principal sucursal, conllevándola así a un proceso de reorganización financiera en Chile.

En virtud de ello, Nelson Contador Rosales, en calidad de mandatario judicial designado por Filippo Stinellis en representación de Astaldi Spa (Italia), solicitó al Tribunal de Santiago de Chile el reconocimiento del procedimiento concursal de Astaldi Spa para Astaldi Sucursal Chile, además de ello, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1) del artículo 316 de la Ley 20.720, solicito que previo a resolver dicho reconocimiento, se otorgue cautelarmente la protección financiera concursal de Astaldi Sucursal Chile, según lo dispuesto en el numeral 1) del artículo 57 de la referida ley.

Como consecuencia de esto, mediante Boletín Concursal, el 16 de noviembre de 2018, se publicó la resolución mediante la que se otorgó a Astaldi una medida cautelar provisional, por la

⁶⁹ De la oposición de medida cautelar solicitada por Empresa Nacional de energía Enex S.A.

que se concedió protección financiera, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1) del artículo 57 de la Ley 20.720.

El 28 de enero de 2019 la empresa Turismo Cocha ingresó una demanda al 11 Juzgado Civil de Santiago de Chile para que se ordenara la liquidación forzosa de Astaldi, ello en virtud de una deuda que mantenía a su favor a dicha fecha, por el no pago de 33 facturas por una cantidad de más de \$761 millones de pesos.

Con dicha solicitud, se generaría un procedimiento judicial paralelo a lo que sucedía en Italia, donde Astaldi también participó en un proceso que se inició en octubre del 2018 por ante el Tribunale Ordinario Di Roma Sezione Fillimantare, organismo que ordenó la suspensión de todos los pagos de la matriz y de todas sus agencias en el mundo, afectando con ello a la sucursal local de Astaldi, que se vio imposibilitada de seguir pagando en Chile sus compromisos en términos normales (La Tercera Astaldi, s.f.).

Es así que, en Audiencia del 26 de febrero de 2019, Astaldi, dada la situación financiera por la que atravesaba que también solicitó su acogimiento al procedimiento concursal, finalmente optó por acogerse a un procedimiento de reorganización concursal respecto de las acreencias que mantenía con sus acreedores chilenos. Con ello, se llevaría en paralelo la

reorganización de Astaldi Sucursal de Chile con la matriz Astaldi Spa en Italia.

A dicha fecha, Astaldi tenía entre sus principales acreedores chilenos a BTG Pactual, Itaú CorpBanca y Emin Ingeniería y Construcción; siendo que las deudas vencidas, incumplidas y en ejecución con Itaú Corpbanca, ascendían, sólo por concepto de capital, a US\$ 6,2 millones (CLA Astaldi, s.f.).

En abril del 2019, el 92% de los acreedores con derecho a voto de Astaldi, con la asistencia de 147 acreedores, aprobaron un plan de reestructuración que permitirá a la empresa evitar la quiebra; plan mediante el que debían cancelar sus deudas de más de \$38 millones de pesos (US\$ 58 millones), en tres años. Dicho plan establecía que se pagaría a los acreedores siguiendo dos parámetros, el primero, implicaba que a los acreedores con acreencias superiores a los \$10 millones de pesos, se les pagaría el 75% del total de la deuda, más un interés anual del 5% 7, mediante 11 cuotas trimestrales; con vencimiento de la primera cuota el 16 de julio de 2019, pagando la diferencia del 25% más los intereses del 5% anual en abril de 2022. En cuanto al segundo parámetro, esto es, acreedores con obligaciones impagas menores a \$10 millones de pesos, se les pagaría en el plazo de un año, con cuotas trimestrales que se cancelarían desde el 16 de julio de 2019. El cumplimiento del plan suscrito estaría a cargo de un comité supervisor conformado por los

acreedores, quienes además de verificar ello, recibirían informes de Astaldi respecto de sus proyectos (ConstrucciónPA Astaldi, s.f.).

3.3.4 Concurso Transfronterizo en Colombia

En Colombia hemos encontrado un caso con relevancia que es específicamente el caso de **Pacific Exploration & Production Corporation** (Antes Pacific Rubiales Energy Corp. y luego Frontera Energy Corporation).

Este es el caso de una empresa petrolera dedicada a la exploración, desarrollo y producción de petróleo crudo y gas natural, que el 27 de abril de 2016 se sometió a un procedimiento concursal por ante la Corte Superior de Justicia de Ontario, Canadá, ello en razón a una deuda de 5,300 millones de dólares.

Con la finalidad de lograr la reestructuración financiera, Pacific negoció con sus acreedores y con el fondo de inversiones Catalyst Capital dicha posibilidad, a efecto de que se vieran satisfechos, cuando menos en cierta medida, las acreencias pendientes de pago; toda vez que Pacific ya había incumplido el pago de intereses de los bonos emitidos, por más de US\$4,000 millones en valor nominal, ello sin contar las deudas que tenía con entidades financieras por más de US\$ 1,000 millones (Semana Económica Astaldi, s.f.).

Los 5.300 millones de la deuda serían canjeados por el 58,2% de sus acciones comunes en el marco del acuerdo de reestructuración a favor de los acreedores afectados, Catalyst adquiriría el 29,3% y los acreedores que financiarían la transacción con el 12,5% de las acciones de Pacific.

Respecto de Catalyst Capital Group Inc, consideramos importante precisar que previamente a la solicitud de reconocimiento de insolvencia en el extranjero, Pacific, en abril del 2016, suscribió con esta un acuerdo integral de reestructuración financiera, ello con la finalidad de mejorar la liquidez de Pacific. Mediante dicho acuerdo, Catalyst aportaría a Pacific 250 millones de dólares, mientras que, como quiera que se requería un financiamiento con inyección de capital de US\$ 500 millones, el 50% restante sería aportados a través de la emisión de bonos con diferentes acreedores inversionistas (Reuters Pacific, s.f.).

Como consecuencia de dicho sometimiento a un procedimiento concursal, según lo dispuesto en el Título III de la Ley 1116 de 2006, Ley de Arreglos de Acreedores de Compañías que dice:

TITULO III.

DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA.

CAPITULO I.

DISPOSICIONES GENERALES.

ARTÍCULO 85. FINALIDADES. El presente Título tiene como propósito:

1. Regular la cooperación entre las autoridades competentes de la República de Colombia y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza.

2. Crear un mecanismo que dote de mayor seguridad jurídica al comercio y las inversiones.

3. Propender por una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor.

4. Garantizar la protección de los bienes del deudor y la optimización de su valor.

ARTÍCULO 4o. PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA. El régimen de insolvencia está orientado por los siguientes principios:

(...)

6. Reciprocidad: Reconocimiento, colaboración y coordinación mutua con las autoridades extranjeras, en los casos de insolvencia transfronteriza. (Ley 1116 Colombia, 2019)

El 4 de mayo de 2016 Pacific solicitó el reconocimiento del proceso de insolvencia extranjero de Pacific y sus sucursales vale decir, Meta Petroleum Corp Sucursal Colombia, Pacific Stratus Energy Colombia Corp. Sucursal Colombia y Petrominerales Colombia Corp. Sucursal Colombia, todas con

domicilio en Bogotá, y a Pricer Waterhouse Coopers Inc. Como representante del Grupo Pacific, con las facultades que les otorga los artículos 96 y 97 de la precitada ley⁷⁰. Es así que mediante Auto del 25 de mayo de 2016, se convocó a Audiencia a efectos de resolver el reconocimiento del proceso de insolvencia extranjero en Colombia, para lo que se dispuso que los representantes legales de cada compañía debían hacer de público conocimiento en cada una de sus sedes, de la audiencia convocada, precisando fecha y hora, además de publicarlo en sus páginas web y diarios.⁷¹

El 10 de junio de 2016, mediante el Auto 400-000416, expedido por la Superintendencia de Sociedades de Colombia, se resolvió reconocer en Colombia el proceso de insolvencia iniciado por PACIFIC EXPLORATION & PRODUCTION CORPORATION en Antario, además del de las tres empresas precitadas. Asimismo, se dispuso que Price Whaterhouse

⁷⁰ ARTÍCULO 96. SOLICITUD DEL REPRESENTANTE EXTRANJERO DE APERTURA DE UN PROCESO CON ARREGLO A LAS NORMAS COLOMBIANAS RELATIVAS A LA INSOLVENCIA. Todo representante extranjero estará facultado para solicitar la apertura de un proceso con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia, si por lo demás cumple las condiciones, requisitos y supuestos para la apertura de ese proceso. (Ley 1116 Colombia, 2019)

ARTÍCULO 97. PARTICIPACIÓN DE UN REPRESENTANTE EXTRANJERO EN UN PROCESO ABIERTO CON ARREGLO A LAS NORMAS COLOMBIANAS RELATIVAS A LA INSOLVENCIA. A partir del reconocimiento de un proceso extranjero, el representante extranjero estará facultado para participar en todo proceso abierto respecto del deudor con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia. (Ley 1116 Colombia, 2019)

⁷¹ Según Auto de la Superintendencia de Sociedades de Colombia N. 2016-01-417608. (https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_insolvencia/consulta_jurisprudencia/Jurisprudencia/2016-01-417608.PDF)

Coopers Inc., representante extranjero del proceso de insolvencia, remita reportes semanales respecto de la disponibilidad y estado de flujos de caja del Grupo Pacific, debiendo además presentar un flujo de caja complementario respecto de los pagos de los créditos de acreedores colombianos que no estaban incluidos en la información previamente presentada. Dando respuesta a dicho requerimiento, el 24 de junio de 2016 se presentó información mediante la que se acreditó que, a mayo del 2016, el pasivo de la deudora concursada era de US\$ 319 millones.

Consideramos importante además manifestar que se le requirió a Pacific, el inventario de los bienes que hubieran otorgado en garantía de sus obligaciones, con la precisión de si eran necesarios y no necesarios para el desarrollo de la actividad económica de cada sociedad, con la valoración correspondiente, según la información contenida en sus estados financieros. Dicho pedido lo hizo la Superintendencia bajo la premisa de que con dicha información se podía garantizar la transparencia del proceso frente a las actividades de la compañía y de sus sucursales en Colombia, además, claro está, de saber la verdadera situación financiera del grupo Pacific (Portafolia Pacific, n.d.).

Para junio de 2017, meses posteriores de haber concluido el plan de reestructuración con Catalyst y algunos acreedores,

Pacific Exploration & Production Corporation anunció su cambio su nombre corporativo a Frontera Energy Corporation (Portafolio Pacific 2, n.d.).

4 CAPITULO IV: DISCUSIÓN

Sobre la investigación que vengo desarrollando es importante discutir y contrastar toda la base teórica con las propuesta de solución legislativa que se han planteado en general en el mundo entero, e incluso a nivel de países vecinos para establecer su valor y utilidad objetiva comparando sus aporte, ventajas y desventajas para finalmente poder establecer una propuesta que en realidad cumpla con el objetivo principal de esta investigación, que es la de lograr una normativa moderna que en realidad contribuya con incentivar la inversión en el país y no generar perjuicios importantes en nuestra economía y por tanto en el bienestar general que se ve seriamente afectado cuando las crisis patrimoniales no son eficientemente atendidas, para ello tenemos que revisar varias alternativas, sin lugar a dudas las más importante de todas es la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre la Insolvencia Transfronteriza.

4.1 Preámbulo y consideraciones generales de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre la Insolvencia Transfronteriza (Ley Modelo Insolvencia, n.d.).

Como preámbulo de dicha norma se establece claramente que su finalidad es la La finalidad de la presente Ley es la de establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia

transfronteriza con miras a promover el logro de los objetivos siguientes:

- a) La cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de este Estado y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza;
- b) Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones;
- c) Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor;
- d) La protección de los bienes del deudor, y la optimización de su valor; así como
- e) Facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo. (Ley Modelo Insolvencia, n.d.)

Nota importante: A efectos de no sobredimensionar innecesariamente la magnitud de la presente investigación hemos considerado pertinente incluir toda la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre la Insolvencia Transfronteriza como Anexo de la presente

tesis, donde podrán verse con detalle todo su articulado y los capítulos que la integran, a saber:

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Ámbito de aplicación

Artículo 2. Definiciones

Artículo 3. Obligaciones internacionales del Estado

Artículo 4. [Tribunal o autoridad competente]⁷²

Artículo 5. Autorización dada a [indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar la reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno de este Estado] para actuar en un Estado extranjero

Artículo 6. Excepción de orden público

Artículo 7. Asistencia adicional en virtud de alguna otra norma

Artículo 8. Interpretación

CAPÍTULO II. ACCESO DE LOS REPRESENTANTES Y ACREEDORES EXTRANJEROS A LOS TRIBUNALES DEL ESTADO

⁷² Aquellos Estados en los que algunas de las funciones relacionadas con el procedimiento de insolvencia sean habitualmente conferidas a determinados mandatarios judiciales u órganos públicos podrán, si así lo desean, insertar en el artículo 4, o en algún otro lugar del capítulo I, la disposición siguiente: “ Nada de lo dispuesto en la presente Ley afectará a las disposiciones de este Estado relativas a los poderes de que goza [indíquese la denominación de la persona u órgano habitualmente designado]”.

Artículo 9. Derecho de acceso directo

Artículo 10. Jurisdicción limitada

Artículo 11. Solicitud del representante extranjero de que se abra un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

Artículo 12. Participación de un representante extranjero en un procedimiento abierto con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

Artículo 13. Acceso de los acreedores extranjeros a un procedimiento seguido con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

Artículo 14. Notificación a los acreedores en el extranjero con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

CAPÍTULO III. RECONOCIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO EXTRANJERO Y MEDIDAS OTORGABLES

Artículo 15. Solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero

Artículo 16. Presunciones relativas al reconocimiento

Artículo 17. Resolución de reconocimiento de un procedimiento extranjero

Artículo 18. Información subsiguiente

Artículo 19. Medidas otorgables a partir de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero

Artículo 20. Efectos del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

Artículo 21. Medidas otorgables a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero

Artículo 22. Protección de los acreedores y de otras personas interesadas

Artículo 23. Acciones de impugnación de actos perjudiciales para los acreedores

Artículo 24. Intervención de un representante extranjero en procedimientos que se sigan en este Estado

CAPÍTULO IV. COOPERACIÓN CON TRIBUNALES Y REPRESENTANTES EXTRANJEROS

Artículo 25. Cooperación y comunicación directa entre un tribunal de este Estado y los tribunales o representantes extranjeros

Artículo 26. Cooperación y comunicación directa entre [indíquese la denominación de la persona o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro] y los tribunales o representantes extranjeros

Artículo 27. Formas de cooperación

CAPÍTULO V. PROCEDIMIENTOS PARALELOS

Artículo 28. Apertura de un procedimiento con arreglo a [identifíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] tras el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

Artículo 29. Coordinación de un procedimiento seguido con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] y un procedimiento extranjero

Artículo 30. Coordinación de varios procedimientos extranjeros

Artículo 31. Presunción de insolvencia basada en el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

Artículo 32. Regla de pago para procedimientos paralelos

(Ley Modelo Insolvencia, n.d.) ⁷³

4.2 Alcances y marco teórico de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre la insolvencia transfronteriza

4.2.1 Concepto

⁷³ Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Recuperado de: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactments.pdf>

El presente acápite referido al análisis de la propuesta normativa contenida en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, así como la propuesta normativa que se propondrá en la investigación en base al texto guía para su incorporación al derecho nacional, pasa por entender que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) es el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Entre sus principales actividades están la elaboración de convenios, leyes, modelos y normas aceptadas mundialmente, así como preparación de guías legislativas y formulación de recomendaciones, presentación de información actualizada sobre jurisprudencia referente a los instrumentos y normas de derecho mercantil uniforme y sobre su incorporación al derecho interno.

En ese sentido, desde el año 1995 la CNUDMI ha pretendido unificar los diferentes criterios normativos respecto a la insolvencia transfronteriza, habiéndose emitido tres documentos: la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997), la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de Insolvencia (2004), y la Guía de Prácticas de la CNUDMI sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza (2009).

Asimismo, la Ley Modelo de la CNUDMI busca evitar el fraude internacional, mejorando la coordinación entre los operadores involucrados en un procedimiento de insolvencia de carácter

internacional. Así, cuando la ley interna de un Estado permite la coordinación sobre insolvencias transfronterizas, se logran adoptar soluciones que benefician tanto al deudor como a los acreedores, fomentando el comercio internacional con ese mismo Estado.

En este contexto, para que un procedimiento de insolvencia quede dentro del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, un procedimiento extranjero de insolvencia deberá poseer ciertas características: un fundamento en derecho interno de la insolvencia del Estado de origen; una representación colectiva de los acreedores; el control o la supervisión de los bienes o negocios del deudor por un tribunal u otro órgano oficial; y la reorganización o liquidación del negocio del deudor como finalidad del procedimiento⁷⁴.

4.2.2 Jurisdicción Internacional en materia concursal

En total son tres las teorías sobre jurisdicción internacional concursal en los casos que tienen relación con la insolvencia transfronteriza: (i) la Teoría de la Territorialidad, (ii) la Teoría de la Universalidad y (iii) la Teoría de los Procedimientos Secundarios, cuyas principales características son las siguientes:

⁷⁴ Artículo 2º, inciso a). Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza.

4.2.2.1 Teoría de la Territorialidad o Pluralidad (La Territorialidad del Concurso)

De acuerdo con esta teoría, cuando un deudor concursado mantenga bienes ubicados en diferentes países, y es sometido a concurso en el país donde domicilio, los bienes del deudor que se encuentren ubicados en otros países diferentes de aquel de su domicilio original se encontrarán sujetos a la jurisdicción privilegiada de las autoridades concursales de cada Estado en los que el deudor tenga patrimonio, por lo que cada proceso concursal se deberá instaurar y proseguir de acuerdo a las reglas concursales locales de cada Estado implicado en la crisis patrimonial.

Así, deberán tener competencia para tomar las resoluciones en materia concursal respectivas las autoridades de los Estados donde el deudor concursado tenga patrimonio y bienes, y las disposiciones que las referidas autoridades tomen tendrán una validez territorialmente limitada, solamente en el territorio del país al que dichas autoridades pertenecen, y estando comprendidos únicamente los bienes ubicados en dichos Estados.

Esto implica que existirán tantos procesos concursales como Estados donde el concursado tenga patrimonio, ocurriendo que

en cada nación se promueven, ejecutan y resuelven según las normas vigentes en el respectivo país, en donde sólo podrán participar los acreedores del país involucrado y la masa concursal se limitará sólo al territorio de cada país donde el concurso se instaure.

4.2.2.2 Teoría de la Universalidad o Unidad (Extraterritorialidad del Concurso)

Al amparo de esta Teoría existe una única jurisdicción principal que tiene competencia exclusiva y excluyente para conocer del trámite del proceso concursal, por lo que los otros países que no tienen la jurisdicción principal únicamente podrán derivar hacia esta jurisdicción principal la decisión sobre el patrimonio del deudor concursado que se encuentren ubicados en sus territorios.

Así, existirá un único proceso concursal que abarcará todo el patrimonio del deudor concursado, donde quiera que éstos se encuentren, aplicándose un único procedimiento al cual concurren todos los acreedores, ya sean éstos nacionales o extranjeros, siendo que las decisiones asumidas por las autoridades competentes en este proceso se deberán reconocer y ejecutar en todos los demás países donde tenga bienes el concursado.

4.2.2.3 Teoría de los Procedimientos Secundarios

En mérito a esta teoría, se registra un concurso principal, el mismo que debiera iniciarse ante la autoridad o tribunal concursal competente del Estado donde el concursado tenga su sede social o domicilio principal y, adicionalmente, se deberán iniciar y reconocer procedimientos concursales secundarios que se deberán instaurar en cada uno de los Estados en los que el insolvente pudiera tener registrados bienes y patrimonio.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que tanto el procedimiento concursal principal como los procedimientos concursales secundarios se regirán por sus respectivas normativas y competencias concursales.

Siendo ello así, los procedimientos secundarios buscan proteger los intereses locales, es por tanto evidente que su efectividad estará circunscrita a poder disponer y liquidar el patrimonio ubicado en el respectivo país, cancelar a los acreedores nacionales y remitir a la autoridad donde se tramite el proceso principal el saldo que pudiera quedar, si es que este fuera el caso.

4.2.3 Condiciones de acceso básico y diseño legal del procedimiento concursal

La Ley Modelo coloca como elemento medular para establecer el lugar del procedimiento principal el Estado donde el deudor tenga su centro de interés; sin embargo, no describe las condiciones exactas para definir el centro de los principales intereses del deudor⁷⁵, por lo que la legislación nacional podría añadir en ello las características que no se reduzcan únicamente al lugar donde se encuentra sus bienes, pues, dado el importante desarrollo económico de las empresas que tienen presencia internacional, éste no sería un elemento suficiente; como consecuencia de ello, la presunción de residencia habitual del deudor debiera ir acompañado por el lugar donde se realicen las actividades principales de dicho deudor (Artículo 17º, literal b, inciso 2 de la Ley Modelo), toda vez que, naturalmente, cada Estado velará por la satisfacción de sus créditos locales.

Por lo tanto, es de vital importancia colocar expresamente las presunciones que deja el contenido de la Ley Modelo, en razón a que ello permite identificar los términos en los que se debe tratar al deudor, así como identificar la competencia y establecimiento del procedimiento principal y los secundarios; así, también, permitirá que el tribunal local

⁷⁵ A partir del contenido de la Ley Modelo se desprende la preeminencia que se otorga al centro de interés del deudor, tal como lo señala el numeral 144 del Texto Guía de análisis del artículo 16º de la Ley Modelo.

pueda, con especial prontitud, reconocer el procedimiento en el extranjero.

Por su parte, para la implementación de esta disposición en la norma nacional, resulta ser de gran utilidad el detalle de condiciones para el reconocimiento del procedimiento extranjero que en la Ley Modelo son presunciones, tales como la definición de centro de interés del deudor, así como también el establecimiento de formas alternativas que deben comprender la documentación sobre el carácter transnacional del concursado, así como de sus negocios, de tal manera que ello permita la celeridad en el reconocimiento del proceso concursal al amparo de lo que la Ley Modelo de manera acertada propone.

Por otro lado, no puede inobservarse que la Ley Modelo, con fin de brindar un ágil desenvolvimiento del proceso de reconocimiento, no está exigiendo una forma *ad solemnitatem* para los documentos de prueba que se presenten como apoyo a la solicitud de reconocimiento, siendo que, al no haber una formalidad expresa, la legislación nacional deberá considerar el sentido de la norma de simplificación al trámite y revestir en sí misma la autenticidad para evitar dilaciones de tiempo en el reconocimiento oportuno del procedimiento extranjero.

En adición a ello, las notificaciones a los acreedores en el extranjero son delegadas principalmente a las normas procesales nacionales, por lo que el Perú, por ejemplo, tiene que aplicar su legislación procesal de

la materia. Sin embargo, en este extremo, la Ley Modelo postula la notificación directa de los acreedores que informe el representante extranjero, para lo cual deberá evaluarse la factibilidad de lograr dicha notificación directa en cada caso concreto.

Finalmente, existen algunas consideraciones que no pueden ser omitidas, y que según (Vilchez Durán, 2009), en su análisis de la aplicación colombiana del texto de la Ley Modelo, la norma bajo comentario da un amplio espacio para la discreción de los Estados respecto a la evaluación de insolvencia transfronteriza, ello toda vez que, en estricto, no trata de manera sustancial el fenómeno de la insolvencia transfronteriza, al carecer de parámetros uniformes de los criterios con los cuales debe entenderse a nivel internacional que un deudor está incurso en una situación de insolvencia. En ese sentido, lo cierto es que se delimita a una definición adjetiva antes que a una sustantiva y, citando a Rodríguez Espitia (2007), nuestra parte se acoge a la siguiente posición sobre la Ley Modelo: “[...] no busca la unificación de las normas de derecho sustantivo de la insolvencia, sino una armonización de los distintos ordenamientos aplicables, mediante soluciones que puedan resultar útiles”.

En síntesis, efectivamente, corresponde al Estado local, entonces, discriminar los factores y condiciones en los que deberá impartir justicia a los acreedores extranjeros respecto a los procedimientos de insolvencia que superen su territorio.

La Ley Modelo CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza del 15 de diciembre de 1997, a decir de (Bork, 2018), a julio de 2018 se ha incorporado a la legislación nacional de 41 estados. Además de ello, refiere que se ha dado una serie de recomendaciones de organizaciones internacionales, entre las que se puede destacar los Principios de cooperación en casos de insolvencia transnacionales entre los países del TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte), desde el año 2000, así como el Concordato transfronterizo de insolvencia, creado por la Asociación Internacional de Abogados de 1996, datos importantes a tener en consideración.

4.3 Análisis de la propuesta normativa de la International Bar Association IBA - Comité Insolvency and creditors rights: “Cross-border insolvency concordat

Como ya se ha comentado anteriormente esta importante organización emitió el “concordato de insolvencia transfronteriza” (“cross-border insolvency concordat”) fue elaborado por el “Comité J” de la International Bar Association (IBA), recibiendo la aprobación de su consejo en mayo del año 1996.

El objetivo del “concordato” era proveer un marco de principios generales para tratar insolvencias transfronterizas, en una época en la que todavía no se habían concluido los trabajos de la Ley Modelo UNCITRAL. Así, conforme se lee en la introducción a los diez principios que constituyen el “concordato”,

se trataba de una medida provisional hasta que los tratados o leyes especiales sean adoptados por los países; su intención: es guiar a los jueces y abogados en la armonización de las insolvencias transfronterizas.

Esto surgió por la necesidad de contar con una serie de principios de coordinación entre tribunales de distintos países surgió con absoluta e inapelable claridad en 1991, en el conocido caso Maxwell, que implicó por primera vez la coexistencia de dos procedimientos principales de insolvencia ante tribunales de distintos países, como eran en dicho caso los de Estados Unidos (Nueva York) y el Reino Unido (Londres). A fin de coordinar dichos procedimientos, los “joint administrators” (administradores conjuntos) designados por el tribunal de Londres y el “examiner” (examinador) designado por la Corte de Nueva York firmaron un “protocol” (protocolo), que fue luego aprobado judicialmente. El protocolo regulaba distintas cuestiones referidas a la coordinación de ambos procedimientos de insolvencia a fin de evitar conflictos entre ambos tribunales que finalmente irían en contra del interés de todas las partes: maximizar el valor de la empresa a fin de obtener un mayor valor para satisfacer los créditos de los acreedores.

Siendo ello así, dado el éxito que la suscripción del protocolo tuvo en este caso, a partir de entonces su uso fue común en la mayoría de casos de quiebra extranacional que llegaron a los tribunales norteamericanos, fundamentalmente por parte de los jueces de Estados Unidos y Canadá, así como los de Estados Unidos y el Reino Unido.

Por lo que podemos concluir que esta solución quedó como una muestra de lo que en casos de insolvencia transfronteriza actos de cooperación entre autoridades concursales pueden contribuir a minimizar el impacto de estas crisis, pero no hacía ni realizaba un análisis pormenorizado de todas las situaciones que estas crisis traen consigo y por tanto no es una alternativa completa que pudoera usarse para ver de darle solución a este problema en nuestro país.

4.4 Análisis de la propuesta normativa de contenida en los principios de cooperación en casos de insolvencia transnacional entre países miembros del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. American Law Institute – ALI, Transnational Insolvency cases among the members of the NAFTA)

Aprobados en mayo del 2000 por el American Law Institute de los Estados Unidos, estos principios se dividen en tres partes. En primer lugar, los principios generales, entre los que resaltan: (i) la cooperación que debe existir entre los tribunales y los síndicos en situaciones de insolvencia internacional; (ii) el reconocimiento que debe dársele a un procedimiento de insolvencia en los países del NAFTA; y, (iii) la no discriminación que debe existir hacia acreedores con motivo de su nacionalidad, residencia o domicilio.

En segundo lugar, los principios procedimentales que describen los procedimientos para lograr la aplicación de dichos principios generales y a su

vez versan sobre situaciones prácticas de cooperación entre los tribunales de los tres países, conforme la legislación vigente.

Finalmente, las recomendaciones legislativas, que sugieren modificaciones legislativas en los Derechos internos de los países, a fin de alcanzar un mayor grado de cooperación internacional (entre ellas se encuentra la adopción de la Ley Modelo UNCITRAL, lo que ya ha ocurrido, como ya lo hemos referido en Chile, Colombia y México).

Por lo que dada esta importante experiencia internacional podemos concluir que al igual que estos países la mejor alternativa en asumir en nuestro país la incorporación imedita y total de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre la Insolvencia Transfronteriza.

4.5 Análisis de la propuesta normativa de la Convención de la Unión Europea (UE) sobre procedimientos de insolvencia/Reglamento 1346/2000 de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia

Como ya se expuso en el 1995, el Consejo de Ministros de la Unión Europea aprobó el texto de una convención sobre procedimientos de insolvencia, la cual (para entrar en vigencia) debía ser ratificada antes del 23 de mayo de 1996 por los quince países entonces miembros de la Unión

Europea. Por razones extrajurídicas, el Reino Unido se negó a ratificarla, con lo cual finalmente dicha convención no pudo entrar en vigencia.

Siendo ello así, con la finalidad de incorporar dicho cuerpo normativo a los países miembros de la Comunidad, el Consejo de la Unión Europea, con fecha 29 de mayo de 2000, decidió su adopción como “Reglamento”. El “Reglamento 1346/2000 de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia entró en vigencia el 31 de mayo de 2002 y es aplicable en todos los países de la Unión Europea, con excepción de Dinamarca.

El Reglamento consta de cuarenta y siete artículos divididos en cuatro capítulos: Disposiciones Generales (artículos 1 al 15), Reconocimiento del Procedimiento de Insolvencia (artículos 16 al 26), Procedimientos Secundarios de Insolvencia (artículos 27 al 42) y Disposiciones Transitorias y Finales (artículos 43 al 47).

En esa línea, para evitar que se creen incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado Miembro a otro en busca de una posición jurídica más favorable (“forum shopping”), el Reglamento prevé la existencia de un procedimiento universal que abarca todos los bienes del deudor, el cual se tramitará ante el Estado Miembro en que el deudor tenga su “centro de principales intereses” (W1 “procedimiento principal”), permitiendo también la existencia de procedimientos paralelos “secundarios” en el Estado Miembro en que el deudor tenga un establecimiento. En este último caso, los efectos

de este procedimiento están limitados a los bienes situados en dicho Estado, incorporando el respectivo Reglamento de normas de coordinación.

En este escenario, el Reglamento prevé que la ley del Estado de apertura determine no solo establece las condiciones de apertura, procedimiento y culminación del procedimiento de insolvencia, sino también: (i) los deudores que pueden ser sometidos a un procedimiento de insolvencia; (ii) los activos y patrimonio que forman parte de la masa y el destino de los bienes adquiridos por el deudor luego de iniciado el procedimiento; (iii) las facultades con las que cuenta el deudor y del síndico; (iv) las circunstancias que permitiría oponerse a una compensación; (v) los efectos que tendría el procedimiento sobre los contratos vigentes y en lo que el deudor sea parte; (vi) los efectos del inicio del procedimiento de insolvencia sobre las ejecuciones que de manera individual se deben ejecutar; y, (vii) las normas referidas a la posibilidad de nulidad, anulación o oponibilidad de los actos que pudieran generar perjuicios al conjunto de acreedores.

Lo que desde la lógica europea es lo mejor dada su estructura legal comunitaria, pero que no se podría tomar en el Perú pues no formamos parte de un bloque articulado como el de la Unión Europea, sin embargo debo resaltar que mucha de su lógica se sostiene en la Ley Modelo CNUDMI SOBRE Insolvencia Transfronteriza lo que permite tener claro que con independencia de su implementación general, esta norma modelo constituye la mejor herramienta para lograr una norma integrada a la comunidad internacional sin mayor cuestionamiento a nivel transnacional.

4.6 Análisis de la propuesta normativa contenida en los principios y líneas rectoras para los sistemas eficientes de insolvencia y derechos de los acreedores del Banco Mundial

En abril del año 2002, el Banco Mundial publicó sus “Principios y líneas rectoras para los sistemas eficientes de insolvencia y derechos de los acreedores”. Los treinta y cinco principios que constituyen el trabajo del Banco Mundial se refieren a los principales temas vinculados con los derechos de los acreedores y con la insolvencia, incluyendo procesos de reorganización y acuerdos extrajudiciales.

En ese sentido, el análisis de estos “Principios” excede largamente el propósito de esta investigación. Sin embargo, corresponde señalar que el principio N° 24, referido a “consideraciones internacionales”, describe (en concordancia con el tratamiento dado por la Ley Modelo) las principales cuestiones sobre el tema que las legislaciones sobre concursos deben regular:

- Los administradores de insolvencias de países extranjeros (síndicos) deben tener acceso directo al tribunal y a otras autoridades locales;

- Debe existir un claro y rápido procedimiento para obtener el reconocimiento de un procedimiento de insolvencia extranjero abierto, ello de

conformidad con los estándares de jurisdicción internacionalmente reconocidos;

- Debe existir una suspensión de las acciones contra el deudor (o también llamado “stay”) en todos los países donde el deudor tenga bienes;
- No debe discriminarse a los acreedores por su nacionalidad, residencia o domicilio.

Por lo tanto es evidente que en todo tipo de organización internacional, de naturaleza pública o privada se tiene en consideración la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre la Insolvencia Transfronteriza, por lo que al igual que las economías más evolucionadas lo han hecho sería trascendental para nuestro país lograr implementar esta norma en nuestra legislación.

4.7 Análisis de la propuesta normativa contenida en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre la insolvencia transfronteriza

4.7.1 Concepto

Como bien se puede desprender de la página web oficial de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

la finalidad de la Ley Modelo sobre la insolvencia transfronteriza es la de contribuir a que los Estados doten a sus respectivos regímenes de un marco legislativo moderno para resolver con mayor eficacia y eficiencia los casos de insolvencia transfronteriza en que el deudor se encuentre en una situación financiera muy precaria o sea insolvente.

La Ley Modelo busca fundamentalmente alentar la cooperación y coordinación entre jurisdicciones respetando los derechos procesales de cada país.

Entre los elementos considerados esenciales por la Ley Modelo, los cuales se encuentran desarrollados en la “Guía para la Incorporación al Derecho Interno”, tenemos:

- a)** La posibilidad del acceso a los tribunales de un país a los representantes de procedimientos concursales iniciados en el extranjero, así como para los acreedores, y la autorización a los representantes de los concursos de un país para solicitar asistencia oportuna en otro Estado;
- b)** La validación y reconocimiento de determinadas resoluciones emitidas por tribunales extranjeros dentro de sus jurisdicciones;
- c)** El consentimiento de otorgar medidas para tramitar y reconocer procedimientos extranjeros; y
- d)** Cooperación entre las autoridades y tribunales de los países en los que estén situados los bienes del concursado y la posible y

necesaria coordinación de procedimientos concursales paralelos.

A continuación analizaremos los principales capítulos de la Ley Modelo, en base a los elementos esenciales desarrollados en la “Guía para la Incorporación al Derecho Interno” y daremos una propuesta normativa a la misma a fin de ser incorporada en el derecho interno:

4.7.2 Acceso

Conforme se desarrolla en la Guía, es la parte de la Ley Modelo que se encarga de abordar los aspectos de los procedimientos de insolvencia transfronteriza que tengan relación con la actuación de un representante del Estado solicitante en el extranjero como con la de un representante extranjero en el Estado promulgante del concurso.

Entre los principales puntos desarrollados, tenemos el señalado en el artículo 5° de La Ley Modelo, el mismo que tiene como finalidad facultar al representante de la insolvencia incoado en el Estado promulgante para actuar en el extranjero en calidad de representante foráneo de dicho procedimiento.

En el presente caso, se puede plantear como propuesta normativa para su incorporación en el derecho interno la siguiente:

“Artículo 5°.- Autorización dada a la Comisión de Procedimientos Concursales para actuar en el Extranjero.

La Comisión de Procedimientos Concursales estará facultado(a) para actuar en un Estado extranjero en representación de un procedimiento abierto en este Estado con arreglo a la Ley General del Sistema Concursal en la medida en que lo permita la ley extranjera aplicable.”

Este artículo se justifica en la medida de que, en nuestro país, el órgano encargado de la tramitación de los procedimientos concursales es la Comisión de Procedimientos Concursales (CCO) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), motivo por el cual consideramos que esta comisión por el grado de especialidad que tiene debería de encargarse de ver también temas de concursos que se tramiten en el extranjero.

En relación a la acreditación de los partes intervinientes en el concurso creemos que todos los representantes y acreedores extranjeros deben tener la facilidad de poder apersonarse a los procedimientos concursales que se tramiten en el país, debiendo el Estado promulgante expedir la respectiva normatividad a fin de flexibilizar los requisitos legales para poder acreditar su representación y su derecho.

En consecuencia, consideramos que debería incorporarse a la legislación nacional los artículos 4° y 9° de la Ley Modelo en el siguiente tenor:

“Artículo 4.- Comisión de Procedimientos Concursales

Las funciones a las que se refiere la presente Ley relativas al reconocimiento de procedimientos extranjeros y en materia de cooperación con tribunales extranjeros serán ejercidas por la Comisión de Procedimientos Concursales.”

“Artículo 9.- Derecho de acceso directo

Todo representante extranjero estará legitimado para comparecer directamente ante un tribunal del Estado.”

En relación al reconocimiento de un procedimiento extranjero y medidas otorgables, tal como habíamos mencionado anteriormente, el Estado debe procurar de expedir la respectiva normatividad a fin de que se simplifiquen los requisitos para que se otorgue el reconocimiento de un procedimiento extranjero.

Lo enunciado líneas arriba se encuentra desarrollado en el artículo 15° de la Ley Modelo, en el cual se establecen los requisitos que debe presentar el representante extranjero para el reconocimiento de un procedimiento extranjero, el cual somos de la opinión que debe quedar establecido y ser incorporado a nuestra legislación interna:

“Artículo 15º.- Solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. El representante extranjero podrá solicitar ante a la Comisión de Procedimientos Concursales el reconocimiento del procedimiento extranjero en el que haya sido nombrado.

2. Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de:

a) Una copia certificada conforme de la resolución por la que se declare abierto el procedimiento extranjero y se nombre el representante extranjero; o

b) Un certificado expedido por el tribunal extranjero en el que se acredite la existencia del procedimiento extranjero y el nombramiento del representante extranjero; o

c) En ausencia de una prueba conforme a los incisos a) y b), acompañada de cualquier otra prueba admisible por el tribunal de la existencia del procedimiento extranjero y del nombramiento del representante extranjero.

3. Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de una declaración en la que se indiquen debidamente los datos de todos los procedimientos extranjeros abiertos respecto del deudor de los que tenga conocimiento el representante extranjero.

4. El tribunal podrá exigir que todo documento presentado en apoyo de una solicitud de reconocimiento sea traducido a un idioma oficial de este Estado.”

El artículo descrito anteriormente debe ser complementado con el artículo 16° de la Ley Modelo, la misma que establece las presunciones relativas al reconocimiento, y la cual tienen como finalidad agilizar la práctica de la prueba, ello sin perjuicio de poder solicitar otras pruebas en caso se cuestione las presunciones.

Al respecto, nuestra Ley General del Sistema Concursal también desarrolla el carácter de declaración de la información presentada:

“Artículo 10º.- Carácter de declaración jurada de la información presentada

10.1 Toda información presentada tiene carácter de declaración jurada. El representante legal, el propio acreedor y el deudor, según el caso, serán responsables de la veracidad de la información y la autenticidad de los documentos presentados.

10.2 El carácter de declaración jurada respecto de la veracidad de la documentación e información presentada no releva a las partes de desarrollar la actividad probatoria que les sea exigida por la autoridad concursal.

10.3 La omisión en absolver los requerimientos de la autoridad concursal, podrá generar la denuncia por el delito de resistencia y desobediencia a la autoridad, sin perjuicio de las sanciones contempladas en el Título VII de la Ley.”

4.7.3 Reconocimiento

Conforme lo señala la Guía, uno de los objetivos principales de la Ley Modelo es establecer parámetros más simples para lograr el reconocimiento de los procesos concursales extranjeros que reúnan las condiciones necesarias, lo que evitaría tediosos e incensarios procesos de legalización, reconocimiento u otra clase de procesos e aportaría certeza y eficiencia con respecto a la necesidad de reconocerlos a nivel local.

Al respecto, el artículo 17° de la Ley Modelo desarrolla las condiciones que se deben presentar para el reconocimiento de un procedimiento extranjero:

“Artículo 17°.- Resolución de reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. Salvo lo dispuesto en el artículo 6, se otorgará reconocimiento a un Procedimiento extranjero cuando:

a) El procedimiento extranjero sea un procedimiento en el sentido del inciso a) del artículo 2;

b) El representante extranjero que solicite el reconocimiento sea una persona o un órgano en el sentido del inciso d) del artículo 2;

c) La solicitud cumpla los requisitos del párrafo 2 del artículo 15; y

d) La solicitud haya sido presentada al tribunal competente conforme al artículo 4.

2. Se reconocerá el procedimiento extranjero:

a) Como procedimiento extranjero principal, si se está tramitando en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses; o

b) Como procedimiento extranjero no principal, si el deudor tiene en el territorio del Estado del foro extranjero un establecimiento en el sentido del inciso f) del artículo 2.

3. Se dictará a la mayor brevedad posible la resolución relativa al reconocimiento de un procedimiento extranjero.

4. Lo dispuesto en los artículos 15, 16, 17 y 18 no impedirá que se modifique o revoque el reconocimiento caso de demostrarse la ausencia parcial o total de los motivos por los que se otorgó, o que esos motivos han dejado de existir.”

Las precitadas condiciones para que se produzca el reconocimiento deben, a nuestra consideración, ser incorporadas a nuestro derecho interno, con la finalidad de que no exista dudas sobre las condiciones que se deben presentar para reconocer las resoluciones expedidas por tribunales extranjeros en las que se declaren abiertos procedimientos de insolvencia.

Finalmente, el reconocimiento de un proceso concursal extranjero está condicionado a que este no contravenga el orden público, conforme lo señala el artículo 6° de la Ley Modelo, el cual recomendamos su incorporación a la legislación interna conforme se detalla a continuación:

“Artículo 6°.- Excepción de orden público

Nada de lo dispuesto en la presente Ley impedirá que el tribunal se niegue a adoptar una medida en ella regulada, de ser esa medida manifiestamente contraria al orden público de este Estado.”

4.7.4 Medidas otorgables

Conforme lo precisa la Guía, un principio fundamental que persigue la Ley Modelo es que deben permitirse la implementación de las medidas necesarias para el desarrollo natural, ordenado y razonable de los procesos concursales extranjeros transfronterizos, ya sea como medidas provisionales o incluso algunas que pudieran facilitarse posteriormente a su reconocimiento.

Al respecto, el artículo 19° de la Ley Modelo desarrolla una relación de medidas otorgables para, a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero entre la cual se encuentra la de paralizar toda medida de ejecución contra los bienes del deudor, encomendar al representante extranjero o alguna otra persona designada por la comisión la administración o realización de los bienes que se encuentren en el Estado o aplicar cualquier otra medida prevista en la Ley.

A su vez, el artículo 20° de la Ley Modelo desarrolla los efectos del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, el cual

consideramos que se debe incorporar en la legislación nacional, en el siguiente sentido:

“Artículo 20º.- Efectos del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

1. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero que sea un procedimiento principal:

a) Se paralizará la iniciación o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;

b) Se paralizará asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor; y

c) Se suspenderá todo derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes.

2. El alcance, la modificación y la extinción de los efectos de paralización y suspensión de que trata el párrafo 1 del presente artículo estarán supeditados a lo establecido en la Ley General del Sistema Concursal.

3. El inciso a) del párrafo 1 del presente artículo no afectará al derecho de iniciar acciones o procedimientos individuales en la medida en que ello sea necesario para preservar un crédito contra el deudor.

4. El párrafo 1 del presente artículo no afectará al derecho de solicitar el inicio de un procedimiento con arreglo a la Ley General del Sistema

Concursal o a presentar créditos en ese procedimiento.”

Finalmente, es importante precisar que las medidas desarrolladas en el párrafo precedente tienen un símil a las establecidas en los artículos 17° y 18° de la Ley General del Sistema Concursal peruano, los cuales establecen la suspensión en la exigibilidad de las obligaciones y el marco de protección legal del patrimonio.

4.7.5 Cooperación y coordinación

La Ley Modelo autoriza explícitamente a los tribunales, vale decir, en el caso peruano a la Comisión, para cooperar con sus homólogos extranjeros en los temas vinculados en las normas sobre materia concursal y además para que pudieran comunicarse con estos sin problema alguno.

Al respecto, el artículo 25° de la Ley Modelo regula el tema relacionado con la cooperación de los tribunales en donde se encuentren tramitando procedimientos concursales, el cual consideramos debiera ser incorporado en nuestra legislación nacional en el siguiente sentido:

“Artículo 25°.- Cooperación y comunicación directa entre un tribunal de este Estado y los tribunales o representantes extranjeros

1. En los asuntos indicados en el artículo 1, el tribunal deberá cooperar en la medida de lo posible con los tribunales extranjeros o los representantes extranjeros, ya sea directamente o por conducto de la Comisión

2. El tribunal estará facultado para ponerse en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros o para recabar información o asistencia directa de los mismos.”

Expuesto lo anterior, es de nuestra opinión que la cooperación y coordinación entre las partes intervinientes del concurso es de suma relevancia en el procedimiento, ya que ambas tienen como finalidad la de poder adoptar mejores decisiones en relación a los procedimientos concursales que se encuentren tramitando en sede nacional o en el extranjero.

Finalmente, es preciso señalar que el artículo 27° de la Ley Modelo desarrolla las formas en las que se puede dar esta cooperación.

A la fecha, la Ley Modelo ha sido sancionada últimamente en Chile y Colombia y ya antes por parte de México, Japón, Sudáfrica, Rumania, Polonia, Montenegro, Eritrea y las Islas Vírgenes Británicas . A su vez, en la reforma al Derecho Concursal de los Estados Unidos de América, se incorporó (aunque con algunas modificaciones) la Ley Modelo como un nuevo capítulo (el “Chapter” o Capítulo 15) del Bankruptcy Code.

4.8 Importancia en el Perú de la aplicación de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre la insolvencia transfronteriza

Cada país regula los procedimientos concursales de las empresas o personas naturales declaradas insolventes, en concordancia con su realidad económica y la estructura de sus instituciones. En el Perú, el órgano a quien se le ha encomendado la función de la tramitación de los procedimientos concursales es la Comisión de Procedimientos Concuriales (CCO) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPÍ).

En nuestro país, la regulación nacional en materia concursal se encuentra recogida en tres diferentes normas:

- a)** El Código Civil.
- b)** El Código Procesal Civil.
- c)** La Ley N° 27809 - Ley General del Sistema Concursal.

Analizando la incorporación de la Ley Modelo en nuestra legislación, encontramos cuatro puntos principales en nuestra legislación que deberán adecuarse para su posible aplicación:

4.8.1 Respeto del reconocimiento de las sentencias extranjeras

En nuestra legislación las sentencias de tribunales extranjeros (incluyendo las sentencias en materia de insolvencia o quiebra) deberán ser reconocidas mediante un proceso no contencioso de *Exequatur* y tendrán la fuerza que les conceden los tratados respectivos, tomando en cuenta que, en caso de no existir un tratado vigente, será aplicable el principio de reciprocidad (Art. 2102º del Código Civil⁷⁶).

Sobre el particular, el (Ezcurra, 2005) señala lo siguiente:

En el Perú se ha suscrito tres Tratados Internacionales Multilaterales sobre reconocimiento de sentencias extranjeras en territorio nacional, los cuales son:

a. El Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo suscrito en 1889. Este Tratado ha sido ratificado por los siguientes países: Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay.

b. El Código de Derecho Internacional (Código de Bustamante). Este Código ha sido ratificado por Brasil, Bolivia, Cuba, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Haití, Honduras, Guatemala,

⁷⁶ **Artículo 2102º.**- Las sentencias extranjeras tienen en el Perú el valor que les conceden los tratados respectivos.

Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela.

c. La Convención Interamericana sobre Eficacia Territorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979. Esta Convención ha sido ratificada por Argentina, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. (p. 13)

Cabe acotar que en aquellos casos en los que no exista un Tratado Internacional que vincule a Perú y el país donde se emitió la declaración de quiebra, resultarán aplicables las disposiciones del Código Civil sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, las que se desarrollan vía *Exequatur*, debiendo cumplirse con los requisitos que establecen los artículos 2102º, 2103º y 2104º de nuestro Código Civil y con las normas del Código Procesal Civil sobre Exequatur, Art. 837º (Competencia de la Sala Civil).

4.8.2 Respetto de la norma concursal aplicable

Preliminarmente, debemos precisar que los efectos de un procedimiento de insolvencia transfronteriza decretado en el extranjero y reconocido en el Perú, vía *Exequatur*, se regirán por la ley local respecto de los bienes situados en el Perú y los derechos de los acreedores. Asimismo, el tribunal peruano deberá buscar satisfacer, en

primer lugar, los derechos de los acreedores domiciliados y las acreencias inscritas en el Perú (según el orden de prelación establecido en la Ley Concursal), y solamente luego de satisfechos tales derechos y teniendo como resultante un saldo patrimonial positivo, el mismo será remitido al administrador del procedimiento concursal en el extranjero, previo *Exequatur*, ante un tribunal peruano que realice la verificación y graduación de los créditos existentes en el extranjero, ello de acuerdo con el artículo 2105º del Código Civil⁷⁷.

En ese sentido, se debe dejar establecido que el procedimiento concursal secundario que se inicia en el Perú de acuerdo al artículo 2105º es un proceso de liquidación, no permitiéndose una reorganización empresarial, ya que se estaría vulnerando los derechos de los acreedores locales, al tener que sujetarse a los acuerdos que se adopten en el concurso principal. La autoridad concursal peruana deberá remitir el remanente, después de haber pagado los créditos de los acreedores locales, a la administración de la quiebra extranjera.

⁷⁷ **Artículo 2105º.-** El reconocimiento en el Perú de una sentencia extranjera de quiebra debe cumplir con los requisitos de notificación y publicidad previstos en la ley peruana para las quiebras de carácter nacional.

Los efectos de la quiebra decretada en el extranjero y reconocida en el Perú, se ajustarán a la ley peruana en lo que respecta a los bienes situados en el Perú y a los derechos de los acreedores.

El juez procederá de acuerdo a lo establecido en la ley peruana en cuanto a la formación, administración y liquidación de la masa en el Perú, satisfaciendo los derechos de los acreedores domiciliados y las acreencias inscritas en el Perú, según la graduación señalada en la ley de quiebras.

Si no hay acreedores domiciliados ni acreencias inscritas en el Perú, o si, después de satisfechos éstos conforme a los párrafos precedentes, resulta un saldo positivo en el patrimonio del fallido, dicho saldo será remitido al administrador de la quiebra en el extranjero, previo exequátur ante el juez peruano de la verificación y graduación de los créditos realizados en el extranjero.

Ante lo expuesto, la Ley Concursal es aplicable, en principio, a los procedimientos concursales de los deudores que se encuentren domiciliados en el país. En ese sentido, no serán oponibles para efectos concursales los acuerdos privados o disposiciones contractuales de sometimiento a ley y jurisdicción distinta a la peruana (Artículo 2º de la Ley Concursal). Haciendo concordancia con lo dispuesto por el artículo 2061⁰⁷⁸ del Código Civil, habrá entonces, por un lado, un procedimiento de quiebra o procedimiento concursal principal que se seguirá en el país extranjero, siendo competente el Tribunal extranjero con aplicación de la ley concursal extranjera; y, por otro lado, habrá un procedimiento concursal secundario que se llevará a cabo en el Perú, después de que la sentencia extranjera de quiebra sea debidamente reconocida por los Tribunales peruanos vía *Exequatur*.

Finalmente, es preciso mencionar que el Tribunal del INDECOPI ha manifestado este criterio a través de la Resolución N° 0335-2000/TDC-INDECOPI⁷⁹, al comentar el artículo 2061º del Código Civil.

⁷⁸ **Artículo 2061.-** Los tribunales peruanos tienen competencia para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones relativas a universalidades de bienes, aun contra personas domiciliadas en país extranjero, cuando el derecho peruano sea el aplicable para regir el asunto, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado.

Sin embargo, se respeta la competencia peruana para conocer de las acciones relativas al patrimonio del declarado en quiebra, respecto a los bienes situados en el Perú, y sin perjuicio de lo dispuesto en el Título IV de este Libro.

⁷⁹ Resolución N° 0335-2000/TDC-INDECOPI de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi - Baxter Export Corporation y Laboratorios Baxter S.A. vs. Proveedores Hospitalarios S.A. (Prohosa). “El segundo párrafo de este artículo especifica que para el patrimonio declarado en quiebra por otro Estado –que conforme a lo anterior se aplicaría solamente para personas no domiciliadas en territorio peruano-, debe respetarse la competencia peruana respecto de los bienes situados en el Perú. Del orden lógico planteado en el artículo transcrito, se desprende que esto último se refiere a personas no domiciliadas en territorio peruano.

Por todo lo expuesto e investigado y teniendo en consideración que las principales problemáticas estudiadas en la actualidad bajo la temática de la insolvencia transfronteriza son las siguientes:

- El reconocimiento en un país de un procedimiento extranjero de insolvencia;
- El acceso a la justicia de los administradores de esos procedimientos extranjeros de insolvencia; y
- La cooperación internacional entre jueces concursales locales y extranjeros.

Estos problemas, que han sido resumidos en la dificultad para alcanzar una actuación rápida, coordinada y eficiente entre tribunales y funcionarios de diferentes países para lograr la supervivencia de la empresa transnacional concursada, pero siempre y cuando esta sea viable; por ello reorganizarla es fundamental; para lograr mantener su valor en funcionamiento y preservar empleos, son muy distintos a los

Por ello, la Sala considera que la jurisdicción peruana es competente para conocer los procedimientos de insolvencia de manera obligatoria, cuando se trate de personas domiciliadas en el país, como en el presente caso. Sin embargo, la autoridad concursal peruana no será obligatoriamente competente si se trata de personas que no se encuentren domiciliadas en el territorio peruano, pero sí en lo que se refiere a los bienes situados en el Perú mediante un “procedimiento secundario de insolvencia”.

De la interpretación desarrollada se desprende que nuestro ordenamiento jurídico establece en materia concursal que la competencia de la autoridad concursal peruana es obligatoria para las personas domiciliadas en territorio peruano, el cual constituiría el ‘procedimiento principal’ de insolvencia. Por otro lado, respecto de personas no domiciliadas en el Perú, la autoridad concursal peruana sólo será competente previo reconocimiento de la sentencia extranjera que declare la insolvencia de dicha persona, y respecto de aquellos bienes que se encuentren ubicados en el territorio peruano. Este último procedimiento constituiría un ‘procedimiento secundario’.

problemas existentes al tiempo de la redacción del primer Tratado de Montevideo. Como bien se había referido, en aquella época (fines del siglo XIX) se tenía principalmente en cuenta el concurso liquidativo (la quiebra), enfocándose la cuestión de la distribución de ciertos activos locales, dando preferencia a los acreedores domésticos o, casi subrepticamente, discriminando a los acreedores foráneos.

Cuando se habla hoy de quiebra extra nacional, ya no se habla tanto de territorialidad o universalidad, sino de cooperación internacional, que presupone un foro central localizado en un país, complementado por procedimientos localizados en otro u otros países. Como se ha señalado, la cooperación internacional implica una solución realista a los conflictos suscitados por la universalidad y la territorialidad, y en los hechos combina ambos principios maximizando sus ventajas y minimizando sus debilidades.

Es así que, con excepción de México, Colombia y Chile los restantes países de Latinoamérica incluido el Perú no cuentan con un marco legislativo adecuado para abordar los problemas de la insolvencia transfronteriza en forma acorde a las necesidades del comercio internacional.

Por lo que dadas todas las consideraciones antes referidas y analizadas, teniendo en consideración la nueva estructura económica globalizada del mundo entero consideramos fundamental integrar esta

propuesta normativa cuanto antes a nuestra legislación y poder dotar de eficiencia al manejo de crisis transfronterizas que pudiera enfrentar nuestra aún incipiente economía y tratar de evitar de esta manera el altísimo costos social y colectivo que crisis mal manejadas pueden generar en el bienestar general, que es un objetivo primordial en el que debiéramos sumar todos.

5 CONCLUSIONES

Cómo lo hemos visto a lo largo de toda la investigación es evidente que el derecho y la economía han sufrido evoluciones trascendentes en mérito a la evolución humana y su desarrollo por ello es fundamental el lograr equiparar y ajustar nuestra legislación a estas nuevas realidades legales y económicas, más aún en el entendido que las experiencias transfronterizas de países vecinos, sustentadas en legislaciones modernas e inclusivas logran el objetivo primordial de vincular su economía al mundo moderno y por tanto hacerla más eficiente frente a realidades que se resisten a este hecho objetivo e innegable, como la nuestra, lamentablemente.

Por ello y teniendo en consideración la hipótesis general planteada al inicio de nuestra investigación que refiere que “el procedimiento concursal transfronterizo en el Perú es ineficiente” y a las hipótesis específicas formuladas referidas a que: “(i) El procedimiento concursal transfronterizo en el Perú es obsoleto, y (ii) que el procedimiento concursal transfronterizo en el Perú no contribuye a generar un clima adecuado para atraer inversionistas”, podemos concluir decididamente que:

1. La evolución en el desarrollo humano está generando un mundo inclusivo e integrado, sobre todo en el mundo del intercambio universal de bienes y servicios y de negocios en general, donde, gracias a la

tecnología, no existen ya límites fronterizos entre los países que creen en el libre intercambio de bienes y servicios, en el mercado y en la propiedad privada y por tanto las dificultades y contingencias que pudieran presentarse en ésta imparable realidad tienen que tener esta perspectiva unificadora y de eficiencia, que la propia evolución del derecho concursal acredita, en cuanto al manejo que las soluciones que el derecho puede brindar y la legislación nacional que atiende las crisis patrimoniales transfronterizas es obsoleto y por lo tanto ineficiente para el manejo adecuado de la insolvencia transnacional.

2. Las nuevas realidades empresariales y de grande grupos económicos, en los que se evidencia que el concepto persona jurídica ha quedado disminuido y obsoleto requiere de atenciones con carácter de eficiencia social que permitan el manejo eficiente de crisis empresariales que trasciendan las fronteras de las naciones, pues estas traen consigo la necesidad objetiva de regular de la mejor manera las crisis patrimoniales de nivel transfronterizo que pudiesen presentarse y es evidente que esta mega inversión se instalará en los países con legislaciones modernas y que regulen de mejor manera la insolvencia transfronteriza, por lo que la manera como esta se manobra en el Perú no contribuye a generar, de modo alguno, un clima adecuado para atraer inversionistas, todo lo contrario, la desincentiva.
3. Los principales problemas estudiados en la actualidad bajo la temática de la insolvencia transfronteriza son (i) el reconocimiento en un país de un procedimiento extranjero de insolvencia, (ii) el acceso a la justicia de los administradores de esos procedimientos extranjeros de insolvencia;

y (iii) la cooperación internacional entre jueces concursales locales y extranjeros.

4. Tal y como se ha señalado a lo largo del presente trabajo, cuando se habla hoy en día de quiebra extra nacional, ya no se habla tanto de territorialidad o universalidad, sino de cooperación internacional, que presupone un foro central localizado en un país, complementado por procedimientos localizados en otro u otros países.
5. En el año 1997, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional aprobó una Ley Modelo sobre insolvencia transfronteriza; a diferencia del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia de la Unión Europea, la Ley Modelo no establece normas que indiquen la necesaria atención de una determinada norma, frente un caso con elementos extranjeros y no reemplaza, con buen criterio, las normas de Derecho Internacional Privado propias de cada Estado.
6. A la fecha, la Ley Modelo ha sido incorporada por Chile, Colombia, México, Japón, Sudáfrica, Rumania, Polonia, Montenegro, Eritrea y las Islas Vírgenes Británicas. A su vez, en la reforma al Derecho Concursal de los Estados Unidos de América, se incorporó (aunque con algunas modificaciones) la Ley Modelo como un nuevo capítulo (el “Chapter” o Capítulo 15) del *Bankruptcy Code*.
7. La insolvencia tiene una serie de conceptualizaciones válidas, pero podríamos afirmar que es, en sentido amplio, la incapacidad de un sujeto de derecho para satisfacer las deudas existentes o, entendido de otra manera, poder honrar sus obligaciones.

8. Sin embargo, para la óptica concursal, ha sufrido una afortunada evolución, pues hace mucho ha dejado de ser una simple comparación patrimonial de activos contra pasivos caracterizada por la superioridad de los segundos frente a los primeros, esto es, por la existencia de un patrimonio neto negativo, para convertirse, con una visión más moderna y eficiente, en un término mucho más refinado, pudiendo entenderse también como un estado transitorio o temporal de incapacidad de pago, situación que permitiría, de ser el caso, la recuperación empresarial del agente económico en crisis y además el aumento de la confianza en la economía de los Estados.
9. Pasando al carácter transfronterizo de la insolvencia, éste se da cuando quiera que exista algún ingrediente internacional en la red generada a través de la actividad económica y la interacción comercial afectada por la insolvencia; en otras palabras, cuando quiera que exista una norma aplicable, un bien, un acreedor y, en general, algún elemento de un Estado distinto a aquel en el que el deudor se encuentre domiciliado.
10. Podemos sintetizar el concepto de insolvencia transfronteriza, a efectos del presente trabajo, como aquella situación patrimonial de hecho que imposibilita al deudor para cumplir con sus obligaciones, bien sea transitoria o permanentemente, pudiendo conducirlo a cesar en sus pagos o a temer llegar a hacerlo; se ha exteriorizado bien sea por sí sola o por confesión del deudor, de tal forma que ha dado inicio a un concurso o debe llegar a hacerlo; y que involucra a su vez algún ingrediente internacional derivado de la red generada a través de la actividad y la interacción comercial; en otras palabras, cuando quiera que exista una

norma aplicable, un bien, un acreedor y, en general, un elemento de un Estado distinto a aquel en el que el deudor se encuentre domiciliado.

11. En materia de insolvencia transfronteriza, las distintas iniciativas armonizadoras contemplan la existencia de dos principios internacionales opuestos entre sí, que a su vez dan origen a una tercera tendencia que los entremezcla, tomando sus virtudes y desechando sus falencias, para dar una adecuada solución a la problemática transfronteriza.
12. Frente a la problemática que presentan los casos de insolvencia transfronteriza, la comunidad académica internacional y varias organizaciones que propenden la unificación del derecho en el ámbito internacional, han desarrollado una serie de principios sobre las que se debe basar el Derecho Concursal Internacional, arrojando como resultado varios de los actuales principios de insolvencia transfronteriza, los que pretenden garantizar la debida aplicación de los principios generales del Derecho Concursal bien sea local o internacionalmente.
13. Desde el año 1995 la CNUDMI ha pretendido unificar los diferentes criterios normativos respecto a la insolvencia transfronteriza, habiéndose emitido tres documentos: la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997), la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de Insolvencia (2004), y la Guía de Prácticas de la CNUDMI sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza (2009).
14. En nuestra legislación las sentencias de tribunales extranjeros (incluyendo las sentencias en materia de insolvencia o quiebra) deberán ser reconocidas mediante un proceso no contencioso de *Exequatur* y

tendrán la fuerza que les conceden los tratados respectivos, tomando en cuenta que, en caso de no existir un tratado vigente, será aplicable el principio de reciprocidad (Art. 2102º del Código Civil).

15. Los efectos de un procedimiento de insolvencia transfronteriza decretado en el extranjero y reconocido en el Perú, vía *Exequatur*, se regirán por la ley local respecto de los bienes situados en el Perú y los derechos de los acreedores. Asimismo, el tribunal peruano deberá buscar satisfacer, en primer lugar, los derechos de los acreedores domiciliados y las acreencias inscritas en el Perú (según el orden de prelación establecido en la Ley Concursal), y solamente luego de satisfechos tales derechos y teniendo como resultante un saldo patrimonial positivo, el mismo será remitido al administrador del procedimiento concursal en el extranjero, previo *Exequatur*, ante un tribunal peruano que realice la verificación y graduación de los créditos existentes en el extranjero, ello de acuerdo con el artículo 2105º del Código Civil.

6 RECOMENDACIÓN

Cómo lo hemos visto a lo largo de toda la investigación es evidente que el derecho y la economía han sufrido evoluciones trascendentes en mérito a la inventiva y el desarrollo tecnológico de la humanidad que traen consigo además una manera diferente de entender un nuevo orden económico internacional y como la actividad económica se realiza a nivel global y transfronterizo.

Es además innegable que países vecinos integrados al mundo y su mercado, que son además competidores del Perú en el mercado internacional, han optado objetivamente, no hace mucho, por incluir en sus legislaciones normas como las que las Naciones Unidas propone en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Insolvencia Transfronteriza, lo que los hace países con un mejor escenario para recibir inversiones y para manejar las crisis que los negocios que se generen a nivel transfronterizo pudiesen presentar, por lo que **es indispensable dotar el Perú de una norma o cuando menos regulación transfronteriza, como la propuesta por las Naciones Unidas** que se viene aplicando con éxito en otras latitudes y que además no han tenido mayor dificultad en su implementación, por ello recomendamos que con carácter de urgente se logre que estas disposiciones se apliquen también en el Perú ya

sea mediante la adición de un capítulo adicional o una norma especial sobre Insolvencia Transfronteriza.

Con esta finalidad y como un texto preliminar a analizar y profundizar alcanzamos finalmente una propuesta de norma peruana ajustada al texto propuesto por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en la Ley Modelo sobre insolvencia transfronteriza ajustada a la legislación concursal peruana, contenida en la Ley General del Sistema Concursal , Ley N° 27809, cuyo texto, que debiera evaluarse, como ya los hemos dicho, integrarse ya sea como un capítulo adicional a la referida norma concursal o como una norma especial, sería el siguiente:

Texto propuesto de norma peruana sobre Insolvencia Transfronteriza

(Trabajada al amparo de la propuesta efectuada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional contenida en la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza)

“CAPÍTULO XX. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. La presente Ley será aplicable a los casos en que:

- a) Un tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia en este Estado en relación con un procedimiento extranjero; o*

- b) *Se solicite asistencia en un Estado extranjero en relación con un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a la Ley General del Sistema Concursal; o*
- c) *Se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un procedimiento en este Estado con arreglo a la Ley General del Sistema Concursal; o*
- d) *Los acreedores u otras personas interesadas, que estén en un Estado extranjero, tengan interés en solicitar la apertura de un procedimiento o en participar en un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a Ley General del Sistema Concursal.*

2. La presente Ley no será aplicable a un procedimiento relativo a las expresamente excluidas en la Ley General del Sistema Concursal como deudores, las entidades que integran la estructura del Estado, tales como los organismos públicos y demás entes de derecho público; las administradoras privadas de fondos de pensiones, las personas que forman parte del sistema financiero o del sistema de seguros. Asimismo, tampoco se encuentran comprendidos los patrimonios autónomos ni las personas naturales que no realicen actividad empresarial, salvo las sociedades conyugales y sucesiones indivisas cuyo patrimonio derive de dicho tipo de actividad, en los términos establecidos en la Ley 27809. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 2. Definiciones

Para los fines de la presente Ley:

- a) *Por “procedimiento extranjero” se entenderá el procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo incluido el de índole provisional, que se siga en un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa a la insolvencia y en virtud del cual los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o a la supervisión de la autoridad o tribunal extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación;*
- b) *Por “procedimiento extranjero principal” se entenderá el procedimiento extranjero que se siga en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses;*
- c) *Por “procedimiento extranjero no principal” se entenderá un procedimiento extranjero, que no sea un procedimiento extranjero principal, que se siga en un Estado donde el deudor tenga un establecimiento en el sentido del inciso f) del presente artículo;*
- d) *Por “representante extranjero” se entenderá la persona o el órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor o para actuar como representante del procedimiento extranjero;*
- e) *Por “tribunal extranjero” se entenderá la autoridad judicial, administrativo o de otra índole que sea competente a los efectos del control o la supervisión de un procedimiento extranjero;*
- f) *Por “establecimiento” se entenderá todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)*

Artículo 3. Obligaciones internacionales del Estado

En caso de conflicto entre la presente Ley y una obligación de este Estado nacida de un tratado u otra forma de acuerdo en el que este Estado sea parte con uno o más Estados, prevalecerán las disposiciones de ese tratado o acuerdo. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 4. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)⁸⁰

Las funciones a las que se refiere la presente Ley relativas al reconocimiento de procedimientos extranjeros y en materia de cooperación con tribunales extranjeros serán ejercidas por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) por intermedio de la Comisión de Procedimientos Concursales. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 5. Autorización dada a Comisión de Procedimientos Concursales del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) para actuar en un Estado extranjero

⁸⁰ Aquellos Estados en los que algunas de las funciones relacionadas con el procedimiento de insolvencia sean habitualmente conferidas a determinados mandatarios judiciales u órganos públicos podrán, si así lo desean, insertar en el artículo 4, o en algún otro lugar del capítulo I, la disposición siguiente: “ Nada de lo dispuesto en la presente Ley afectará a las disposiciones de este Estado relativas a los poderes de que goza [indíquese la denominación de la persona u órgano habitualmente designado]”.

La Comisión de Procedimientos Concursales del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), estará facultado(a) para actuar en un Estado extranjero en representación de un procedimiento abierto en este Estado con arreglo a la Ley General del Sistema Concursal, en la medida en que lo permita la ley extranjera aplicable. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 6. Excepción de orden público

Nada de lo dispuesto en la presente Ley impedirá que el tribunal se niegue a adoptar una medida en ella regulada, de ser esa medida manifiestamente contraria al orden público de este Estado. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 7. Asistencia adicional en virtud de alguna otra norma

Nada de lo dispuesto en la presente Ley limitará las facultades que pueda tener el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) para prestar asistencia adicional al representante extranjero con arreglo a alguna otra norma de este Estado. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 8. Interpretación

En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

CAPÍTULO II. ACCESO DE LOS REPRESENTANTES Y ACREEDORES EXTRANJEROS A LOS TRIBUNALES DEL ESTADO

Artículo 9. Derecho de acceso directo

Todo representante extranjero estará legitimado para comparecer directamente ante un tribunal del Estado. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 10. Jurisdicción limitada

El solo hecho de la presentación de una solicitud, con arreglo a la presente Ley, ante un tribunal del Estado por un representante extranjero no supone la sumisión de éste ni de los bienes y negocios del deudor en el extranjero, a la jurisdicción de los tribunales del Estado para efecto alguno que sea distinto de la solicitud. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 11. Solicitud del representante extranjero de que se abra un procedimiento con arreglo a la Ley General del Sistema Concursal

Todo representante extranjero estará facultado para solicitar la apertura de un procedimiento con arreglo a la Ley General del Sistema Concursal si por lo demás se cumplen las condiciones para la apertura de ese procedimiento. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 12. Participación de un representante extranjero en un procedimiento abierto con arreglo a la Ley General del Sistema Concursal

A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero estará facultado para participar en todo procedimiento que se haya abierto respecto del deudor con arreglo a la Ley General del Sistema Concursal. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 13. Acceso de los acreedores extranjeros a un procedimiento seguido con arreglo a la Ley General del Sistema Concursal.

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un procedimiento en este Estado y de la participación en él con arreglo a la Ley General del Sistema Concursal.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no afectará al orden de prelación de los créditos en un procedimiento abierto con arreglo a la Ley General del Sistema Concursal, salvo que no se asignará a los créditos de acreedores extranjeros una prelación inferior al quinto orden de prelación establecido en el Artículo 42° de la Ley General del Sistema Concursal. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 14. Notificación a los acreedores en el extranjero con arreglo a la Ley General del Sistema Concursal.

1. Siempre que, con arreglo a la Ley General del Sistema Concursal, se haya de notificar algún procedimiento, a los acreedores que residan en este Estado, esa notificación deberá practicarse también a los acreedores conocidos que no tengan una dirección en este Estado. El tribunal podrá

ordenar que se tomen las medidas oportunas a fin de notificar a todo acreedor cuya dirección aún no se conozca.

2. Esa notificación deberá practicarse a cada uno de los acreedores extranjeros por separado, a no ser que el tribunal considere que alguna otra forma de notificación sea más adecuada en las circunstancias del caso. No se requerirá carta rogatoria ni ninguna otra formalidad similar.

3. Cuando se haya de notificar a los acreedores extranjeros la apertura de un procedimiento, la notificación deberá:

- a) Señalar un plazo razonable para la presentación de los créditos e indicar el lugar en el que se haya de efectuar esa presentación;*
 - b) Indicar si los acreedores con créditos garantizados necesitan presentar esos créditos; y*
 - c) Contener cualquier otra información requerida para esa notificación conforme a las leyes de este Estado y a las resoluciones del tribunal.*
- (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

CAPÍTULO III. RECONOCIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO EXTRANJERO Y MEDIDAS OTORGABLES

Artículo 15. Solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. El representante extranjero podrá solicitar ante el tribunal el reconocimiento del procedimiento extranjero en el que haya sido nombrado.

2. toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de:

- a) *Una copia certificada conforme de la resolución por la que se declare abierto el procedimiento extranjero y se nombre el representante extranjero; o*
- b) *Un certificado expedido por el tribunal extranjero en el que se acredite la existencia del procedimiento extranjero y el nombramiento del representante extranjero; o*
- c) *En ausencia de una prueba conforme a los incisos a) y b), acompañada de cualquier otra prueba admisible por el tribunal de la existencia del procedimiento extranjero y del nombramiento del representante extranjero.*

3. toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de una declaración en la que se indiquen debidamente los datos de todos los procedimientos extranjeros abiertos respecto del deudor de los que tenga conocimiento el representante extranjero.

4. La autoridad peruana competente podrá exigir que todo documento presentado en apoyo de una solicitud de reconocimiento sea traducido oficialmente al castellano y se encuentre debidamente protocolizado ante el Consulado respectivo. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 16. Presunciones relativas al reconocimiento

1. Si la resolución o el certificado de los que se trata en el párrafo 2 del artículo 15 indican que el procedimiento extranjero es un procedimiento en el sentido del inciso a) del artículo 2 y que el representante extranjero es una

persona o un órgano en el sentido del inciso d) del artículo 2, el tribunal podrá presumir que ello es así.

2. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) estará facultado para presumir que los documentos que le sean presentados en apoyo de la solicitud de reconocimiento son auténticos, estén o no legalizados.

3. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el domicilio social del deudor o su residencia habitual, si se trata de una persona natural, es el centro de sus principales intereses. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 17. Resolución de reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. Salvo lo dispuesto en el artículo 6, se otorgará reconocimiento a un procedimiento extranjero cuando:

- a) El procedimiento extranjero sea un procedimiento en el sentido del inciso a) del artículo 2;*
- b) El representante extranjero que solicite el reconocimiento sea una persona o un órgano en el sentido del inciso d) del artículo 2;*
- c) La solicitud cumpla los requisitos del párrafo 2 del artículo 15; y*
- d) La solicitud haya sido presentada al tribunal competente conforme al artículo 4.*

2. Se reconocerá el procedimiento extranjero:

- a) Como procedimiento extranjero principal, si se está tramitando en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses; o*

b) Como procedimiento extranjero no principal, si el deudor tiene en el territorio del Estado del foro extranjero un establecimiento en el sentido del inciso f) del artículo 2.

3. Se dictará a la mayor brevedad posible la resolución relativa al reconocimiento de un procedimiento extranjero.

4. Lo dispuesto en los artículos 15, 16, 17 y 18 no impedirá que se modifique o revoque el reconocimiento caso de demostrarse la ausencia parcial o total de los motivos por los que se otorgó, o que esos motivos han dejado de existir. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 18. Información subsiguiente

A partir del momento en que se presente la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero informará sin demora al tribunal de:

a) todo cambio importante en la situación del procedimiento extranjero reconocido o del nombramiento del representante extranjero; y

b) todo otro procedimiento extranjero que se siga respecto del mismo deudor y del que tenga conocimiento el representante extranjero.

(Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 19. Medidas otorgables a partir de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. Desde la presentación de una solicitud de reconocimiento hasta que se resuelva esa solicitud, el tribunal podrá, a instancia del representante

extranjero y cuando las medidas sean necesarias y urgentes para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, otorgar medidas provisionales, incluidas las siguientes:

- a) Paralizar toda medida de ejecución contra los bienes del deudor;*
- b) Encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona designada por el tribunal, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor que se encuentren en el territorio de este Estado, para proteger y preservar el valor de aquellos que, por su naturaleza o por circunstancias concurrentes, sean perecederos, susceptibles de devaluación, o estén amenazados por cualquier otra causa;*
- c) Aplicar cualquiera de las medidas previstas en los incisos c), d) y g) del párrafo 1 del artículo 21.*

2. Toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del plazo de diez (10) días, a partir de la emisión del acto que se notifica.

3. A menos que se prorroguen con arreglo a lo previsto en el inciso f) del párrafo 1 del artículo 21, las medidas otorgadas con arreglo al presente artículo quedarán sin efecto cuando se dicte una resolución sobre la solicitud de reconocimiento.

4. El tribunal podrá denegar toda medida prevista en el presente artículo cuando esa medida afecte al desarrollo de un procedimiento extranjero principal. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 20. Efectos del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

1. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero que sea un procedimiento principal:

- a) Se paralizará la iniciación o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;
- b) Se paralizará asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor; y
- c) Se suspenderá todo derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes.

2. El alcance, la modificación y la extinción de los efectos de paralización y suspensión de que trata el párrafo 1 del presente artículo estarán supeditados a los efectos concursales regulados en los artículos 17° y 18° de la Ley General del Sistema Concursal.

3. El inciso a) del párrafo 1 del presente artículo no afectará al derecho de iniciar acciones o procedimientos individuales en la medida en que ello sea necesario para preservar un crédito contra el deudor.

4. El párrafo 1 del presente artículo no afectará al derecho de solicitar el inicio de un procedimiento con arreglo a la Ley General del Sistema Concursal o a presentar créditos en ese procedimiento. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 21. Medidas otorgables a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero, ya sea principal o no principal, de ser necesario para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero, otorgar toda medida apropiada, incluidas las siguientes:

- a) Paralizar la iniciación o la continuación de acciones o procedimientos individuales relativos a los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor, en cuanto no se hayan paralizado con arreglo al inciso a) del párrafo 1 del artículo 20;
- b) Paralizar asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor, en cuanto no se haya paralizado con arreglo al inciso b) del párrafo 1 del artículo 20;
- c) Suspender el ejercicio del derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de esos bienes de algún otro modo, en cuanto no se haya suspendido ese derecho con arreglo al artículo 20;
- d) Disponer el examen de testigos, la presentación de pruebas o el suministro de información respecto de los bienes, negocios, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;
- e) Encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona nombrada por el tribunal, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor, que se encuentren en el territorio de este Estado;

- f) *Prorrogar toda medida cautelar otorgada con arreglo al párrafo 1 del artículo 19;*
- g) *Conceder cualquier otra medida que, conforme a la legislación de este Estado, sea otorgable al Administrador o Liquidador designado en estricta aplicación de la Ley General del Sistema.*

2. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, principal o no principal, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero, encomendar al representante extranjero, o a otra persona nombrada por el tribunal, la distribución de todos o de parte de los bienes del deudor que se encuentren en el territorio de este Estado, siempre que el tribunal se asegure de que los intereses de los acreedores en este Estado están suficientemente protegidos.

3. Al otorgar medidas con arreglo a este artículo al representante de un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que las medidas atañen a bienes que, con arreglo al derecho de este Estado, hayan de ser administrados en el marco del procedimiento extranjero no principal o que atañen a información requerida en ese procedimiento extranjero no principal. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 22. Protección de los acreedores y de otras personas interesadas

1. Al conceder o denegar una medida con arreglo a los artículos 19 o 21 o al modificar o dejar sin efecto esa medida con arreglo al párrafo 3 del presente artículo, el tribunal deberá asegurarse de que quedan debidamente protegidos

los intereses de los acreedores y de otras personas interesadas, incluido el deudor.

2. El tribunal podrá supeditar toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 o 21 a las condiciones que juzgue convenientes.

3. A instancia del representante extranjero o de toda persona afectada por alguna medida otorgada con arreglo a los artículos 19 o 21, o de oficio, el tribunal podrá modificar o dejar sin efecto la medida impugnada. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 23. Acciones de impugnación de actos perjudiciales para los acreedores

1. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero estará legitimado para entablar las acciones de anulabilidad de determinados actos jurídicos señalados en el artículo 19° y demás pertinentes de la Ley General del Sistema Concursal.

2. Cuando el procedimiento extranjero sea un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que la acción afecta a bienes que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en el marco del procedimiento extranjero no principal. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 24. Intervención de un representante extranjero en procedimientos que se sigan en este Estado

Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero podrá intervenir, conforme a las condiciones prescritas por el

derecho interno de este Estado, en todo procedimiento en el que el deudor sea parte. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

CAPÍTULO IV. COOPERACIÓN CON TRIBUNALES Y REPRESENTANTES EXTRANJEROS

Artículo 25. Cooperación y comunicación directa entre un tribunal de este Estado y los tribunales o representantes extranjeros

1. En los asuntos indicados en el artículo 1, el tribunal deberá cooperar en la medida de lo posible con los tribunales extranjeros o los representantes extranjeros, ya sea directamente o por conducto del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi.

2. El tribunal estará facultado para ponerse en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros o para recabar información o asistencia directa de los mismos. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 26. Cooperación y comunicación directa entre el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) y los tribunales o representantes extranjeros

1. En los asuntos indicados en el artículo 1, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) deberá cooperar, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, con los tribunales y representantes extranjeros.

2. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) estará facultado(a), en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, para ponerse en comunicación directa con los tribunales o los representantes extranjeros. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 27. Formas de cooperación

La cooperación de la que se trata en los artículos 25 y 26 podrá ser puesta en práctica por cualquier medio apropiado, y en particular mediante:

- a) El nombramiento de una persona o de un órgano para que actúe bajo dirección del tribunal;*
- b) La comunicación de información por cualquier medio que el tribunal considere oportuno;*
- c) La coordinación de la administración y la supervisión de los bienes y negocios del deudor;*
- d) La aprobación o la aplicación por los tribunales de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos;*
- e) La coordinación de los procedimientos que se estén siguiendo simultáneamente respecto de un mismo deudor; (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)*

CAPÍTULO V. PROCEDIMIENTOS PARALELOS

Artículo 28. Apertura de un procedimiento con arreglo a Ley General del Sistema Concursal tras el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, solo se podrá iniciar un procedimiento con arreglo a la Ley General del Sistema Concursal cuando el deudor tenga bienes en este Estado y los efectos de este procedimiento se limitarán a los bienes del deudor que se encuentren en este Estado y, en la medida requerida para la puesta en práctica de la cooperación y coordinación previstas en los artículos 25, 26 y 27, a otros bienes del deudor que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en este procedimiento. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 29. Coordinación de un procedimiento seguido con arreglo a la Ley General del Sistema Concursal y un procedimiento extranjero

Cuando se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un procedimiento con arreglo a la Ley General del Sistema Concursal, el tribunal procurará colaborar y coordinar sus actuaciones con las del otro procedimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 27, en los términos siguientes:

- a) Cuando el procedimiento seguido en este Estado esté en curso en el momento de presentarse la solicitud de reconocimiento del procedimiento extranjero:
 - i) Toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 o 21 deberá ser compatible con el procedimiento seguido en este Estado; y**

- ii) De reconocerse el procedimiento extranjero en este Estado como procedimiento extranjero principal, el artículo 20 no será aplicable;*
- b) Cuando el procedimiento seguido en este Estado se inicie tras el reconocimiento, o una vez presentada la solicitud de reconocimiento, del procedimiento extranjero:*
 - i) Toda medida que estuviera en vigor con arreglo a los artículos 19 o 21 será reexaminada por el tribunal y modificada o revocada caso de ser incompatible con el procedimiento en este Estado; y*
 - ii) De haberse reconocido el procedimiento extranjero como procedimiento extranjero principal, la paralización o suspensión de que se trata en el párrafo 1 del artículo 20 será modificada o revocada con arreglo al párrafo 2 del artículo 20 caso de ser incompatible con el procedimiento abierto en este Estado;*
- c) Al conceder, prorrogar o modificar una medida otorgada a un representante de un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que esa medida afecta a bienes que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en el procedimiento extranjero no principal o concierne a información requerida para ese procedimiento. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)*

Artículo 30. Coordinación de varios procedimientos extranjeros

En los casos contemplados en el artículo 1, cuando se siga más de un procedimiento extranjero respecto de un mismo deudor, el tribunal procurará

que haya cooperación y coordinación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 27, y serán aplicables las siguientes reglas:

- a) *toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 o 21 a un representante de un procedimiento extranjero no principal, una vez reconocido un procedimiento extranjero principal, deberá ser compatible con este último;*
- b) *Cuando un procedimiento extranjero principal sea reconocido tras el reconocimiento o una vez presentada la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero no principal, toda medida que estuviera en vigor con arreglo a los artículos 19 o 21 deberá ser reexaminada por el tribunal y modificada o dejada sin efecto caso de ser incompatible con el procedimiento extranjero principal;*
- c) *Cuando, una vez reconocido un procedimiento extranjero no principal, se otorgue reconocimiento a otro procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá conceder, modificar o dejar sin efecto toda medida que proceda para facilitar la coordinación de los procedimientos.*

(Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 31. Presunción de insolvencia basada en el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

Salvo prueba en contrario, el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal constituirá prueba válida de que el deudor es insolvente a los efectos de la apertura de un procedimiento con arreglo a la Ley General del Sistema Concursal. (Lozano Hernandez LM UNCITRAL)

Artículo 32. Regla de pago para procedimientos paralelos

Sin perjuicio de los derechos de los titulares de créditos garantizados o de los derechos reales, un acreedor que haya percibido un cobro parcial respecto de su crédito en un procedimiento seguido en un Estado extranjero con arreglo a una norma relativa a la insolvencia no podrá percibir un nuevo dividendo por ese mismo crédito en un procedimiento de insolvencia que se siga con arreglo a la Ley General del Sistema Concursal respecto de ese mismo deudor, en tanto que el dividendo percibido por los demás acreedores de la misma categoría sea proporcionalmente inferior al cobro ya percibido por el acreedor.

(Lozano Hernandez LM UNCITRAL) ⁸¹

⁸¹ Proyecto normativo ajustado al Perú trabajado sobre la propuesta de Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Recuperado de: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-s.pdf>

7 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Baeza, J. (2011). Naturaleza jurídica del proceso concursal. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38 N° 1, 33-56.

Banco Mundial. (Abril de 2000). *La globalización: ¿Amenaza u oportunidad?*

Obtenido de Fondo Monetario Internacional:
<https://www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/esl/041200s.htm>

Banco Mundial. (1 de Enero de 2014). *Banco Mundial*. Obtenido de

<http://documentos.bancomundial.org/curated/es/123531468159317507/pdf/481650WP02001110Box338887B01PUBLIC1.pdf>

Bernal, C. (2010). *Metología de la investigación, administración, economía, humanidades y ciencias sociales*. Bogotá: Pearson Educación.

Betti, E. (1969). *Teoría General de las Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Blog El Mostrador Onix, C. (s.f.). Obtenido de
<https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2018/02/03/insolvencia-transfronteriza-una-positiva-nueva-institucion-al-servicio-del-orden-juridico/>

Bork, R. (2018). Principles of Cross-Border Insolvency Law. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 50, 35-50.

Carames Ferro, J. (1940). *Curso de Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot.

Caso Onix El Político, C. (s.f.). Obtenido de <https://elpolitico.com/apenas-unos-130-millones-serian-los-activos-a-liquidar-de-onix-capital/>

Caso Onix en Liquidación, G. (s.f.). Obtenido de <https://www.genealog.cl/Geanexus/empresa/CHILE/TNzYwTwNT11NTktNg-jTw/nombre-y-rut/ONIX-CAPITAL-S.A.-EN-LIQUIDACION-76052559-6>

CLA Astaldi, C. (s.f.). *Construcción Latinoamericana*. Obtenido de <https://www.construccionlatinoamericana.com/astaldi-chile-apuesta-por-reestructuracion-financiera/137239.article>

Comisión Economía, S. C. (s.f.). Obtenido de <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tranmitacion/index.php>

Conde Granados, J. L. (2004). Tesis “La atomización empresarial: Algunas reflexiones sobre el Derecho Corporativo y los Grupos de Sociedades. *La atomización empresarial: Algunas reflexiones sobre el Derecho Corporativo y los Grupos de Sociedades*. Lima: Universidad de Lima.

ConstrucciónPA Astaldi, C. (s.f.). *ConstrucciónPA*. Obtenido de <https://www.construccion-pa.com/noticias/italiana-astaldi-evita-quebra-en-chile/>

Dasso, A. (2008). *Derecho Concursal Comparado*. Buenos Aires: Editorial Legis Argentina.

De la Camara Alvarez, M. (1977). *Estudios de Derecho Mercantil*. Madrid: Editorial Derecho Financiero.

De la Lama, M. A. (1902). *Código de Comercio*. Lima: Librería Imprenta Gil.

- De Trasegnies Granda, F. (2006). ¿Lex mercatoria rediviva? Primera parte: De la edad media a la posmodernidad. *Revista Peruana de Arbitraje N° 3*, 15-51.
- Del Cid, A., Méndez, R., & Sandoval, F. (2007). *Investigación. Fundamentos y metodología*. México: Pearso Educación.
- Diccionario Enciclopédico Santilla,. (s.f.). *Diccionario Enciclopédico Santilla Tomo 12*. Lima: Empresa Editora El Comercio S.A.
- Duran, M., & Reinales, A. (Febrero de 2003). Tesis sobre Insolvencia Transfronteriza. Bogotá, Colombia.
- Elías, E. (1999). *Derecho Societario Peruano, Ley General de Sociedades*. Trujillo: Editora Normas Legales SA.
- Errazuriz, M. (1984). *Apuntes de Derecho Romano de las Obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Ezaine Chávez, A. (1987). *Derecho Romano Obligaciones y Contratos*. Lima: Editora Distribuidora I.N.A.F.
- Ezcurra, H. (2005). La Quiebra declarada en el extranjero y sus efectos en territorio peruano. *Advocatus 11*, 277-290.
- Fuentealba, A., & Soto, L. (2017). Tesis La Insolvencia Tranfronteriza en el ordenamiento jurídico chileno. Santiago de Chile, Chile.
- Fujii, G., & Ruesga, S. (2004). *El trabajo en un mundo globalizado*. Madrid: Editorial Pirámide.
- García Calderon, F. (1862). *Diccionario de la Legislacion Peruana Tomo II*. Lima: Imprenta del Estado.
- Garrigues, J. (1987). *Curso de Derecho Mercantil*. Bogotá: Editorial Temis.
- Gebhardt, M. (2009). *Prevención de la Insolvencia*. Buenos Aires: Astrea.

- Graziabile, D. (2006). *Derecho Concursal. Tomo I*. Buenos Aires: Lexs Nexis.
- Grossi, P. (2004). *La formación del jurista y exigencia de una reflexión metodológica innovadora*. México: Escuela Libre de Derecho de la Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2010). *Metodología de la Investigación*. México: McGraw-Hill.
- Hundskopf Exebio, O. (2004). *Derecho Comercial, Temas Societarios, Tomo III*. Lima: Editorial Fondo de Desarrollo editorial.
- La Tercera Astaldi, C. (s.f.). *La Tercera*. Obtenido de <https://www.latercera.com/pulso/noticia/astaldi-chile-se-acoge-reorganizacion-financiera/543285/>
- La Vanguardia Onix, C. (s.f.). *La Vanguardía*. Obtenido de <https://www.lavanguardia.cl/la-condena-a-la-gerenta-de-onix-capital-por-ocultar-realidad-de-licitud-de-negocios-a-clienta/>
- Larroument, C. (2008). *Internacionalización del Derecho en un Mundo Globalizado*. Lima: Fondo Editorial de USMP.
- Le Pera, S. (1974). *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*. Buenos Aires: Astrea.
- Ley 1116 Colombia, I. (31 de Diciembre de 2019). *Secretaría del Senado del Congreso de la República de Colombia*. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1116_2006.html
- Ley 20720 Chile, d. I. (s.f.). *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*. Obtenido de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1058072>

Ley Modelo Insolvencia, U. (s.f.). *UNCITRAL ONU*. Obtenido de <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-s.pdf>

Lozano Hernandez LM UNCITRAL, I. P. (s.f.). *UNCITRAL ONU*. Obtenido de <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-s.pdf>

Lozano Hernández, J. C. (2005). Evolución del derecho concursal en el Perú. *Jurídica. Suplemento de análisis legal. Año 2 del diario oficial El Peruano*, 3-5.

Lozano Hernández, J. C. (2006). *La responsabilidad de los empresarios en la crisis patrimoniales. Desde el derecho romano hasta el derecho de grupos*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres.

Lozano Hernández, J. C. (2012). Obtenido de Del Blog de Derecho Concursal.tv (de Julio Lozano Hernández.: <https://derechoconcursal.tv/evolucion-del-derecho-concursal/>

Lozano Hernández, J. C. (2015). *Tratado de Derecho Concursal*. Lima: Pacifico Editores S.A.C.

Lozano Hernández, J. (s.f.). *Del Blog de Derecho Concursal.tv (de Julio Lozano Hernández. Consultor legal y empresarial)*. Tomado de: <https://derechoconcursal.tv/evolucion-del-derecho-concursal/>.

Obtenido de <https://derechoconcursal.tv/evolucion-del-derecho-concursal/>

- Martínez, P., & Pérez, Á. (2015). Del sobreendeudamiento a la insolvencia: fases de crisis del deudor desde el derecho comparado europeo. *Revista Chilena de Derecho, Vol. 42 N° 1*.
- Moradas, C. (Julio de 2019). Tesis Análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial de la insolvencia de la Insolvencia Internacional. Santa Rosa , La Pampa, Argentina.
- Nieto Delgado, C. (2018). *PRACTICUM CONCURSAL 2018 Concurso con elemento de extranjería y derecho internacional privado*. Madrid: Thomson Reuters, Editora Arazandi.
- Paz-Ares, C. (1999). Uniones de empresas y grupos de sociedades. *Revista Jurídica, 223-252*.
- Pinkas, F. (2003). *Tratado de Derecho Concursal*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Portafolia Pacific, C. (s.f.). Obtenido de <https://www.portafolio.co/negocios/empresas/insolvencia-pacific-hara-canada-495861>
- Portafolio Pacific 2, C. (s.f.). Obtenido de <https://www.portafolio.co/negocios/empresas/pacific-e-p-cambia-de-nombre-506736>
- Puga Vial, J. E. (1989). *Derecho Concursal El Juicio de Quiebras*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Puga, J. (1989). *Derecho Concursal. El juicio de Quiebras*. Sanyiago de Chile: Jurídica de Chile.

- Quiebra Onix La Tercera, C. (s.f.). *La Tercera*. Obtenido de <https://www.latercera.com/noticia/decretan-quebra-de-onix-capital-una-de-las-firmas-de-chang/>
- Raspall, M., & María, R. (2014). *Derecho Concursal de la empresa*. Buenos Aires: Astrea.
- Resolución N° 335-2000-TDC Indecopi, T. (s.f.). *Web Indecopi*. Obtenido de <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/177659/ResolucionN0335-2000-TDC.pdf/3b8626e6-f150-474b-9e4c-e4c704c4e01d>
- Reuters Pacific, C. (s.f.). Obtenido de <https://lta.reuters.com/articulo/petroleo-pacific-idLTAKCN0XG20K>
- Rodríguez Espitia, J. J. (2009). *Aproximación el Derecho Concursal Colombiano*. Obtenido de <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen6/pdf02/aproximacion.pdf>
- Rojas Galdames., R. (Diciembre de 1979). *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia, España*. Obtenido de <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=13&IDN=1197&IDA=34915>
- Sarlo, O. (2006). El marco teórico en la investigación dogmática. En C. Courtis, *Observar la ley* (págs. 175-208). Madrid: Editorial Trotta.
- Selección y traducción, G. FATÁS . (1994). *Materiales para un curso de Historia Antigua*. Santiago de Compostela: Tórculo.
- Semana Económica Astaldi, C. (s.f.). Obtenido de <https://semanaeconomica.com/que-esta-pasando/articulos/185744->

pacific-ep-negocia-su-reestructuracion-con-catalyst-capital-y-acreedores

Sotomonte Mujica, D. R. (2009). *Insolvencia Transfronteriza: evolución y estado de la materia*. Bogotá: Editora: Universidad Externado de Colombia.

T13 Chile Onix Bienes en Extranjero, C. (s.f.). Obtenido de <https://www.t13.cl/noticia/negocios/superintendencia-insolvencia-y-reemprendimiento-autoriza-liquidacion-bienes-extranjero-d>

Tokeshi, A. (2013). *Planifique, desarrolle y apruebe su tesis. Guía para mejores resultados*. Lima: Fondo Editorial de la UNiversidad de Lima.

Tonón, A. (1988). *Derecho Concursal Instituciones Generales*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

United Nations Audiovisual Library of International Law. (2012). Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, R. a. (2012). *United Nations Audiovisual Library of International Law. (2012). Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, Relativa a la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales*. Obtenido de United Nations Audiovisual Library of International Law. (2012). Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, Relativa a la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales. Unites Nations: Recuperado de https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_1803/ga_1803_

Vásquez, M., & Acevedo, R. (2014). Análisis de la regulación sobre insolvencia transfronteriza en América Latina: Chile. *Justicia Juris*, 9-16.

Vilchez Durán, R. (2009). La insolvencia transfronteriza en el Derecho Colombiano. *Revista de Derecho No. 32*, 162-168.

Vivante, C. (1932). *Tratado de Derecho Mercantil*. Madrid: Editorial REUS.

Von Mayr, R. (1926). *Historia del Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial Labor.

8 ANEXO

Ley Modelo
de la CNUDMI sobre la
Insolvencia Transfronteriza y
Guía para su incorporación
al derecho interno
e interpretación



Para mayor información, sírvase dirigirse a:

Secretaría de la CNUDMI, Centro Internacional de Viena,
Apartado postal 500, 1400 Viena, Austria

Teléfono: (+43-1) 26060-4060
Internet: www.uncitral.org

Telefax: (+43-1) 26060-5813
Correo electrónico: uncitral@uncitral.org

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

Ley Modelo
de la CNUDMI sobre la
Insolvencia Transfronteriza y
Guía para su incorporación
al derecho interno
e interpretación



NACIONES UNIDAS
Nueva York, 2014

Nota

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras y cifras. La mención de una de tales firmas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

© Naciones Unidas, febrero de 2014. Reservados todos los derechos.

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto del trazado de sus fronteras o límites.

La presente publicación no ha sido revisada a fondo por los servicios de edición.

Producción de la publicación: Sección de Servicios en Inglés, Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena.

Índice

Página

Primera parte. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza

Preámbulo	3
Capítulo I. Disposiciones generales	3
Artículo 1. Ámbito de aplicación	3
Artículo 2. Definiciones	4
Artículo 3. Obligaciones internacionales del Estado	5
Artículo 4. [Tribunal o autoridad competente].....	5
Artículo 5. Autorización dada a [indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar la reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno de este Estado] para actuar en un Estado extranjero.....	5
Artículo 6. Excepción de orden público	5
Artículo 7. Asistencia adicional en virtud de alguna otra norma	6
Artículo 8. Interpretación	6
Capítulo II. Acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado.....	6
Artículo 9. Derecho de acceso directo	6
Artículo 10. Jurisdicción limitada	6
Artículo 11. Solicitud del representante extranjero de que se abra un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]	6
Artículo 12. Participación de un representante extranjero en un procedimiento abierto con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]	7
Artículo 13. Acceso de los acreedores extranjeros a un procedimiento seguido con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]	7
Artículo 14. Notificación a los acreedores en el extranjero con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia].....	8

	<i>Página</i>
Capítulo III. Reconocimiento de un procedimiento extranjero y medidas otorgables	8
Artículo 15. Solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero.....	8
Artículo 16. Presunciones relativas al reconocimiento.....	9
Artículo 17. Resolución de reconocimiento de un procedimiento extranjero.....	9
Artículo 18. Información subsiguiente	10
Artículo 19. Medidas otorgables a partir de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero	10
Artículo 20. Efectos del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal	11
Artículo 21. Medidas otorgables a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero	12
Artículo 22. Protección de los acreedores y de otras personas interesadas	13
Artículo 23. Acciones de impugnación de actos perjudiciales para los acreedores	13
Artículo 24. Intervención de un representante extranjero en procedimientos que se sigan en este Estado ...	14
Capítulo IV. Cooperación con tribunales y representantes extranjeros.....	14
Artículo 25. Cooperación y comunicación directa entre un tribunal de este Estado y los tribunales o representantes extranjeros	14
Artículo 26. Cooperación y comunicación directa entre [indíquese la denominación de la persona o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro] y los tribunales o representantes extranjeros	14
Artículo 27. Formas de cooperación	15
Capítulo V. Procedimientos paralelos	15
Artículo 28. Apertura de un procedimiento con arreglo a [identifíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] tras el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal	15
Artículo 29. Coordinación de un procedimiento seguido con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] y un procedimiento extranjero	16
Artículo 30. Coordinación de varios procedimientos extranjeros	16

Artículo 31. Presunción de insolvencia basada en el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal	17
Artículo 32. Regla de pago para procedimientos paralelos ..	17

Segunda Parte. Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza

I. Finalidad y origen de la Ley Modelo	21
A. Finalidad de la Ley Modelo	21
B. Origen de la Ley Modelo	23
C. Labor preparatoria y aprobación	25
II. Finalidad de la Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación	26
III. La Ley Modelo como vehículo de armonización del derecho	27
A. Flexibilidad de una ley modelo	27
B. Integración de la Ley Modelo en el derecho interno existente ...	28
IV. Características principales de la Ley Modelo	29
A. Acceso	30
B. Reconocimiento	31
C. Medidas otorgables	32
D. Cooperación y coordinación	34
V. Observaciones sobre cada uno de los artículos	36
A. Preámbulo	36
B. Capítulo I. Disposiciones generales	38
Artículo 1. Ámbito de aplicación	38
Artículo 2. Definiciones	42
Artículo 3. Obligaciones internacionales del Estado	53
Artículo 4. <i>[Tribunal o autoridad competente]</i>	55
Artículo 5. Autorización dada a <i>[indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar la reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno de este Estado]</i> para actuar en un Estado extranjero	56
Artículo 6. Excepción de orden público	57
Artículo 7. Asistencia adicional en virtud de alguna otra norma	59
Artículo 8. Interpretación	59

C.	Capítulo II.	Acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado	60
	Artículo 9.	Derecho de acceso directo	60
	Artículo 10.	Jurisdicción limitada	61
	Artículo 11.	Solicitud del representante extranjero de que se abra un procedimiento con arreglo a [<i>indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia</i>]	62
	Artículo 12.	Participación de un representante extranjero en un procedimiento abierto con arreglo a [<i>indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia</i>]	64
	Artículo 13.	Acceso de los acreedores extranjeros a un procedimiento seguido con arreglo a [<i>indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia</i>]	65
	Artículo 14.	Notificación a los acreedores en el extranjero con arreglo a [<i>indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia</i>]	66
D.	Capítulo III.	Reconocimiento de un procedimiento extranjero y medidas otorgables	70
	Artículo 15.	Solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero	70
	Artículo 16.	Presunciones relativas al reconocimiento	74
	Artículo 17.	Resolución de reconocimiento de un procedimiento extranjero	79
	Artículo 18.	Información subsiguiente	85
	Artículo 19.	Medidas otorgables a partir de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero	86
	Artículo 20.	Efectos del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal	89
	Artículo 21.	Medidas otorgables a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero	94
	Artículo 22.	Protección de los acreedores y de otras personas interesadas	97
	Artículo 23.	Acciones de impugnación de actos perjudiciales para los acreedores	98
	Artículo 24.	Intervención de un representante extranjero en procedimientos que se sigan en este Estado	100
E.	Capítulo IV.	Cooperación con tribunales y representantes extranjeros	102
	Artículo 25.	Cooperación y comunicación directa entre un tribunal de este Estado y los tribunales o representantes extranjeros	104

Artículo 26.	Cooperación y comunicación directa entre [<i>indíquese la denominación de la persona, o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro</i>] y los tribunales o representantes extranjeros	105
Artículo 27.	Formas de cooperación	105
F.	Capítulo V. Procedimientos paralelos	107
Artículo 28.	Apertura de un procedimiento con arreglo a [<i>identifíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia</i>] tras el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal	107
Artículo 29.	Coordinación de un procedimiento seguido con arreglo a [<i>indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia</i>] y un procedimiento extranjero	110
Artículo 30.	Coordinación de varios procedimientos extranjeros	112
Artículo 31.	Presunción de insolvencia basada en el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal.	113
Artículo 32.	Regla de pago para procedimientos paralelos	115
VI.	Asistencia de la Secretaría de la CNUDMI.	116
A.	Asistencia para la redacción de leyes	116
B.	Información sobre la interpretación de leyes basadas en la Ley Modelo	116

Anexos

I.	Resolución 52/158 de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1997	117
II.	Decisión de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional	119

Primera parte

**LEY MODELO DE LA CNUDMI
SOBRE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA**

Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza

PREÁMBULO

La finalidad de la presente Ley es la de establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza con miras a promover el logro de los objetivos siguientes:

a) La cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de este Estado y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza;

b) Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones;

c) Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor;

d) La protección de los bienes del deudor, y la optimización de su valor;

así como

e) Facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo.

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. La presente Ley será aplicable a los casos en que:

a) Un tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia en este Estado en relación con un procedimiento extranjero; o

b) Se solicite asistencia en un Estado extranjero en relación con un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*]; o

c) Se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un procedimiento en este Estado con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]; o

d) Los acreedores u otras personas interesadas, que estén en un Estado extranjero, tengan interés en solicitar la apertura de un procedimiento o en participar en un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia].

2. La presente Ley no será aplicable a un procedimiento relativo a [indíquense todas las clases de entidades sometidas en este Estado a un régimen especial de la insolvencia, tales como sociedades bancarias y de seguros, y que se desee excluir de la presente Ley].

Artículo 2. Definiciones

Para los fines de la presente Ley:

a) Por “procedimiento extranjero” se entenderá el procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo incluido el de índole provisional, que se siga en un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa a la insolvencia y en virtud del cual los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación;

b) Por “procedimiento extranjero principal” se entenderá el procedimiento extranjero que se siga en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses;

c) Por “procedimiento extranjero no principal” se entenderá un procedimiento extranjero, que no sea un procedimiento extranjero principal, que se siga en un Estado donde el deudor tenga un establecimiento en el sentido del inciso f) del presente artículo;

d) Por “representante extranjero” se entenderá la persona o el órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor o para actuar como representante del procedimiento extranjero;

e) Por “tribunal extranjero” se entenderá la autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control o la supervisión de un procedimiento extranjero;

f) Por “establecimiento” se entenderá todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios.

Artículo 3. Obligaciones internacionales del Estado

En caso de conflicto entre la presente Ley y una obligación de este Estado nacida de un tratado u otra forma de acuerdo en el que este Estado sea parte con uno o más Estados, prevalecerán las disposiciones de ese tratado o acuerdo.

Artículo 4. [Tribunal o autoridad competente]^a

Las funciones a las que se refiere la presente Ley relativas al reconocimiento de procedimientos extranjeros y en materia de cooperación con tribunales extranjeros serán ejercidas por [*indíquese el tribunal o tribunales o la autoridad o autoridades que, conforme al derecho interno, sean competentes para ejercer estas funciones*].

Artículo 5. Autorización dada a [*indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar la reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno de este Estado*] para actuar en un Estado extranjero

. . . [*indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar la reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno de este Estado*], estará facultado(a) para actuar en un Estado extranjero en representación de un procedimiento abierto en este Estado con arreglo a [*indíquese aquí la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*], en la medida en que lo permita la ley extranjera aplicable.

Artículo 6. Excepción de orden público

Nada de lo dispuesto en la presente Ley impedirá que el tribunal se niegue a adoptar una medida en ella regulada, de ser esa medida manifiestamente contraria al orden público de este Estado.

^aAquellos Estados en los que algunas de las funciones relacionadas con el procedimiento de insolvencia sean habitualmente conferidas a determinados mandatarios judiciales u órganos públicos podrán, si así lo desean, insertar en el artículo 4, o en algún otro lugar del capítulo I, la disposición siguiente:

"Nada de lo dispuesto en la presente Ley afectará a las disposiciones de este Estado relativas a los poderes de que goza [*indíquese la denominación de la persona u órgano habitualmente designado*]".

Artículo 7. Asistencia adicional en virtud de alguna otra norma

Nada de lo dispuesto en la presente Ley limitará las facultades que pueda tener un tribunal o [*indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar una reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno*] para prestar asistencia adicional al representante extranjero con arreglo a alguna otra norma de este Estado.

Artículo 8. Interpretación

En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

CAPÍTULO II. ACCESO DE LOS REPRESENTANTES Y ACREEDORES EXTRANJEROS A LOS TRIBUNALES DEL ESTADO

Artículo 9. Derecho de acceso directo

Todo representante extranjero estará legitimado para comparecer directamente ante un tribunal del Estado.

Artículo 10. Jurisdicción limitada

El solo hecho de la presentación de una solicitud, con arreglo a la presente Ley, ante un tribunal del Estado por un representante extranjero no supone la sumisión de éste ni de los bienes y negocios del deudor en el extranjero, a la jurisdicción de los tribunales del Estado para efecto alguno que sea distinto de la solicitud.

*Artículo 11. Solicitud del representante extranjero de que se abra un procedimiento con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*]*

Todo representante extranjero estará facultado para solicitar la apertura de un procedimiento con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] si por lo demás se cumplen las condiciones para la apertura de ese procedimiento.

Artículo 12. Participación de un representante extranjero en un procedimiento abierto con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero estará facultado para participar en todo procedimiento que se haya abierto respecto del deudor con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*].

Artículo 13. Acceso de los acreedores extranjeros a un procedimiento seguido con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un procedimiento en este Estado y de la participación en él con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*].

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no afectará al orden de prelación de los créditos en un procedimiento abierto con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*], salvo que no se asignará a los créditos de acreedores extranjeros una prelación inferior a [*indíquese la categoría de créditos ordinarios no preferentes, y que todo crédito extranjero tendrá una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes cuando el crédito equivalente en el país (por ejemplo, una sanción pecuniaria o un crédito con pago diferido) tenga una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes*]^b.

^bEl Estado promulgante tal vez desee considerar la posibilidad de reemplazar el párrafo 2 del artículo 13 por el texto siguiente:

"2. Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no afectará al orden de prelación de los créditos en un procedimiento entablado con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] ni a la exclusión de ese procedimiento de los créditos extranjeros por concepto de impuestos o seguridad social. No obstante, no se dará a los créditos extranjeros que no se refieran a obligaciones tributarias o de seguridad social una prelación inferior a la de [*indíquese la categoría de créditos ordinarios no preferentes, y que todo crédito extranjero tendrá una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes cuando los créditos equivalentes en el país (por ejemplo una sanción pecuniaria o un crédito con pago diferido) tengan una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes*]".

*Artículo 14. Notificación a los acreedores en el extranjero
con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno
relativa a la insolvencia]*

1. Siempre que, con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*], se haya de notificar algún procedimiento, a los acreedores que residan en este Estado, esa notificación deberá practicarse también a los acreedores conocidos que no tengan una dirección en este Estado. El tribunal podrá ordenar que se tomen las medidas oportunas a fin de notificar a todo acreedor cuya dirección aún no se conozca.

2. Esa notificación deberá practicarse a cada uno de los acreedores extranjeros por separado, a no ser que el tribunal considere que alguna otra forma de notificación sea más adecuada en las circunstancias del caso. No se requerirá carta rogatoria ni ninguna otra formalidad similar.

3. Cuando se haya de notificar a los acreedores extranjeros la apertura de un procedimiento, la notificación deberá:

a) Señalar un plazo razonable para la presentación de los créditos e indicar el lugar en el que se haya de efectuar esa presentación;

b) Indicar si los acreedores con créditos garantizados necesitan presentar esos créditos; y

c) Contener cualquier otra información requerida para esa notificación conforme a las leyes de este Estado y a las resoluciones del tribunal.

CAPÍTULO III. RECONOCIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO
EXTRANJERO Y MEDIDAS OTORGABLES

*Artículo 15. Solicitud de reconocimiento de
un procedimiento extranjero*

1. El representante extranjero podrá solicitar ante el tribunal el reconocimiento del procedimiento extranjero en el que haya sido nombrado.

2. Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de:

a) Una copia certificada conforme de la resolución por la que se declare abierto el procedimiento extranjero y se nombre el representante extranjero; o

b) Un certificado expedido por el tribunal extranjero en el que se acredite la existencia del procedimiento extranjero y el nombramiento del representante extranjero; o

c) En ausencia de una prueba conforme a los incisos a) y b), acompañada de cualquier otra prueba admisible por el tribunal de la existencia del procedimiento extranjero y del nombramiento del representante extranjero.

3. Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de una declaración en la que se indiquen debidamente los datos de todos los procedimientos extranjeros abiertos respecto del deudor de los que tenga conocimiento el representante extranjero.

4. El tribunal podrá exigir que todo documento presentado en apoyo de una solicitud de reconocimiento sea traducido a un idioma oficial de este Estado.

Artículo 16. Presunciones relativas al reconocimiento

1. Si la resolución o el certificado de los que se trata en el párrafo 2 del artículo 15 indican que el procedimiento extranjero es un procedimiento en el sentido del inciso a) del artículo 2 y que el representante extranjero es una persona o un órgano en el sentido del inciso d) del artículo 2, el tribunal podrá presumir que ello es así.

2. El tribunal estará facultado para presumir que los documentos que le sean presentados en apoyo de la solicitud de reconocimiento son auténticos, estén o no legalizados.

3. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el domicilio social del deudor o su residencia habitual, si se trata de una persona natural, es el centro de sus principales intereses.

Artículo 17. Resolución de reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. Salvo lo dispuesto en el artículo 6, se otorgará reconocimiento a un procedimiento extranjero cuando:

a) El procedimiento extranjero sea un procedimiento en el sentido del inciso a) del artículo 2;

- b) El representante extranjero que solicite el reconocimiento sea una persona o un órgano en el sentido del inciso d) del artículo 2;
- c) La solicitud cumpla los requisitos del párrafo 2 del artículo 15; y
- d) La solicitud haya sido presentada al tribunal competente conforme al artículo 4.

2. Se reconocerá el procedimiento extranjero:

- a) Como procedimiento extranjero principal, si se está tramitando en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses; o
- b) Como procedimiento extranjero no principal, si el deudor tiene en el territorio del Estado del foro extranjero un establecimiento en el sentido del inciso f) del artículo 2.

3. Se dictará a la mayor brevedad posible la resolución relativa al reconocimiento de un procedimiento extranjero.

4. Lo dispuesto en los artículos 15, 16, 17 y 18 no impedirá que se modifique o revoque el reconocimiento caso de demostrarse la ausencia parcial o total de los motivos por los que se otorgó, o que esos motivos han dejado de existir.

Artículo 18. Información subsiguiente

A partir del momento en que se presente la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero informará sin demora al tribunal de:

- a) Todo cambio importante en la situación del procedimiento extranjero reconocido o del nombramiento del representante extranjero; y
- b) Todo otro procedimiento extranjero que se siga respecto del mismo deudor y del que tenga conocimiento el representante extranjero.

Artículo 19. Medidas otorgables a partir de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. Desde la presentación de una solicitud de reconocimiento hasta que se resuelva esa solicitud, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero y cuando las medidas sean necesarias y urgentes para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, otorgar medidas provisionales, incluidas las siguientes:

- a) Paralizar toda medida de ejecución contra los bienes del deudor;
- b) Encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona designada por el tribunal, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor que se encuentren en el territorio de este Estado, para proteger y preservar el valor de aquellos que, por su naturaleza o por circunstancias concurrentes, sean perecederos, susceptibles de devaluación, o estén amenazados por cualquier otra causa;
- c) Aplicar cualquiera de las medidas previstas en los incisos c), d) y g) del párrafo 1 del artículo 21.

2. *[Insértense las disposiciones (o hágase una remisión a las disposiciones vigentes en el Estado promulgante) relativas a la notificación].*

3. A menos que se prorroguen con arreglo a lo previsto en el inciso f) del párrafo 1 del artículo 21, las medidas otorgadas con arreglo al presente artículo quedarán sin efecto cuando se dicte una resolución sobre la solicitud de reconocimiento.

4. El tribunal podrá denegar toda medida prevista en el presente artículo cuando esa medida afecte al desarrollo de un procedimiento extranjero principal.

Artículo 20. Efectos del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

1. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero que sea un procedimiento principal:

- a) Se paralizará la iniciación o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;
- b) Se paralizará asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor; y
- c) Se suspenderá todo derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes.

2. El alcance, la modificación y la extinción de los efectos de paralización y suspensión de que trata el párrafo 1 del presente artículo estarán supeditados a *[indíquese toda norma de derecho interno relativa a la insolvencia que sea aplicable a las excepciones, las limitaciones, las modificaciones o la extinción referentes a los efectos de paralización y suspensión de que trata el párrafo 1 del presente artículo].*

3. El inciso *a)* del párrafo 1 del presente artículo no afectará al derecho de iniciar acciones o procedimientos individuales en la medida en que ello sea necesario para preservar un crédito contra el deudor.

4. El párrafo 1 del presente artículo no afectará al derecho de solicitar el inicio de un procedimiento con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] o a presentar créditos en ese procedimiento.

Artículo 21. Medidas otorgables a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero, ya sea principal o no principal, de ser necesario para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero, otorgar toda medida apropiada, incluidas las siguientes:

a) Paralizar la iniciación o la continuación de acciones o procedimientos individuales relativos a los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor, en cuanto no se hayan paralizado con arreglo al inciso *a)* del párrafo 1 del artículo 20;

b) Paralizar asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor, en cuanto no se haya paralizado con arreglo al inciso *b)* del párrafo 1 del artículo 20;

c) Suspender el ejercicio del derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de esos bienes de algún otro modo, en cuanto no se haya suspendido ese derecho con arreglo al artículo 20;

d) Disponer el examen de testigos, la presentación de pruebas o el suministro de información respecto de los bienes, negocios, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;

e) Encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona nombrada por el tribunal, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor, que se encuentren en el territorio de este Estado;

f) Prorrogar toda medida cautelar otorgada con arreglo al párrafo 1 del artículo 19;

g) Conceder cualquier otra medida que, conforme a la legislación de este Estado, sea otorgable a [*indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar una reorganización o una liquidación con arreglo al derecho interno*].

2. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, principal o no principal, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero, encomendar al representante extranjero, o a otra persona nombrada por el tribunal, la distribución de todos o de parte de los bienes del deudor que se encuentren en el territorio de este Estado, siempre que el tribunal se asegure de que los intereses de los acreedores en este Estado están suficientemente protegidos.

3. Al otorgar medidas con arreglo a este artículo al representante de un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que las medidas atañen a bienes que, con arreglo al derecho de este Estado, hayan de ser administrados en el marco del procedimiento extranjero no principal o que atañen a información requerida en ese procedimiento extranjero no principal.

Artículo 22. Protección de los acreedores y de otras personas interesadas

1. Al conceder o denegar una medida con arreglo a los artículos 19 o 21 o al modificar o dejar sin efecto esa medida con arreglo al párrafo 3 del presente artículo, el tribunal deberá asegurarse de que quedan debidamente protegidos los intereses de los acreedores y de otras personas interesadas, incluido el deudor.

2. El tribunal podrá supeditar toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 o 21 a las condiciones que juzgue convenientes.

3. A instancia del representante extranjero o de toda persona afectada por alguna medida otorgada con arreglo a los artículos 19 o 21, o de oficio, el tribunal podrá modificar o dejar sin efecto la medida impugnada.

Artículo 23. Acciones de impugnación de actos perjudiciales para los acreedores

1. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero estará legitimado para entablar [*indíquense los tipos de acciones que, para evitar o de otro modo dejar sin efecto todo acto perjudicial para los acreedores, pueda entablar en este Estado una persona o un órgano que esté administrando una reorganización o una liquidación*].

2. Cuando el procedimiento extranjero sea un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que la acción afecta a

bienes que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en el marco del procedimiento extranjero no principal.

Artículo 24. Intervención de un representante extranjero en procedimientos que se sigan en este Estado

Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero podrá intervenir, conforme a las condiciones prescritas por el derecho interno de este Estado, en todo procedimiento en el que el deudor sea parte.

CAPÍTULO IV. COOPERACIÓN CON TRIBUNALES Y REPRESENTANTES EXTRANJEROS

Artículo 25. Cooperación y comunicación directa entre un tribunal de este Estado y los tribunales o representantes extranjeros

1. En los asuntos indicados en el artículo 1, el tribunal deberá cooperar en la medida de lo posible con los tribunales extranjeros o los representantes extranjeros, ya sea directamente o por conducto de [*indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro*].

2. El tribunal estará facultado para ponerse en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros o para recabar información o asistencia directa de los mismos.

*Artículo 26. Cooperación y comunicación directa entre [*indíquese la denominación de la persona o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro*] y los tribunales o representantes extranjeros*

1. En los asuntos indicados en el artículo 1, [*indíquese la denominación de la persona o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro*] deberá cooperar, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, con los tribunales y representantes extranjeros.

2. . . . [*indíquese la denominación de la persona o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley*

del foro] estará facultado(a), en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, para ponerse en comunicación directa con los tribunales o los representantes extranjeros.

Artículo 27. Formas de cooperación

La cooperación de la que se trata en los artículos 25 y 26 podrá ser puesta en práctica por cualquier medio apropiado, y en particular mediante:

- a) El nombramiento de una persona o de un órgano para que actúe bajo dirección del tribunal;
- b) La comunicación de información por cualquier medio que el tribunal considere oportuno;
- c) La coordinación de la administración y la supervisión de los bienes y negocios del deudor;
- d) La aprobación o la aplicación por los tribunales de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos;
- e) La coordinación de los procedimientos que se estén siguiendo simultáneamente respecto de un mismo deudor;
- f) [El Estado que incorpore el nuevo régimen tal vez desee indicar otras formas o ejemplos de cooperación].

CAPÍTULO V. PROCEDIMIENTOS PARALELOS

Artículo 28. Apertura de un procedimiento con arreglo a [identifíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] tras el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, solo se podrá iniciar un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] cuando el deudor tenga bienes en este Estado y los efectos de este procedimiento se limitarán a los bienes del deudor que se encuentren en este Estado y, en la medida requerida para la puesta en práctica de la cooperación y coordinación previstas en los artículos 25, 26 y 27, a otros bienes del deudor que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en este procedimiento.

Artículo 29. Coordinación de un procedimiento seguido con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] y un procedimiento extranjero

Cuando se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un procedimiento con arreglo a [*indíquese la norma de la ley del foro relativa a la insolvencia*], el tribunal procurará colaborar y coordinar sus actuaciones con las del otro procedimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 27, en los términos siguientes:

a) Cuando el procedimiento seguido en este Estado esté en curso en el momento de presentarse la solicitud de reconocimiento del procedimiento extranjero:

- i) Toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 o 21 deberá ser compatible con el procedimiento seguido en este Estado; y
- ii) De reconocerse el procedimiento extranjero en este Estado como procedimiento extranjero principal, el artículo 20 no será aplicable;

b) Cuando el procedimiento seguido en este Estado se inicie tras el reconocimiento, o una vez presentada la solicitud de reconocimiento, del procedimiento extranjero:

- i) Toda medida que estuviera en vigor con arreglo a los artículos 19 o 21 será reexaminada por el tribunal y modificada o revocada caso de ser incompatible con el procedimiento en este Estado; y
- ii) De haberse reconocido el procedimiento extranjero como procedimiento extranjero principal, la paralización o suspensión de que se trata en el párrafo 1 del artículo 20 será modificada o revocada con arreglo al párrafo 2 del artículo 20 caso de ser incompatible con el procedimiento abierto en este Estado;

c) Al conceder, prorrogar o modificar una medida otorgada a un representante de un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que esa medida afecta a bienes que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en el procedimiento extranjero no principal o concierne a información requerida para ese procedimiento.

Artículo 30. Coordinación de varios procedimientos extranjeros

En los casos contemplados en el artículo 1, cuando se siga más de un procedimiento extranjero respecto de un mismo deudor, el tribunal procurará

que haya cooperación y coordinación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 27, y serán aplicables las siguientes reglas:

a) Toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 o 21 a un representante de un procedimiento extranjero no principal, una vez reconocido un procedimiento extranjero principal, deberá ser compatible con este último;

b) Cuando un procedimiento extranjero principal sea reconocido tras el reconocimiento o una vez presentada la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero no principal, toda medida que estuviera en vigor con arreglo a los artículos 19 o 21 deberá ser reexaminada por el tribunal y modificada o dejada sin efecto caso de ser incompatible con el procedimiento extranjero principal;

c) Cuando, una vez reconocido un procedimiento extranjero no principal, se otorgue reconocimiento a otro procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá conceder, modificar o dejar sin efecto toda medida que proceda para facilitar la coordinación de los procedimientos.

Artículo 31. Presunción de insolvencia basada en el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

Salvo prueba en contrario, el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal constituirá prueba válida de que el deudor es insolvente a los efectos de la apertura de un procedimiento con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*].

Artículo 32. Regla de pago para procedimientos paralelos

Sin perjuicio de los derechos de los titulares de créditos garantizados o de los derechos reales, un acreedor que haya percibido un cobro parcial respecto de su crédito en un procedimiento seguido en un Estado extranjero con arreglo a una norma relativa a la insolvencia no podrá percibir un nuevo dividendo por ese mismo crédito en un procedimiento de insolvencia que se siga con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] respecto de ese mismo deudor, en tanto que el dividendo percibido por los demás acreedores de la misma categoría sea proporcionalmente inferior al cobro ya percibido por el acreedor.

Segunda parte

**GUÍA PARA LA INCORPORACIÓN AL DERECHO
INTERNO Y LA INTERPRETACIÓN DE LA
LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA
INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA**

Guía para la Incorporación al derecho Interno y la Interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza

I. Finalidad y origen de la Ley Modelo

A. Finalidad de la Ley Modelo

1. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, aprobada en 1997, tiene por objeto ayudar a los Estados a dotar a su régimen de la insolvencia de una normativa moderna, equitativa y armonizada para abordar con más eficacia los casos de procedimientos transfronterizos relativos a deudores que se encuentren en graves apuros financieros o que sean insolventes. Entre ellos cabe mencionar los casos en que el deudor tenga bienes en más de un Estado o en que algunos de los acreedores del deudor no sean del Estado en el que tiene lugar el procedimiento de insolvencia. En principio, se espera que el procedimiento pendiente en el centro de los principales intereses del deudor sea el determinante para hacer frente a la insolvencia del deudor, independientemente del número de Estados en los que este tenga bienes y acreedores, siempre y cuando se establezcan procedimientos de coordinación apropiados para ajustarse a las necesidades de cada Estado.

2. La Ley Modelo recoge las prácticas en materia de insolvencia transfronteriza que caracterizan a los sistemas más modernos y eficientes en esa esfera. Así pues, los Estados que incorporen la Ley Modelo a su derecho interno estarían introduciendo adiciones y mejoras útiles en sus respectivos regímenes internos de la insolvencia destinadas a resolver problemas que se plantean en casos de insolvencia transfronteriza. Al aprobar legislación basada en la Ley Modelo, los Estados reconocen que para cumplir las normas reconocidas internacionalmente tal vez tengan o hayan tenido que modificar algunas de sus leyes sobre insolvencia.

3. En la Ley Modelo se respetan las diferencias existentes en materia de derecho procesal entre los distintos Estados y no se intenta lograr una unificación sustantiva del régimen de la insolvencia. Antes bien, se proporciona un marco de cooperación entre los países, ofreciendo soluciones útiles por

razones que no por modestas dejan de ser significativas y que facilitan y promueven la aplicación de un criterio uniforme con respecto a la insolvencia transfronteriza. Entre esas soluciones cabe citar las siguientes:

a) Dar acceso a la persona que administra un procedimiento de insolvencia extranjero (el “representante extranjero”) a los tribunales del Estado promulgante¹, lo que le permitirá obtener cierto “respiro” y dará ocasión para que esos tribunales puedan determinar qué medidas de coordinación judicial o de otra índole procede otorgar para optimizar la administración de la insolvencia;

b) Determinar cuándo debe otorgarse el “reconocimiento” a un procedimiento de insolvencia extranjero y cuáles serán las consecuencias de ese reconocimiento;

c) Enunciar en términos transparentes el derecho de los acreedores extranjeros a entablar un procedimiento de insolvencia en el Estado promulgante o a participar en un procedimiento de esa índole;

d) Facultar a los tribunales del Estado promulgante para que cooperen más eficazmente con los tribunales y representantes extranjeros que intervengan en un asunto de insolvencia;

e) Autorizar a los tribunales del Estado promulgante y a las personas que administren procedimientos de insolvencia en ese Estado para solicitar asistencia en el extranjero;

f) Determinar la competencia de los tribunales y establecer reglas de coordinación cuando se hayan abierto procedimientos de insolvencia paralelos en el Estado promulgante y en otro Estado;

g) Establecer reglas para la coordinación de las medidas otorgadas en el Estado promulgante con objeto de prestar asistencia a dos o más procedimientos de insolvencia que puedan tener lugar en otros Estados respecto del mismo deudor.

4. En el caso de países ya habituados a tener que resolver numerosos casos de insolvencia transfronteriza, así como en el de los que deseen prepararse como es debido para la eventualidad cada vez más probable de que esos casos proliferen, la Ley Modelo es un punto de referencia esencial para la elaboración de un marco efectivo de cooperación transfronteriza.

¹El “Estado promulgante” es el Estado que ha promulgado legislación basada en la Ley Modelo. A menos que se disponga de otro modo, esa expresión se utiliza en la *Guía para la incorporación e interpretación* a fin de hacer referencia al Estado que reciba una solicitud en virtud de la Ley Modelo.

B. Origen de la Ley Modelo

5. La incidencia cada vez mayor de los casos de insolvencia transfronteriza es fiel reflejo de la incesante expansión mundial del comercio y las inversiones. Ahora bien, el régimen interno en la materia no ha ido a la par de esa tendencia y no suele estar en condiciones de atender a las causas de carácter transfronterizo. Eso muchas veces redundando en soluciones jurídicas inadecuadas y desequilibradas que dificultan la rehabilitación de empresas que se hallan en dificultades financieras, no facilitan una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas y obstaculizan la protección de los bienes del deudor insolvente contra su dispersión, así como la optimización del valor de esos bienes. Además, la falta de previsibilidad en lo que respecta a la forma de administrar una eventual insolvencia transfronteriza puede obstaculizar la corriente de capitales y desincentivar la inversión transfronteriza.

6. Las operaciones fraudulentas de deudores insolventes, en particular las encaminadas a ocultar o transferir bienes al extranjero, constituyen un problema cada vez más grave, tanto en lo que respecta a su frecuencia como a su magnitud, y son cada vez más fáciles de planear y ejecutar gracias a la interconexión del mundo moderno. Los mecanismos de cooperación transfronteriza establecidos por la Ley Modelo tienen por finalidad combatir ese fraude internacional.

7. Apenas un escaso número de países disponen de un marco legislativo para la insolvencia transfronteriza que responda a las necesidades del comercio y de las inversiones internacionales. A falta de un marco legislativo o convencional idóneo, se recurre a diversas técnicas y nociones para abordar la insolvencia transfronteriza. Cabe citar, al respecto, la aplicación de la doctrina de la cortesía internacional por los tribunales del *common law*; la emisión de mandatos de *exequatur* en los ordenamientos de tradición romanista; la ejecución de mandatos emanados de procedimientos de insolvencia extranjeros apoyándose en la normativa interna para la ejecución de sentencias extranjeras, y técnicas como la comisión o carta rogatoria para la transmisión de solicitudes de asistencia judicial.

8. Los criterios basados únicamente en el principio de la cortesía internacional o del *exequatur* no proporcionan el grado de fiabilidad o previsibilidad que cabe esperar de un régimen especial, como el de la Ley Modelo, en materia de cooperación judicial, reconocimiento de procedimientos de insolvencia extranjeros y acceso de los representantes extranjeros a los tribunales. Por ejemplo, la normativa general relativa al reconocimiento recíproco de sentencias y de mandatos de *exequatur* tal vez se limite, en un ordenamiento dado, a la ejecución de mandatos financieros cautelares en litigios bilaterales,

lo que excluye las decisiones de apertura de un procedimiento colectivo de insolvencia. Por otra parte, el reconocimiento de un procedimiento de insolvencia extranjero podría no considerarse reconocimiento de una “sentencia” extranjera, por ejemplo, si la declaración extranjera de quiebra se considera meramente una declaración de la situación legal del deudor o no se considera un pronunciamiento de carácter definitivo.

9. Toda falta de comunicación y de coordinación entre los tribunales y los administradores de los Estados interesados facilita la dispersión o la ocultación fraudulenta de los bienes, o incluso su liquidación sin previa exploración de otras soluciones más ventajosas. De resultas de esto, no solo disminuirán las probabilidades de reembolso de los acreedores, sino también la posibilidad de rescatar a las empresas financieramente viables y salvar empleos. Por el contrario, todo mecanismo de derecho interno que permita coordinar la administración de insolvencias transfronterizas abre vías para adoptar soluciones sensatas que pueden beneficiar tanto a los acreedores como al deudor, razón por la cual la presencia de ese tipo de mecanismos en el derecho interno de un Estado se considera un factor ventajoso para toda inversión u operación comercial extranjera en ese Estado.

10. En la Ley Modelo se tienen en cuenta los resultados de otros trabajos internacionales, entre los que cabe citar el Reglamento del Consejo Europeo núm. 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (el “Reglamento del Consejo Europeo”), la Convención europea sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra (1990)², los tratados de derecho comercial internacional de Montevideo de 1889 y 1940, la Convención sobre la quiebra en los Estados Nórdicos de 1933 y la Convención de Derecho Internacional Privado de 1928 (el “Código Bustamante”)³. Se han tenido en cuenta propuestas de organizaciones no gubernamentales como la Ley Modelo sobre Cooperación Internacional en materia de Insolvencia y el *Cross-Border Insolvency Concordat*, dos instrumentos jurídicos preparados por el antiguo Comité J (Insolvencia) de la Sección de Derecho Empresarial de la Asociación Internacional de Abogados⁴.

11. El Reglamento del Consejo Europeo establece un régimen transnacional de la insolvencia propio de la Unión Europea para los casos en que el deudor tenga el centro de sus principales intereses en un Estado miembro de la Unión. El Reglamento no aborda asuntos de insolvencia que trasciendan del territorio de un Estado miembro al territorio de un Estado no miembro de la Unión. De este modo, la Ley Modelo ofrece a los Estados

²Serie de tratados europeos, núm. 136.

³Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. LXXXVI, núm. 1950.

⁴Puede consultarse en <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/396/1522.html> (última consulta: 1 de agosto de 2013).

miembros de la Unión Europea un régimen complementario de considerable interés práctico para los numerosos casos de cooperación en materia de insolvencia transfronteriza a los que no es aplicable el Reglamento del Consejo Europeo.

C. Labor preparatoria y aprobación

12. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) inició el proyecto en estrecha colaboración con *INSOL International*, que le proporcionó su asesoramiento especializado en todas las etapas de la labor preparatoria. Durante la formulación del texto de la Ley también recibió asistencia consultiva del antiguo Comité J (Insolvencia) de la Sección de Derecho Empresarial de la Asociación Internacional de Abogados.

13. Antes de que la CNUDMI decidiera emprender su labor sobre la insolvencia transfronteriza, la Comisión e *INSOL* organizaron dos coloquios internacionales para profesionales de la insolvencia, jueces, funcionarios públicos y representantes de otros sectores interesados⁵. Se sugirió, a raíz de esos coloquios, que la labor de la Comisión se ciñera a la finalidad restringida, pero valiosa, de facilitar la cooperación judicial, el acceso de los representantes de la insolvencia extranjeros a los tribunales y el reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros.

14. En 1995, cuando la CNUDMI decidió elaborar un instrumento jurídico relativo a la insolvencia transfronteriza, encomendó esa tarea al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia, uno de sus tres órganos subsidiarios⁶. El Grupo de Trabajo dedicó cuatro períodos de sesiones, de dos semanas cada uno, a trabajar en el proyecto⁷.

⁵El primero fue el Coloquio CNUDMI/INSOL relativo a la insolvencia transfronteriza (Viena, 17 a 19 de abril de 1994) (el informe del Coloquio figura en el documento A/CN.9/398 y en http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia_insolvency.html; las actas del Coloquio, en *International Insolvency Review, Special Conference Issue*, vol. 4, 1995, y las observaciones de la Comisión relativas al Coloquio, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/49/17)*, párrs. 215 a 222). El segundo, que tuvo por objeto recabar el parecer de los magistrados en la materia, fue el Coloquio Judicial CNUDMI/INSOL sobre la insolvencia transfronteriza (Toronto, 22 y 23 de marzo de 1995) (el informe del Coloquio figura en el documento A/CN.9/413 y en http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia_insolvency.html, y las observaciones de la Comisión al respecto, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/50/17)*, párrs. 382 a 393).

⁶*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/50/17)*, párrs. 392 y 393.

⁷Los informes del Grupo de Trabajo figuran en los siguientes documentos: 18º período de sesiones (Viena, 30 de octubre a 10 de noviembre de 1995), documento A/CN.9/419 y Corr.1; 19º período de sesiones (Nueva York, 1 a 12 de abril de 1996), documento A/CN.9/422; 20º período de sesiones (Viena, 7 a 18 de octubre de 1996), documento A/CN.9/433, y 21º período de sesiones (Nueva York, 20 a 31 de enero de 1997), documento A/CN.9/435; todos los documentos figuran en <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions.html>.

15. En marzo de 1997 se celebró otra reunión internacional de profesionales para examinar el proyecto de texto preparado por el Grupo de Trabajo. Los participantes (en su mayoría magistrados y titulares de otros cargos judiciales y de la administración pública) en general opinaron que el régimen modelo, de ser promulgado, aportaría una notable mejora al tratamiento de las causas de insolvencia transfronteriza⁸.

16. La negociación definitiva del proyecto se llevó a cabo en el 30º período de sesiones de la Comisión, celebrado en Viena del 12 al 30 de mayo de 1997. La Comisión aprobó la Ley Modelo por consenso el 30 de mayo de 1997⁹. Junto con los 36 Estados miembros de la Comisión, participaron en las deliberaciones de la Comisión y del Grupo de Trabajo representantes de 40 Estados observadores y de 13 organizaciones internacionales. Poco después, la Asamblea General aprobó la resolución 52/158, de 15 de diciembre de 1997 (véase el anexo), en la que expresó su reconocimiento a la Comisión por haber terminado y aprobado la Ley Modelo.

II. Finalidad de la Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación

17. La Comisión consideró que la Ley Modelo resultaría más eficaz si iba acompañada de información general y explicativa. Esa información iría destinada, en primer lugar, a los sectores de los poderes ejecutivo y legislativo encargados de efectuar las reformas legislativas necesarias, si bien también aportaría ideas útiles a los encargados de interpretar y aplicar la Ley Modelo, por ejemplo, los magistrados¹⁰, y a otros usuarios del texto, entre ellos profesionales y jurisconsultos. Esa información también podría ayudar a los Estados a determinar las disposiciones que, llegado el caso, deberían adaptarse para atender a la situación interna de un Estado en particular.

18. La presente Guía, preparada por la Secretaría en atención a la solicitud formulada por la Comisión al final de su 30º período de sesiones, celebrado en 1997, está basada en las deliberaciones sostenidas y las decisiones

⁸El segundo Coloquio judicial multinacional CNUDMI/INSOL sobre la insolvencia transfronteriza se celebró en Nueva Orleans los días 22 y 23 de marzo de 1997. Se encontrará una reseña de ese Coloquio en el informe de la Comisión sobre la labor de su 30º período de sesiones (Viena, 12 a 30 de mayo de 1997) (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/52/17)*, párrs. 17 a 22), y el informe del Coloquio figura en http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia_insolvency.html.

⁹Las deliberaciones figuran en el informe de la CNUDMI sobre la labor de su 30º período de sesiones (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/52/17)*, párrs. 12 a 225).

¹⁰Por “magistrado” se entendería un juez u otra persona facultada para ejercer los poderes de un tribunal u otra autoridad competente en virtud de la legislación interna en materia de insolvencia [por la que se incorpore la Ley Modelo].

adoptadas por la Comisión en ese período de sesiones¹¹, en el que se aprobó la Ley Modelo, así como en las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia, que se encargó de la labor preparatoria. La Guía se revisó, atendiendo a una solicitud formulada por la CNUDMI en su 43° período de sesiones (2010)¹², con el fin de incluir nuevas orientaciones con respecto a la interpretación y aplicación de determinados aspectos de la Ley Modelo relativos al “centro de los principales intereses”. Las revisiones se basan en las deliberaciones que sostuvo el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) en sus períodos de sesiones 39° (2010), 40° (2011), 41° (2012), 42° (2012) y 43° (2013), así como en las que celebró la Comisión en su 46° período de sesiones (2013), y fueron aprobadas por la Comisión como “Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza” el 18 de julio de 2013.

III. La Ley Modelo como vehículo de armonización del derecho

19. Una ley modelo es un texto legislativo que se recomienda a los Estados para incorporarlo a su derecho interno. A diferencia de lo que sucede con una convención internacional, el Estado que adopte su régimen no está obligado a dar aviso de ello a las Naciones Unidas ni a otros Estados que tal vez también lo hayan adoptado.

A. Flexibilidad de una ley modelo

20. Al incorporar el texto de una ley modelo a su derecho interno, los Estados pueden modificar o suprimir algunas de sus disposiciones. En el caso de una convención, la posibilidad de que un Estado parte modifique el texto uniforme (normalmente denominada “reserva”) está mucho más restringida; en particular las convenciones de derecho mercantil suelen proscribir toda reserva o autorizar únicamente algunas bien definidas. La flexibilidad inherente a toda ley modelo es aún más conveniente si es probable que el Estado desee introducir diversas modificaciones en el texto uniforme antes de estar dispuesto a promulgarlo con carácter de ley interna. Cabe prever ciertas modificaciones en los casos en que el texto uniforme tenga alguna vinculación estrecha con el derecho procesal o jurisdiccional interno (como sucede con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia

¹¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/52/17)*, párr. 220.

¹² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/65/17)*, párr. 259.

Transfronteriza). Eso también significa, no obstante, que será menor el grado de armonización y de seguridad de conseguirla que en el caso de una convención. Por consiguiente, a fin de lograr un grado satisfactorio de armonización y seguridad jurídica, se recomienda a los Estados que introduzcan el menor número posible de cambios en el texto de la Ley Modelo al incorporarlo a su derecho interno.

B. Integración de la Ley Modelo en el derecho interno existente

21. Al limitar su alcance a algunos aspectos procesales de la insolvencia transfronteriza, se ha procurado que la Ley Modelo pueda funcionar como parte integrante del derecho interno de la insolvencia. Ello se refleja en los siguientes rasgos:

a) Se ha limitado la terminología jurídica que pudiera resultar nueva para el derecho interno existente a expresiones propias del contexto transfronterizo como “procedimiento extranjero” y “representante extranjero”. No es probable que haya incompatibilidad entre los términos empleados en la Ley Modelo y la terminología en vigor en el derecho interno. Además, cuando es probable que una expresión varíe de un ordenamiento a otro, en vez de optar por una en particular, se indica en cursiva y entre corchetes su significado y se invita a los redactores de la nueva norma nacional a utilizar la que proceda en el derecho interno;

b) La Ley Modelo ofrece al Estado promulgante la posibilidad de alinear las medidas resultantes del reconocimiento de un procedimiento extranjero con las otorgables en un procedimiento comparable a tenor del derecho interno (artículo 20);

c) El reconocimiento de un procedimiento extranjero no impide que los acreedores locales entablen o prosigan un procedimiento local colectivo de insolvencia (artículo 28);

d) Las medidas otorgables al representante extranjero están supeditadas al amparo que merecen los acreedores locales y demás personas interesadas, incluido el deudor, frente a todo perjuicio indebido, así como a los requisitos procesales y a los deberes de notificación dimanantes de la ley del foro (artículo 22 y artículo 19, párrafo 2);

e) La Ley Modelo preserva la posibilidad de excluir o limitar, por imperativo de orden público, toda medida en favor de un procedimiento extranjero, incluido su reconocimiento, aun cuando se espere que la excepción de orden público sea rara vez invocada (artículo 6);

f) La Ley Modelo posee la flexibilidad formal de un régimen modelo respetuoso de los diversos enfoques del derecho interno de la insolvencia, así como de la mayor o menor propensión de los Estados a cooperar y coordinar las actuaciones en materia de insolvencia (artículos 25 a 27).

22. La flexibilidad para adaptar la Ley Modelo al derecho interno del Estado promulgante debe utilizarse con cautela para no arriesgar la necesaria uniformidad de su interpretación (véanse los párrs. 106 y 107 del presente documento) ni el interés del Estado promulgante en adoptar prácticas internacionales modernas y de aceptación general en materia de insolvencia. Se aconseja, pues, apartarse lo menos posible del texto uniforme. Eso contribuirá a que la legislación nacional sea lo más transparente posible para los extranjeros que deban consultarla (véanse también los párrs. 20 y 21). La uniformidad y la transparencia tienen la ventaja de facilitar la demostración del fundamento de la legislación nacional en materia de insolvencia transfronteriza por los Estados promulgantes y la obtención de colaboración en asuntos de insolvencia en otros Estados.

23. Todo Estado que decida incorporar el régimen de la Ley Modelo a su normativa interna en materia de insolvencia deberá ajustar su título como corresponda y sustituir la palabra “Ley” que aparece en el título y en diversos lugares del texto de la Ley Modelo por la expresión apropiada.

IV. Características principales de la Ley Modelo

24. El texto de la Ley Modelo se centra en cuatro elementos fundamentales que, tras los estudios y consultas realizados a principios de los años 90, antes de su negociación, se reconocieron como ámbitos en los que tal vez se podría alcanzar un acuerdo internacional:

a) El acceso a los tribunales de un Estado para los representantes de procedimientos de insolvencia sustanciados en el extranjero y para los acreedores, y la autorización a los representantes de procedimientos de un Estado para solicitar asistencia en otro;

b) El reconocimiento de determinadas órdenes dictadas por tribunales extranjeros;

c) El otorgamiento de medidas para ayudar a sustanciar procedimientos extranjeros; y

d) La cooperación entre los tribunales de los Estados en que estén situados los bienes del deudor y la coordinación de procedimientos paralelos.

A. Acceso

25. Las disposiciones sobre el acceso abordan los aspectos de los procedimientos de insolvencia transfronteriza relacionados tanto con la actuación de un representante del Estado promulgante en el extranjero como con la de un representante extranjero en el Estado promulgante. En el primer caso, se autoriza a la persona u órgano que administra la reorganización o liquidación con arreglo a las leyes del Estado promulgante (denominado “representante de la insolvencia”)¹³ a actuar en un Estado extranjero (artículo 5) en representación de un procedimiento abierto en su Estado. En el segundo, un representante extranjero que desee actuar en el Estado promulgante tiene los siguientes derechos: derecho de acceso directo a los tribunales del Estado promulgante (artículo 9); derecho a solicitar la apertura de un procedimiento en el Estado promulgante con arreglo a las condiciones aplicables en dicho Estado (artículo 11), y derecho a solicitar el reconocimiento del procedimiento extranjero para el cual se le ha nombrado (artículo 15). Tras el reconocimiento, el representante extranjero está facultado para participar en todo procedimiento que se haya abierto en el Estado promulgante sobre asuntos de insolvencia con arreglo a la legislación de dicho Estado (artículo 12); para entablar una acción en el Estado promulgante a fin de anular o de otro modo dejar sin efecto todo acto perjudicial para los acreedores (artículo 23), y para intervenir en todo procedimiento local en el que el deudor sea parte (artículo 24).

26. El hecho de que un representante extranjero pueda presentar una solicitud ante un tribunal del Estado promulgante no supone someter a ese representante extranjero, ni a los bienes o negocios del deudor en el extranjero, a la jurisdicción de los tribunales de ese Estado para efecto alguno que sea distinto de la solicitud (artículo 10).

27. Una característica importante es que los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un procedimiento en el Estado promulgante y de la participación en él (artículo 13).

28. La Ley Modelo no reglamenta, en general, la cuestión de las notificaciones a las personas interesadas, pese a estar estrechamente relacionada con la protección de sus intereses. Esa cuestión se rige por normas procesales de derecho interno, algunas de ellas inspiradas en principios de orden

¹³ Esta terminología, que refleja la del artículo 5 de la Ley Modelo, se utiliza para compatibilizar el texto con el de la *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, en que se explica que el “representante de la insolvencia” es “la persona o la entidad, incluso cuando su designación sea a título provisional, que haya sido facultada en un procedimiento de insolvencia para administrar la reorganización o la liquidación de la masa de la insolvencia”: Introducción, párr. 12 v).

público. Por ejemplo, el derecho interno determinará si se ha de dar aviso al deudor o a alguna otra persona de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero y el plazo en el que habrá de darse ese aviso.

B. Reconocimiento

29. Uno de los objetivos fundamentales de la Ley Modelo es establecer procedimientos más sencillos para el reconocimiento de los procedimientos extranjeros que reúnan las condiciones exigidas, lo que evitaría prolongados procesos de legalización u otra clase de procedimientos y aportaría certeza con respecto a la decisión de reconocerlos. El objetivo de la Ley Modelo no es permitir el reconocimiento de todos los procedimientos de insolvencia extranjeros. En el artículo 17 se dispone que, salvo por lo dispuesto en el artículo 6, cuando se cumplan los requisitos del artículo 2 sobre las características del procedimiento extranjero (a saber, que el procedimiento extranjero sea, en realidad, un procedimiento colectivo¹⁴ a fines de liquidación o reorganización bajo el control o la supervisión del tribunal) y el representante extranjero y se hayan aportado las pruebas que exige el artículo 15, el tribunal reconocerá el procedimiento extranjero sin ningún otro requisito. El proceso de solicitud y reconocimiento se apoya en las presunciones que figuran en el artículo 16, que permiten al tribunal del Estado promulgante presuponer la autenticidad y validez de los certificados y documentos provenientes del Estado extranjero exigidos en el artículo 15.

30. El artículo 6 permite que se deniegue el reconocimiento en los casos en que esta medida resulte “manifestamente contraria al orden público” del Estado en que se procure obtenerlo. Tal vez sea esta una cuestión preliminar para tener en cuenta al examinar una solicitud de reconocimiento. No se intenta definir el concepto de orden público, puesto que este varía de un Estado a otro. No obstante, la intención es que la excepción se interprete en sentido estricto y que el artículo 6 se utilice únicamente en circunstancias excepcionales y limitadas (véanse los párrs. 101 a 104). Las diferencias de los regímenes de insolvencia no justifican, por sí mismas, la conclusión de que la aplicación de las leyes de un Estado constituiría una transgresión del orden público de otro Estado.

31. Un procedimiento extranjero debe reconocerse ya sea como procedimiento principal o como procedimiento no principal (artículo 17, párrafo 2).

¹⁴Con respecto a lo que constituye un procedimiento colectivo, véanse los párrs. 69 a 72 del presente documento.

Un procedimiento principal es el que se tramita en el Estado en que el deudor tenga el centro de sus principales intereses en la fecha de comienzo del procedimiento extranjero (véanse los párrs. 157 a 160 con respecto a la fecha). En principio, se espera que el procedimiento principal sea el determinante para hacer frente a la insolvencia del deudor, independientemente del número de Estados en los que este tenga bienes y acreedores, siempre y cuando se establezcan procedimientos de coordinación apropiados para atender a las necesidades de cada Estado. El concepto de centro de los principales intereses no se define en la Ley Modelo, pero se basa en la presunción de que es el domicilio social o la residencia habitual del deudor (artículo 16, párrafo 3).

32. El procedimiento no principal es el que se tramita en el lugar en que el deudor posea un establecimiento, concepto que se define como “todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios” (artículo 2, inciso *f*). Los procedimientos basados en otros hechos, como la presencia de bienes, sin que haya un centro de los principales intereses o un establecimiento, no podrían ser reconocidos con arreglo a la Ley Modelo. Los procedimientos principales y no principales se examinan con más detalle más adelante, en los párrafos 81 a 85.

33. Reconociendo que podría descubrirse posteriormente que en el momento de otorgar el reconocimiento no había motivos que lo justificaran, o que los motivos existentes han cambiado o dejado de existir, la Ley Modelo permite la modificación o revocación del reconocimiento (artículo 17, párrafo 4).

34. El reconocimiento de los procedimientos extranjeros en virtud de la Ley Modelo tiene varios efectos. El más importante de ellos es que se permite otorgar medidas para prestar asistencia al procedimiento extranjero (artículos 20 y 21), pero, además, como se ha indicado anteriormente, el representante extranjero tiene derecho a participar en todos los procedimientos de insolvencia abiertos en el Estado extranjero que guarden relación con el deudor (artículo 13), está legitimado para entablar acciones a fin de impugnar operaciones anteriores (artículo 23) y podrá intervenir en todo procedimiento en el que el deudor sea parte (artículo 24).

C. Medidas otorgables

35. Un principio básico de la Ley Modelo es que deben otorgarse las medidas que se consideren necesarias para el desarrollo ordenado y

equitativo del procedimiento extranjero de insolvencia transfronteriza, ya sean medidas provisionales o posteriores al reconocimiento. Por consiguiente, la Ley Modelo especifica qué medidas se pueden otorgar en cada uno de esos casos. Esto no supone necesariamente que se incorporen los efectos de la ley del foro extranjero al régimen interno de la insolvencia del Estado promulgante, ni que se apliquen al procedimiento extranjero las medidas que serían otorgables con arreglo a la ley del foro del Estado promulgante. No obstante, como se señaló anteriormente, existe la posibilidad de alinear las medidas resultantes del reconocimiento de un procedimiento extranjero con las otorgables en un procedimiento comparable iniciado conforme al derecho interno del Estado promulgante (artículo 20).

36. El tribunal podrá otorgar medidas provisionales desde la presentación de la solicitud de reconocimiento hasta que se resuelva esa solicitud (artículo 19); se pueden otorgar determinados tipos de medidas si el procedimiento se reconoce como principal (artículo 20), y se prevén medidas otorgables por el tribunal, a título discrecional, para procedimientos tanto principales como no principales, a partir del reconocimiento (artículo 21). En el caso de un procedimiento principal, esas medidas discrecionales se añadirían a las medidas otorgables tras el reconocimiento. Se podría prestar asistencia adicional en el marco de otras leyes del Estado promulgante (véase el artículo 7).

37. Entre las medidas clave otorgables tras el reconocimiento de un procedimiento extranjero “principal” cabe citar la paralización de toda acción de un acreedor a título individual contra el deudor o de toda medida de ejecución contra los bienes del deudor y la suspensión del derecho del deudor a transmitir o gravar sus bienes (artículo 20, párrafo 1). La paralización y la suspensión son medidas “imperativas” (o “automáticas”) en el sentido de que dimanar automáticamente del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, o, en los Estados en que se necesita un mandato judicial expreso para la paralización o suspensión, el tribunal está obligado a dictar el correspondiente mandato. La paralización de toda acción y medida de ejecución dará el “respiro” necesario para adoptar medidas apropiadas de reorganización o de liquidación de los bienes del deudor. La suspensión de toda transmisión de bienes es de rigor debido a la facilidad que tienen los deudores multinacionales, en el actual sistema económico mundial, para desplazar con rapidez dinero y bienes a través de las fronteras. La moratoria imperativa tras el reconocimiento del procedimiento extranjero principal equivale a una “congelación” rápida que se juzga indispensable para evitar fraudes y amparar el interés legítimo de toda parte afectada hasta que el tribunal haya tenido tiempo de dar aviso a todos los interesados y de evaluar la situación.

38. Las posibles excepciones y limitaciones con respecto al alcance de la paralización y la suspensión (por ejemplo, excepciones relativas a los créditos garantizados, a los pagos del deudor efectuados en el giro normal de su negocio, a compensaciones o a la ejecución de derechos reales) y la posibilidad de modificar la paralización o suspensión, o de dejarla sin efecto, se regirán por la normativa de derecho interno aplicable a supuestos similares de insolvencia (artículo 20, párrafo 2).

39. En lo que respecta a las medidas provisionales y discrecionales, el tribunal podrá imponer condiciones y modificar o revocar dichas medidas a fin de proteger los intereses de los acreedores y otros interesados que se vean afectados por las medidas que se hubieran ordenado (artículo 22).

D. Cooperación y coordinación

Cooperación

40. La Ley Modelo faculta expresamente a los tribunales para cooperar con sus homólogos extranjeros en las esferas reguladas por la Ley Modelo y para comunicarse directamente con ellos. También autoriza la cooperación entre los tribunales y los representantes extranjeros y entre estos últimos. La cooperación no depende del reconocimiento y, por lo tanto, puede tener lugar en una primera etapa, antes de que se formule la solicitud de reconocimiento. Dado que los artículos del capítulo IV se aplican a las cuestiones mencionadas en el artículo 1, se puede obtener cooperación no solo con respecto a las solicitudes de asistencia presentadas en el Estado promulgante, sino también a solicitudes relativas a un procedimiento que se esté tramitando en el Estado promulgante a fin de prestar asistencia en el extranjero (véase también el artículo 5). Además, la cooperación no se limita a los procedimientos extranjeros en el sentido del artículo 2, inciso *a*), que los habilitaría para el reconocimiento de conformidad con el artículo 17 (es decir, independientemente de que sean principales o no principales), por lo cual podrá obtenerse cooperación con respecto a procedimientos iniciados sobre la base de la presencia de bienes. La cuestión de la cooperación se examina detalladamente más adelante, en los párrafos 209 a 223.

41. Reconociendo que la idea de cooperación podría resultar nueva para muchos magistrados y representantes de la insolvencia, en el artículo 27 de la Ley Modelo se enumeran posibles medios de cooperación. Estos se examinan más a fondo y se amplían en la *Guía de Prácticas de la CNUDMI*

sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza¹⁵, que también recoge prácticas y experiencias relacionadas con el uso y la negociación de acuerdos de insolvencia transfronteriza.

Coordinación de procedimientos paralelos

42. Varias disposiciones de la Ley Modelo se refieren a la coordinación de procedimientos paralelos y tienen por objeto fomentar la adopción de las decisiones que más convengan para lograr los objetivos de ambos procedimientos.

43. El reconocimiento de un procedimiento extranjero principal no impide que se inicie un procedimiento interno en el Estado promulgante (artículo 28), y la apertura de un procedimiento interno en ese Estado no deja sin efecto el reconocimiento ya otorgado a procedimientos extranjeros ni impide que se reconozcan nuevos procedimientos extranjeros.

44. El artículo 29 trata de la armonización de las medidas otorgadas en el caso de que haya procedimientos paralelos. El principio básico es que las medidas otorgadas a un procedimiento extranjero reconocido deberán ser compatibles con las otorgadas en el procedimiento interno, independientemente de que este se haya iniciado antes o después del reconocimiento del procedimiento extranjero. Por ejemplo, cuando el procedimiento interno esté en curso en el momento de presentarse la solicitud de reconocimiento del procedimiento extranjero, toda medida otorgada al procedimiento extranjero deberá ser compatible con el procedimiento interno. De reconocerse el procedimiento extranjero como procedimiento principal, no se aplicarán las medidas otorgables automáticamente tras el reconocimiento, previstas en el artículo 20.

45. En los artículos 31 y 32 se mencionan otros medios para facilitar la coordinación. El artículo 31 establece una presunción en el sentido de que el reconocimiento de un procedimiento extranjero constituirá una prueba de que el deudor es insolvente cuando se exija la insolvencia como condición necesaria para la apertura de un procedimiento con arreglo al derecho interno. El artículo 32 establece una regla de colación (*hotchpot*) cuya finalidad es evitar situaciones en las que un acreedor pueda reclamar y cobrar su deuda en múltiples procedimientos de insolvencia seguidos en distintos países y, de esta forma, pueda obtener un trato más favorable con respecto a los demás acreedores.

¹⁵El texto de la *Guía de Prácticas* puede consultarse en <http://www.uncitral.org/uncitral/texts/insolvency.html>.

V. Observaciones sobre cada uno de los artículos

PREÁMBULO

La finalidad de la presente Ley es la de establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza con miras a promover el logro de los objetivos siguientes:

- a) La cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de este Estado y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza;
- b) Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones;
- c) Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor;
- d) La protección de los bienes del deudor, y la optimización de su valor; así como
- e) Facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo.

46. En el preámbulo se enuncian sucintamente los objetivos básicos de la Ley Modelo, pero el propósito no es crear derechos sustantivos, sino dar orientación general para la aplicación de la Ley Modelo y facilitar su interpretación.

47. En aquellos Estados en que no sea usual enunciar la política normativa en un preámbulo, cabría enunciar los objetivos de la nueva norma ya sea en el propio texto legislativo o en un documento separado, a fin de preservar este valioso instrumento de interpretación de su régimen.

Utilización del término “insolvencia”

48. Reconociendo que en los distintos ordenamientos se podrían tener ideas diferentes de lo que abarca la expresión “procedimiento de insolvencia”, la Ley Modelo no define el concepto de “insolvencia”¹⁶. No obstante, la

¹⁶En la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* se entiende por insolvencia el “estado de un deudor que no puede atender al pago general de sus deudas a su vencimiento o estado financiero de una empresa cuyo pasivo excede del valor de su activo”, y por procedimiento de insolvencia, un “procedimiento colectivo sujeto a supervisión judicial que se sustancia con miras a la reorganización o liquidación de una empresa insolvente”, Introducción, párrs. 12 s) y u).

palabra se utiliza en ella con referencia a diversos tipos de procedimientos colectivos abiertos contra deudores que se encuentren en graves apuros financieros o que sean insolventes. La razón es que la Ley Modelo (como ya se señaló en los párrafos 23 y 24) se ocupa de procedimientos contra diversos tipos de deudores, entre ellos los procedimientos destinados a la reorganización del patrimonio del deudor como entidad comercial o a la liquidación de sus bienes. No se consideran procedimientos de insolvencia en el marco de la Ley Modelo los procedimientos judiciales o administrativos encaminados a concluir la actividad de una entidad solvente a fin de disolverla, ni otros procedimientos extranjeros que no estén comprendidos en el ámbito del artículo 2, inciso *a*). Los procedimientos que se hayan abierto con varios fines, entre ellos la cesación de las actividades de una entidad solvente, se regirán por el artículo 2, inciso *a*), de la Ley Modelo únicamente si el deudor es insolvente o se encuentra en graves apuros financieros.

49. Los deudores a que se refiere la Ley Modelo por lo general serían los previstos en la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, los cuales, por lo tanto, podrían solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia de conformidad con las recomendaciones 15 y 16 de la *Guía Legislativa*¹⁷, al tratarse de deudores que no están o no estarán, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento o cuyas deudas exceden del valor de sus bienes.

50. Cabe observar que en algunos ordenamientos la expresión “procedimiento de insolvencia” posee un significado técnico restringido que tal vez abarque únicamente el procedimiento colectivo contra una sociedad mercantil o persona jurídica similar, o, por el contrario, únicamente el procedimiento colectivo contra una persona física. La manera en que se usa el término “insolvencia” en la Ley Modelo no da lugar a que se establezca ninguna de esas distinciones, ya que su régimen puede aplicarse a todo procedimiento, independientemente de que el deudor sea una persona jurídica o una persona física. Si en el derecho interno el término “insolvencia” pudiera dar lugar a algún malentendido, el Estado promulgante deberá escoger otro término que se refiera a todos los tipos de procedimientos previstos en la Ley Modelo.

¹⁷ Las recomendaciones 15 y 16 de la *Guía Legislativa* establecen lo siguiente:

15. El régimen de la insolvencia debería especificar que un procedimiento de insolvencia puede abrirse a instancia del deudor, si este puede demostrar que:

- a*) No está o no estará, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento; o
- b*) Sus deudas exceden del valor de sus bienes.

16. El régimen de la insolvencia debería especificar que el procedimiento de insolvencia puede abrirse a instancia de un acreedor siempre que pueda demostrarse que:

- a*) El deudor no está, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento; o
- b*) Las deudas del deudor exceden del valor de sus bienes.

51. Ahora bien, al hacer referencia a los procedimientos de insolvencia extranjeros, conviene utilizar el propio texto del artículo 2, inciso *a*), a fin de no excluir el reconocimiento de ningún procedimiento extranjero que, a tenor de ese inciso, deba ser reconocido.

“Estado”

52. El término “Estado” que aparece en el preámbulo y a lo largo de la Ley Modelo se utiliza para designar a la entidad que promulgará el nuevo régimen (el “Estado promulgante”), pero no debe entenderse que se refiere, por ejemplo, a los estados miembros de un Estado federal. En el texto que finalmente se promulgue se podrá utilizar la expresión de derecho interno que sea habitual a ese respecto.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) Ley Modelo

A/52/17, párrs. 136 a 139.

A/CN.9/422, párrs. 19 a 23.

A/CN.9/WG.V/WP.46, págs. 4 y 5.

A/CN.9/433, párrs. 22 a 28.

A/CN.9/WG.V/WP.48, pág. 5.

A/CN.9/435, párr. 100.

c) Guía para la incorporación e interpretación

A/CN.9/738, párrs. 14 a 16.

A/CN.9/WG.V/WP.103, párrs. 54, 51 y 52 y 56.

A/CN.9/742, párr. 23.

A/CN.9/WG.V/WP.112, párrs. 54, 51 y 51A y 56.

b) Guía para la incorporación

A/CN.9/436, párrs. 37 y 38.

A/CN.9/442, párrs. 54 a 56.

A/CN.9/766, párrs. 21 a 25.

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. La presente Ley será aplicable a los casos en que:

a) Un tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia en este Estado en relación con un procedimiento extranjero; o

b) Se solicite asistencia en un Estado extranjero en relación con un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*]; o

c) Se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un procedimiento en este Estado con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]; o

d) Los acreedores u otras personas interesadas, que estén en un Estado extranjero, tengan interés en solicitar la apertura de un procedimiento o en participar en un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia].

2. *La presente Ley no será aplicable a un procedimiento relativo a [indíquense todas las clases de entidades sometidas en este Estado a un régimen especial de la insolvencia, tales como sociedades bancarias y de seguros, y que se desee excluir de la presente Ley].*

Párrafo 1

53. En el artículo 1, párrafo 1, se mencionan las clases de problemas que pueden plantearse en casos de insolvencia transfronteriza y para los que la Ley Modelo ha previsto una solución: *a)* recepción de una solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero; *b)* envío por un tribunal o representante de la insolvencia del Estado promulgante de una solicitud de reconocimiento de un procedimiento incoado con arreglo a su derecho interno; *c)* coordinación de procedimientos que se estén celebrando simultáneamente en dos o más Estados; y *d)* participación de acreedores extranjeros en procedimientos de insolvencia que se estén tramitando con arreglo al derecho interno.

54. El término “asistencia” que se utiliza en el párrafo 1, incisos *a)* y *b)*, engloba diversos supuestos regulados en la Ley Modelo en los que un tribunal o un representante de la insolvencia en un Estado podrá solicitar asistencia a un tribunal o un representante de la insolvencia en otro Estado en virtud de la Ley Modelo. Algunas de las clases de asistencia posibles están expresamente previstas en el texto de la Ley Modelo (por ejemplo, en el artículo 19, párrafo 1, incisos *a)* y *b)*; artículo 21, párrafo 1, incisos *a)* a *f)* y párrafo 2, y artículo 27, incisos *a)* a *e)*), en tanto que otras están previstas en términos más genéricos (como en el artículo 21, párrafo 1, inciso *g)*).

Párrafo 2 (Regímenes especiales de la insolvencia)

55. En principio, la Ley Modelo fue formulada para regular todo procedimiento que cumpliera los requisitos enunciados en el artículo 2, inciso *a)*,

independientemente de la índole o condición jurídica especial del deudor en el derecho interno. Las únicas excepciones posibles previstas en el texto de la Ley Modelo son las indicadas en el párrafo 2 (sin embargo, véase lo relativo al “consumidor” más adelante, en el párr. 61).

56. Se mencionan las sociedades bancarias y de seguros como ejemplos de entidades que el Estado promulgante podría decidir excluir del ámbito de aplicación de la Ley Modelo. Esta exclusión se atribuye normalmente a que la insolvencia de esas entidades crea una necesidad especial de proteger intereses vitales de un gran número de personas o suele exigir la adopción de medidas prontas y oportunas (por ejemplo, para evitar una retirada masiva de depósitos). A eso se debe que la insolvencia de esos tipos de entidades suela ser administrada, en muchos Estados, con arreglo a un régimen especial.

57. El párrafo 2 da a entender que el Estado promulgante podrá excluir la insolvencia de entidades que no sean bancos y compañías de seguros cuando las consideraciones de política general motivadoras del régimen especial de la insolvencia aplicable a esos tipos de entidades (por ejemplo, empresas de servicios públicos) reclamen la adopción de soluciones especiales en los casos de insolvencia transfronteriza.

58. No es aconsejable que se excluyan todos los supuestos de insolvencia de las entidades mencionadas en el párrafo 2. Por ejemplo, tal vez un Estado desee que un procedimiento de insolvencia extranjero relativo a un banco o compañía de seguros sea tratado, a los efectos de su reconocimiento, como un procedimiento de insolvencia ordinario, si la insolvencia de la sucursal o de los bienes de la entidad extranjera en cuestión no están comprendidos en un régimen especial de la insolvencia de su derecho interno. El Estado también podría desear no excluir la posibilidad de reconocer un procedimiento extranjero relativo a una de esas entidades cuando la ley del país de origen de ese procedimiento no haya previsto un régimen especial al respecto.

59. Al incorporar el párrafo 2 a su derecho interno, el Estado tal vez desee asegurarse de que su texto no limite, sin querer e inoportunamente, el derecho del representante de la insolvencia o del tribunal local a solicitar asistencia o reconocimiento en el extranjero para un procedimiento interno de insolvencia por el mero hecho de que ese procedimiento esté sujeto a un régimen especial. Además, aun cuando determinada insolvencia sea objeto de un régimen especial, sería aconsejable que, antes de excluirla globalmente del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, se sopesara la conveniencia de

que una parte de su régimen le fuera, no obstante, aplicable (por ejemplo, en lo que respecta a la cooperación y coordinación, y posiblemente en lo relativo a ciertas clases de medidas cautelares).

60. En todo caso, a fin de dar más transparencia a su régimen de la insolvencia (en provecho de los usuarios extranjeros de una norma interna basada en la Ley Modelo), sería conveniente que el Estado promulgante enunciara expresamente, en el párrafo 2, esas exclusiones de su ámbito de aplicación.

Personas naturales o no comerciantes

61. En los ordenamientos en que no esté prevista la insolvencia del consumidor, o cuyo régimen de la insolvencia prevea un trato especial para la insolvencia de las personas que no sean comerciantes, el Estado promulgante tal vez desee excluir del régimen de la Ley Modelo a las insolvencias de las personas físicas residentes en su territorio que hayan contraído deudas con fines más personales y domésticos que comerciales, o a las insolvencias de los no comerciantes. También es posible que el Estado desee disponer que esa exclusión no surta efecto en aquellos casos en que la suma total adeudada supere cierto tope.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) Ley Modelo

A/52/17, párrs. 141 a 150.

A/CN.9/WG.V/WP.44, págs. 6 y 7.

A/CN.9/422, párrs. 24 a 33.

A/CN.9/WG.V/WP.46, pág. 5.

A/CN.9/433, párrs. 29 a 32.

A/CN.9/WG.V/WP.48, págs. 6 y 15.

A/CN.9/435, párrs. 102 a 106 y 179.

c) Guía para la incorporación e interpretación

A/CN.9/WG.V/WP.103, párrs. 57 a 59.

A/CN.9/742, párr. 24.

A/CN.9/WG.V/WP.107, párr. 65.

A/CN.9/763, párr. 22.

A/CN.9/WG.V/WP.112, párrs. 58, 59 y 65.

A/CN.9/766, párr. 26.

b) Guía para la incorporación

A/CN.9/436, párrs. 39 a 42.

A/CN.9/442, párrs. 57 a 66.

Artículo 2. Definiciones

Para los fines de la presente Ley:

a) Por “procedimiento extranjero” se entenderá el procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo, incluido el de índole provisional, que se siga en un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa a la insolvencia y en virtud del cual los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación;

b) Por “procedimiento extranjero principal” se entenderá el procedimiento extranjero que se siga en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses;

c) Por “procedimiento extranjero no principal” se entenderá un procedimiento extranjero, que no sea un procedimiento extranjero principal, que se siga en un Estado donde el deudor tenga un establecimiento en el sentido del inciso f) del presente artículo;

d) Por “representante extranjero” se entenderá la persona o el órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor o para actuar como representante del procedimiento extranjero;

e) Por “tribunal extranjero” se entenderá la autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control o la supervisión de un procedimiento extranjero;

f) Por “establecimiento” se entenderá todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios.

Incisos a) a d)

62. Como la Ley Modelo se incorporará al derecho interno de la insolvencia, bastará con que en el artículo 2 se definan los términos propios del supuesto de la insolvencia transfronteriza. Así pues, la Ley Modelo contiene definiciones de las expresiones “procedimiento extranjero” (inciso a)) y “representante extranjero” (inciso d)), pero no de la persona o el órgano al que la ley del foro encomendará la administración de los bienes del deudor en un procedimiento de insolvencia. En la medida en que sea conveniente que el derecho interno defina el término por el que se designe a esa persona u órgano (en vez de limitarse a emplear sin más el término usual), su definición podrá añadirse a la lista de definiciones de la norma por la que se incorpore la Ley Modelo al derecho interno.

63. Al establecer las características necesarias del “procedimiento extranjero” y del “representante extranjero”, las definiciones limitan el ámbito de aplicación de la Ley Modelo. Para que un procedimiento sea susceptible de reconocimiento o de cooperación con arreglo a la Ley Modelo, y para que se dé acceso a un representante extranjero a los tribunales locales, el procedimiento extranjero y el representante extranjero deberán poseer los atributos establecidos en los incisos *a)* y *d)*.

64. Los procedimientos y los representantes extranjeros que no posean esos atributos no podrían ser reconocidos con arreglo a la Ley Modelo.

Inciso a) — procedimiento extranjero

65. Al definir actuaciones procesales o personas ubicadas en jurisdicciones extranjeras se ha evitado emplear expresiones y tecnicismos que pudieran tener diverso significado en distintos ordenamientos y, en cambio, se ha hecho una descripción de su finalidad o función. Se ha recurrido a esta técnica para no limitar, sin querer, la variedad de procedimientos extranjeros que podrían obtener reconocimiento y para evitar una posible incompatibilidad con la terminología jurídica de algunos países. Como ya se observó en el párrafo 50, en algunos ordenamientos la expresión “procedimiento de insolvencia” puede tener un significado técnico distinto del que se le da en el inciso *a)*, donde se utiliza para referirse en sentido amplio a los deudores que se encuentran en graves apuros financieros o que son insolventes.

66. Entre los atributos que un procedimiento extranjero deberá poseer para estar comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley Modelo figuran los siguientes: un fundamento en el derecho interno de la insolvencia del Estado de origen; una representación colectiva de los acreedores; el control o la supervisión de los bienes o negocios del deudor por un tribunal u otro órgano oficial, y la reorganización o liquidación del negocio del deudor como finalidad del procedimiento (artículo 2, inciso *a)*). Si un procedimiento extranjero posee o poseyó esos elementos se determinaría al examinar la solicitud de reconocimiento.

67. Como se señala en el inciso *e)* del preámbulo, la Ley Modelo se centra en los deudores que se encuentran en graves apuros financieros o que son insolventes y en las leyes que previenen o hacen frente a los apuros financieros de esos deudores. Como se señaló anteriormente (párr. 49), se trata de deudores que en general cumplirían los criterios de apertura examinados en la *Guía Legislativa*, al ser deudores que no están o no estarán, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento, o cuyas deudas exceden del valor de sus bienes (recomendaciones 15 y 16).

68. En los párrafos siguientes se examinan diversas características exigidas a un “procedimiento extranjero” con arreglo al artículo 2. Si bien se examinan por separado, esas características son acumulativas, y el artículo 2, inciso a), debería considerarse en su conjunto.

i) *Procedimiento colectivo*

69. Para que puedan otorgarse medidas en un procedimiento conforme a la Ley Modelo, deberá tratarse de un procedimiento colectivo, ya que la Ley Modelo tiene por objeto servir de instrumento para llegar a una solución coordinada y global para todas las partes interesadas en el procedimiento de insolvencia. La Ley Modelo no debe entenderse como un mero mecanismo de cobro para un determinado acreedor o grupo de acreedores que puedan haber entablado un procedimiento en otro Estado con el fin de cobrar sus créditos. Tampoco se pretende que sea un instrumento encaminado a acumular bienes en un procedimiento de liquidación¹⁸ o de rehabilitación que no prevea también disposiciones para atender las reclamaciones de los acreedores. La Ley Modelo puede ser un instrumento apropiado para cierta clase de acciones que tengan fines de reglamentación, por ejemplo, la administración judicial de entidades sujetas a reglamentación pública como las compañías de seguros o las empresas de corretaje, siempre y cuando el procedimiento sea colectivo en el sentido en que se emplea ese término en la Ley Modelo. Para que un procedimiento sea colectivo también debe reunir los demás elementos de la definición, entre ellos que tenga como fin la liquidación o la reorganización (véanse los párrs. 77 y 78).

70. Al evaluar si un determinado procedimiento es colectivo a efectos de la Ley Modelo, una de las consideraciones fundamentales es determinar si en el procedimiento se tienen en cuenta prácticamente todos los bienes y las deudas del deudor, sin perjuicio de las prioridades y excepciones legislativas del país, ni de la exclusión, en su ordenamiento jurídico, de determinados derechos de los acreedores garantizados. No se puede considerar que un procedimiento no es colectivo únicamente porque no afecte a los derechos de una clase de acreedores. Un ejemplo es el procedimiento de insolvencia en que se excluyen los bienes gravados de la masa de la insolvencia, de tal manera que no les afecte la apertura del procedimiento, y se permite a los acreedores garantizados hacer valer sus derechos al margen del régimen de la insolvencia (véase la *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, segunda parte, cap. II, párrs. 7 a 9). Otra manera de tratar a los acreedores en un procedimiento colectivo a efectos del artículo 2 es

¹⁸ La “liquidación” es un procedimiento por el cual se pone fin a la existencia de una empresa y de sus negocios.

otorgar a los que se vean perjudicados por el procedimiento el derecho (aunque no necesariamente la obligación) de presentar sus créditos con miras a que se adopte una determinación, y de recibir una parte equitativa en la distribución que se haga, o de satisfacer esos créditos, participar en el procedimiento y recibir notificación al respecto a fin de facilitar su participación. La *Guía Legislativa* se extiende detalladamente sobre los derechos de los acreedores, incluido el de participar en el procedimiento (segunda parte, cap. III, párrs. 75 a 112).

71. Conforme a los criterios de la definición de procedimiento extranjero, podría otorgarse el reconocimiento a diversos tipos de procedimientos colectivos, ya sean obligatorios o voluntarios, relativos a personas jurídicas o a personas físicas, de liquidación o de reorganización. La definición también incluiría los procedimientos en que el deudor conserva cierto control sobre sus bienes, aun cuando haya de actuar bajo la supervisión del tribunal (por ejemplo, la suspensión de pagos (“deudor en posesión”)).

72. En la Ley Modelo se reconoce que, con ciertos fines, se pueden iniciar procedimientos de insolvencia cuando se dan determinadas circunstancias prescritas por la ley que no significan necesariamente que el deudor sea, de hecho, insolvente. En el párrafo 235 se señala que entre esas circunstancias puede figurar la cesación de pagos del deudor o ciertos actos del deudor, por ejemplo, una decisión que concierna a la empresa, la dispersión de sus bienes, o el abandono de su establecimiento. En el párrafo 236 se indica que, en los casos en que la insolvencia sea una condición necesaria para iniciar un procedimiento de insolvencia, el artículo 31 establece, al reconocerse un procedimiento extranjero principal, una presunción *juris tantum* de insolvencia del deudor a efectos de iniciar un procedimiento de insolvencia con arreglo al derecho interno.

ii) *Con arreglo a una ley relativa a la insolvencia*

73. Esta formulación se utiliza en la Ley Modelo para reconocer el hecho de que la liquidación y la reorganización pueden realizarse en virtud de una ley que no esté comprendida en el régimen de la insolvencia (por ejemplo, el derecho de sociedades), pero que, no obstante, regule o aborde cuestiones relacionadas con la insolvencia o situaciones de graves apuros financieros. Se trataba de hallar una descripción lo suficientemente amplia como para abarcar una gama de normas de insolvencia, independientemente del tipo de instrumento legislativo en el que estuvieran incluidas¹⁹ y de si este se refería o no exclusivamente a la insolvencia. No es probable que un

¹⁹ A/CN.9/422, párr. 49.

procedimiento sencillo para una entidad jurídica solvente que no procure reestructurar sus asuntos financieros, sino disolverse como entidad jurídica, se rija por una ley relativa a la insolvencia o a situaciones de graves apuros financieros.

iii) Control o supervisión de un tribunal extranjero

74. En la Ley Modelo no se definen ni el grado de control o supervisión necesario para cumplir este aspecto de la definición ni el momento en que se debe proceder a ese control o a esa supervisión. Aunque la intención es que el control o la supervisión que exige el inciso *a)* sea de índole oficial, puede ser más potencial que real. Como se señaló en el párrafo 71, los procedimientos en que el deudor conserva cierto control sobre sus bienes, aun cuando haya de actuar bajo la supervisión del tribunal, como en el caso del deudor en posesión, cumplirían ese requisito. El control o la supervisión no solo puede estar a cargo directamente del tribunal, sino también del representante de la insolvencia, por ejemplo, en el caso de que dicho representante esté sujeto al control o la supervisión del tribunal. La mera supervisión del representante de la insolvencia por una autoridad expedidora de licencias no bastaría.

75. No se deberían excluir los procedimientos agilizados a que se hace referencia en la *Guía Legislativa* (véanse la segunda parte, cap. IV, párrs. 76 a 94, y las recomendaciones 160 a 168). Se trata de procedimientos en los que el tribunal ejerce el control o la supervisión en una etapa avanzada del procedimiento de insolvencia. Tampoco se deben excluir los procedimientos en que el tribunal ha ejercido el control o la supervisión, pero deja de estar obligado a hacerlo una vez que se presenta la solicitud de reconocimiento. Un ejemplo de esto último podrían ser los casos en que se haya aprobado un plan de reorganización y, aunque el tribunal no tenga una función continua con respecto a su aplicación, los procedimientos sigan abiertos o pendientes y el tribunal mantenga la jurisdicción hasta que concluya la aplicación.

76. En el artículo 2, inciso *a)*, se deja claro que tanto los bienes como los negocios del deudor deben estar sujetos a control o supervisión judicial; no basta con que solo unos u otros estén comprendidos en el procedimiento extranjero.

iv) A los efectos de su reorganización o liquidación

77. Algunos tipos de procedimientos que tal vez reúnan algunos elementos de la definición de procedimiento extranjero que figura en el artículo 2,

inciso *a*), pueden, no obstante, no ser reconocibles por el hecho de no tener por objeto la reorganización o liquidación. Esos procedimientos pueden adoptar diversas formas, incluso puede tratarse de procedimientos encaminados a impedir la dispersión y el desperdicio de los bienes, y no a liquidar o reorganizar la masa de la insolvencia; de procedimientos para impedir que se causen perjuicios a los inversionistas, y no a la totalidad de los acreedores (en cuyo caso es probable que no se trate de un procedimiento colectivo), o de procedimientos en los que las facultades otorgadas y los deberes impuestos al representante extranjero sean más limitados que los habituales en los casos de liquidación o reorganización, por ejemplo, la facultad para preservar los bienes, únicamente.

78. Entre los tipos de procedimientos que podrían no reconocerse figuran las medidas o arreglos de ajuste financiero, de naturaleza puramente contractual, concertados entre el deudor y algunos de sus acreedores en lo que respecta a determinada deuda cuando las negociaciones no den lugar a la apertura de un procedimiento de insolvencia en virtud de la ley de la insolvencia²⁰. En general, esas medidas no cumplirían el requisito de ser de carácter colectivo ni el de control o supervisión judicial (véanse los párrs. 74 a 76 anteriores). Dado que podrían ser medidas muy diversas, sería difícil incluirlas en una norma general sobre el reconocimiento²¹. También podrían quedar excluidos otros procedimientos que no necesiten supervisión o control judicial.

Procedimiento de índole provisional

79. Las definiciones de los incisos *a*) y *d*) también abarcan un “procedimiento de índole provisional” y un representante “designado a título provisional”. En los Estados en que el procedimiento provisional no se conozca, o no cumpla los requisitos enunciados en la definición, puede suscitarse la cuestión de si el reconocimiento de un “procedimiento de índole provisional” con arreglo a la Ley Modelo no dará lugar a consecuencias potencialmente perjudiciales que el caso no justifica. Se aconseja que, sea cual sea la conceptualización del procedimiento de índole provisional en el derecho interno, se mantengan las respectivas referencias de los incisos *a*) y *d*) al “procedimiento de índole provisional” y al representante designado “a título provisional”, ya que, en la práctica, en muchos Estados los procedimientos de insolvencia se inician a menudo, o incluso habitualmente, como procedimientos de índole “provisional”. Con la salvedad de esa calificación de

²⁰ Por supuesto, esos arreglos contractuales seguirían siendo ejecutables al margen de la Ley Modelo sin necesidad de reconocimiento; nada de lo dispuesto en la Ley Modelo ni en la *Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación* tiene por objeto restringir la posibilidad de ejecutarlos.

²¹ A/CN.9/419, párrs. 19 y 29.

provisional, esos procedimientos cumplen todos los demás requisitos de la definición del artículo 2, inciso *a*). Suelen prolongarse semanas e incluso meses a título “provisional” bajo la administración de personas designadas igualmente a título “provisional”, y debe transcurrir cierto tiempo antes de que el tribunal dicte un mandato en el que confirme la continuación de las actuaciones con carácter no provisional. Los objetivos de la Ley Modelo son plenamente aplicables a esos “procedimientos provisionales” (siempre que se cumplan los requisitos de los incisos *a*) y *d*)), razón por la cual no debe establecerse una distinción entre esos procedimientos y otros procedimientos de insolvencia únicamente porque sean de índole provisional. En el artículo 17, párrafo 1, se insiste en que el procedimiento provisional y el representante extranjero deben cumplir todos los requisitos del artículo 2, según el cual solo podrá reconocerse un procedimiento extranjero cuando “sea un procedimiento en el sentido del inciso *a*) del artículo 2” y cuando “el representante extranjero que solicite el reconocimiento sea una persona o un órgano en el sentido del inciso *d*) del artículo 2”.

80. El artículo 18 prevé un caso en el que, una vez presentada o aceptada la solicitud de reconocimiento, el procedimiento extranjero o el representante extranjero, sea o no provisional, deja de reunir los requisitos del artículo 2, incisos *a*) y *d*) (véanse los párrs. 168 y 169).

Inciso b) — procedimiento extranjero principal

81. Un procedimiento extranjero se considerará el “principal” si se ha abierto en el Estado “donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses”. Esta formulación refleja la del artículo 3 del Reglamento del Consejo Europeo (basada en la formulación adoptada previamente en el Convenio de la Unión Europea relativo a los procedimientos de insolvencia (el Convenio Europeo)) y contribuye, así, al consenso que se va formando en torno al concepto de procedimiento “principal”. La determinación de si un procedimiento extranjero es o no el “principal” puede afectar a la naturaleza de las medidas que sean otorgadas al representante extranjero conforme a los artículos 20 y 21 y a la coordinación del procedimiento extranjero con los procedimientos que puedan iniciarse en el Estado promulgante conforme al capítulo IV y con otros procedimientos paralelos conforme al capítulo V.

82. La Ley Modelo no define el concepto de “centro de los principales intereses”. No obstante, en un informe explicativo (el informe Virgós-Schmit)²² preparado en relación con el Convenio Europeo se ofrecía

²²M. Virgós y E. Schmit, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Bruselas, 3 de mayo de 1996. El informe se publicó en julio de 1996 y puede consultarse en inglés en la siguiente dirección: <http://aei.pitt.edu/952> (última consulta: 1 de agosto de 2013).

orientación acerca del concepto de “procedimiento de insolvencia principal” y, a pesar de que el Convenio finalmente no entrará en vigor, en general se acepta que dicho informe sirve de ayuda para la interpretación de la expresión “centro principal de intereses” que se utiliza en el Reglamento del Consejo Europeo. Dado que la formulación “centro principal de intereses” que aparece en ese Reglamento se corresponde con la que figura en la Ley Modelo, si bien con fines distintos (véase el párr. 141), la jurisprudencia de interpretación del Reglamento también puede resultar pertinente para la interpretación de la Ley Modelo.

83. En los párrafos introductorios 12) y 13) del Reglamento del Consejo Europeo se establece lo siguiente:

“12) El presente Reglamento permite que los procedimientos principales de insolvencia se incoen en el Estado miembro en que el deudor tenga su centro de intereses principales. Dichos procedimientos tienen alcance universal y su objetivo es abarcar todos los bienes del deudor. Con objeto de proteger la diversidad de intereses, el presente Reglamento permite que se incoen procedimientos secundarios²³ paralelamente al procedimiento principal; podrán incoarse procedimientos secundarios en el Estado miembro en que el deudor tenga un establecimiento. Los efectos de los procedimientos secundarios están limitados a los bienes situados en dicho Estado; unas disposiciones imperativas de coordinación con el procedimiento principal satisfacen la necesidad de unidad dentro de la Comunidad.

13) El ‘centro principal de intereses’ debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros”.

84. En el Informe Virgós-Schmit se explica el concepto de “procedimiento de insolvencia principal” del siguiente modo:

“73. Procedimiento de insolvencia principal

El artículo 3, párrafo 1, permite abrir un procedimiento de insolvencia principal de alcance universal en el Estado contratante en que el deudor tenga el centro de sus principales intereses. El procedimiento de insolvencia principal tiene un ámbito universal. Su finalidad es abarcar todos los bienes del deudor en todo el mundo y afectar a todos los acreedores, independientemente del lugar en que se encuentren.

²³El Reglamento del Consejo Europeo hace referencia a “procedimientos secundarios”, mientras que en la Ley Modelo se utiliza la expresión “procedimientos no principales”.

En el ámbito territorial del Convenio solo podrá abrirse un procedimiento principal.

...

75. Debe interpretarse que el ‘centro de los principales intereses’ es el lugar en que el deudor administra sus intereses de manera habitual y que, por lo tanto, puede ser averiguado por terceros.

No es difícil explicar el motivo de esta norma. La insolvencia es un riesgo previsible. Por consiguiente, es importante que la jurisdicción se establezca a escala internacional en un lugar conocido por los posibles acreedores del deudor (como veremos, eso entraña la aplicación del régimen de la insolvencia del correspondiente Estado contratante). De ese modo, podrán calcularse los riesgos jurídicos que se asumirían en caso de insolvencia.

El propósito de utilizar el término ‘intereses’ es abarcar no solo las actividades comerciales, industriales o profesionales, sino también las actividades económicas en general, de forma que se incluyan las actividades de las personas físicas (por ejemplo, los consumidores). El término ‘principales’ establece el criterio que ha de utilizarse para dirimir los casos en que los intereses representen actividades diversas gestionadas desde distintos centros.

En principio, el centro de los principales intereses de un profesional será el lugar en que se encuentre su domicilio profesional, y el de las personas físicas en general, el lugar de su residencia habitual.

En lo que respecta a las empresas y las personas jurídicas, en el Convenio se presume, salvo prueba en contrario, que el centro de los principales intereses del deudor es el lugar de su domicilio social, que normalmente coincide con el lugar en que tiene su oficina principal”.

En las observaciones sobre el artículo 16 se examina más a fondo el concepto de centro de los principales intereses.

Inciso c) — procedimiento extranjero no principal

85. Según el inciso *c)*, para que haya un “procedimiento extranjero no principal” ha de haber un “establecimiento” del deudor en el territorio del foro (véanse los párrs. 88 a 90). Así pues, un procedimiento extranjero no principal solo podrá ser reconocido, a tenor del artículo 17, párrafo 2, si se ha incoado en el territorio de un Estado en el que el deudor tenga un establecimiento en el sentido del artículo 2, inciso *f)*. Esta norma no menoscaba la del artículo 28, por la que se autoriza a iniciar un procedimiento en

el Estado promulgante si el deudor posee bienes en su territorio. Cabe señalar, no obstante, que los efectos de un procedimiento de insolvencia iniciado únicamente sobre la base de la presencia de bienes por lo general estarán circunscritos a los bienes situados en ese Estado; si en ese procedimiento de insolvencia, con arreglo a la ley del foro, se fueran a administrar otros bienes del deudor situados en el extranjero (como se ha previsto en el artículo 28), la problemática transfronteriza que eso desencadene habrá de resolverse en el marco de la cooperación y coordinación internacional, con arreglo a los artículos 25 a 27 de la Ley Modelo.

Inciso d) — representante extranjero

86. En el inciso *d)* se reconoce que el representante extranjero puede ser una persona autorizada en el procedimiento extranjero a administrar ese procedimiento, lo que abarca tratar de obtener el reconocimiento del procedimiento, medidas y cooperación en otro país, o simplemente una persona expresamente autorizada a representar el procedimiento. En la Ley Modelo no se especifica que el representante extranjero deba ser autorizado por el tribunal (con arreglo al artículo 2, inciso *e)*), y la definición es, pues, lo suficientemente amplia como para abarcar los nombramientos que pueda hacer un organismo especial que no sea un tribunal. También están comprendidos los nombramientos hechos con carácter provisional (véanse los párrs. 79 y 80). A efectos de la Ley Modelo, es suficiente el hecho de que en el procedimiento extranjero se haya nombrado al representante extranjero para actuar en una u otra de esas calidades, o en ambas; en el artículo 15 se exige una copia certificada de la decisión por la que se nombra al representante, un certificado en el que conste el nombramiento, u otra prueba de ese nombramiento que sea aceptable para el tribunal ante el que se recurra. La definición que figura en el inciso *d)* es suficientemente amplia como para abarcar a los deudores que sigan en posesión tras la apertura del procedimiento de insolvencia.

Inciso e) — tribunal extranjero

87. El trato dispensado a un procedimiento extranjero que reúna los requisitos del artículo 2, inciso *a)*, deberá ser el mismo, independientemente de que el órgano que lo inicie y supervise sea un órgano judicial o administrativo. Por consiguiente, para no tener que referirse a un órgano no judicial extranjero cada vez que se hace referencia a un tribunal extranjero, se ha hecho extensiva la definición de “tribunal extranjero” que se da en el inciso *e)* a las autoridades no judiciales. El inciso *e)* está inspirado en una definición similar que figura en el artículo 2, inciso *d)*, del Reglamento del Consejo

Europeo, y que también se emplea en la *Guía Legislativa* (Introducción, párr. 12 i)) y en la *Guía de Prácticas de la CNUDMI* (Introducción, párrs. 7 y 8).

Inciso f) — establecimiento

88. La definición del término “establecimiento” está inspirada en el artículo 2, apartado *h*), del Reglamento del Consejo Europeo. El término se utiliza en la Ley Modelo en la definición de “procedimiento extranjero no principal” (artículo 2, inciso *c*) y en el contexto del artículo 17, párrafo 2, con arreglo al cual, para que se reconozca un procedimiento extranjero no principal, es preciso que el deudor posea un establecimiento en el territorio del Estado extranjero (véase también el párr. 85 anterior).

89. El Informe Virgós-Schmit sobre el Convenio aporta nuevas explicaciones del término “establecimiento”:

“Por lugar de operaciones se entiende el lugar en que se ejerce una actividad económica en el mercado (es decir, una actividad hacia el exterior), sea esta comercial, industrial o profesional.

La importancia atribuida a la necesidad de que haya una actividad económica en la que se utilicen recursos humanos muestra la necesidad de que haya también un grado mínimo de organización. Un lugar de operaciones puramente ocasional no se puede considerar un ‘establecimiento’. Se necesita cierta estabilidad. La fórmula negativa (‘de forma no transitoria’) tiene por objeto evitar que se tenga que establecer un plazo mínimo. El factor decisivo es cómo se presenta exteriormente la actividad, y no la intención del deudor²⁴”.

90. Dado que “establecimiento” es un término definido, la averiguación que ha de hacer el tribunal de si el deudor cuenta con un establecimiento es de carácter puramente fáctico. A diferencia de lo que ocurre con un “procedimiento extranjero principal”, no existe una presunción en lo que respecta a la determinación del establecimiento. Sí se plantea una cuestión de derecho, sin embargo, la de establecer si la expresión “de forma no transitoria” hace referencia a la duración de la actividad económica pertinente o a la ubicación concreta en que se desarrolla la actividad. La apertura de un procedimiento de insolvencia, la existencia de deudas y la mera presencia de bienes aislados, de cuentas bancarias o de bienes inmuebles no significarían, en principio, que se cumpliera la definición de establecimiento.

²⁴ Informe Virgós-Schmit (véase la nota 22), párr. 7.1.

*Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo**a) Ley Modelo*

A/52/17, párrs. 152 a 158.

A/CN.9/419, párrs. 95 a 117.

A/CN.9/WG.V/WP.44, págs. 7 a 10.

A/CN.9/422, párrs. 34 a 65.

A/CN.9/WG.V/WP.46, págs. 5 a 7.

A/CN.9/433, párrs. 33 a 41 y 147.

A/CN.9/WG.V/WP.48, págs. 6 a 7.

A/CN.9/435, párrs. 108 a 113.

b) Guía para la incorporación

A/CN.9/436, párrs. 43 a 45.

A/CN.9/442, párrs. 67 a 75.

c) Guía para la incorporación e interpretación

A/CN.9/715, párrs. 14 y 15, 17 a 22, 32 a 35 y 46.

A/CN.9/738, párrs. 17 a 19.

A/CN.9/WG.V/WP.103, párrs. 67 a 68A, 71 y 72, 23 a 23G, 69, 70, 31 a 31C y 73 a 75B.

A/CN.9/742, párrs. 25 a 36 y 58.

A/CN.9/WG.V/WP.107, párrs. 68, 23A a 24G, 31 y 73 a 75B.

A/CN.9/763, párrs. 23 a 25.

A/CN.9/WG.V/WP.112, párrs. 68 y 68A, 71 y 72, 23 a 23C, 24 a 24G, 70, 31 a 31C y 73 a 75B.

A/CN.9/766, párrs. 27 y 28.

Artículo 3. Obligaciones internacionales del Estado

En caso de conflicto entre la presente Ley y una obligación de este Estado nacida de un tratado u otra forma de acuerdo en el que este Estado sea parte con uno o más Estados, prevalecerán las disposiciones de ese tratado o acuerdo.

91. El artículo 3, en el que se enuncia el principio de la supremacía de las obligaciones internacionales del Estado promulgante sobre el derecho interno, está inspirado en otras leyes modelo preparadas por la CNUDMI.

92. Al promulgar este artículo, el legislador quizá desee considerar la conveniencia de adoptar medidas para evitar una interpretación innecesariamente amplia de los tratados internacionales. Por ejemplo, este artículo podría dar precedencia a un tratado internacional que, aunque se refiriera a asuntos regulados por la Ley Modelo (por ejemplo, acceso a los tribunales y cooperación entre los tribunales o entre las autoridades administrativas

competentes), tuviera por objeto resolver problemas distintos de los regulados en la Ley Modelo. Algunos de esos tratados, de resultas de su lenguaje impreciso o su formulación amplia, pueden interpretarse erróneamente en el sentido de tratar también cuestiones reguladas por la Ley Modelo. Ese resultado comprometería el objetivo de lograr uniformidad y facilitar la cooperación internacional en materia de insolvencia y reduciría la seguridad jurídica y previsibilidad de la aplicación de la Ley Modelo. El Estado promulgante podría disponer que, para que el artículo 3 desplazara una disposición de derecho interno, debería existir un nexo suficiente entre el tratado internacional invocado y la cuestión que se rigiese por esa disposición de derecho interno. Con esa condición se evitaría toda restricción inadvertida y excesiva de los efectos de la legislación por la que se incorporara la Ley Modelo al derecho interno. Ahora bien, no conviene que esa disposición llegue a imponer como condición que el tratado invocado se deba referir expresamente a cuestiones de insolvencia.

93. Cabe mencionar que, si bien en algunos Estados los tratados internacionales vinculantes son normas directamente invocables ante los tribunales, en otros Estados no lo son, salvo alguna excepción, y se ha de promulgar una norma legislativa para darles fuerza vinculante interna. Con respecto a este último grupo de Estados, habida cuenta de su práctica normal respecto de los tratados y acuerdos internacionales, no procedería o sería innecesario incorporar el artículo 3 a su texto legislativo, salvo, tal vez, en forma modificada.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) Ley Modelo

A/52/17, párrs. 159 a 162.

A/CN.9/WG.V/WP.44, pág. 11.

A/CN.9/422, párrs. 66 y 67.

A/CN.9/WG.V/WP.46, pág. 7.

A/CN.9/433, párrs. 42 y 43.

A/CN.9/WG.V/WP.48, págs. 7 y 8.

A/CN.9/435, párrs. 114 a 117.

b) Guía para la incorporación

A/CN.9/436, párr. 46.

A/CN.9/442, párrs. 76 a 78.

c) Guía para la Incorporación e Interpretación

A/CN.9/WG.V/WP.107, párr. 78.

A/CN.9/763, párr. 26.

A/CN.9/WG.V/WP.112, párr. 78.

A/CN.9/766, párr. 29.

Artículo 4. [Tribunal o autoridad competente]¹

Las funciones a las que se refiere la presente Ley relativas al reconocimiento de procedimientos extranjeros y en materia de cooperación con tribunales extranjeros serán ejercidas por [*indíquese el tribunal o tribunales o la autoridad o autoridades que, conforme al derecho interno, sean competentes para ejercer estas funciones*].

¹Aquellos Estados en los que algunas de las funciones relacionadas con el procedimiento de insolvencia sean habitualmente conferidas a determinados mandatarios judiciales u órganos públicos podrán, si así lo desean, insertar en el artículo 4, o en algún otro lugar del capítulo I, la disposición siguiente:

Nada de lo dispuesto en la presente Ley afectará a las disposiciones de este Estado relativas a los poderes de que goza [*indíquese la denominación de la persona u órgano habitualmente designado*].

94. Si en el Estado promulgante alguna autoridad que no sea un tribunal de justicia ejerce cualquiera de las funciones mencionadas en el artículo 4, ese Estado insertará el nombre de la autoridad competente en ese artículo y en todo otro lugar que proceda de la norma promulgada.

95. Es posible que en el derecho interno diversos tribunales sean competentes para ejercer las funciones mencionadas en la Ley Modelo, en cuyo caso procederá que el Estado promulgante adapte el texto de este artículo al régimen jurisdiccional interno. El interés del artículo 4 está en dar mayor transparencia y accesibilidad al régimen interno de la insolvencia, lo que redundaría en provecho, especialmente, de los representantes y tribunales extranjeros.

96. Al definir la competencia de alguna autoridad o tribunal para conocer de los asuntos mencionados en el artículo 4, no debe limitarse sin necesidad la competencia de otros tribunales del Estado promulgante para conocer, en particular, de toda solicitud de medidas cautelares presentada por un representante extranjero.

Nota de pie de página

97. En algunos Estados la normativa aplicable a la insolvencia ha encomendado ciertas tareas de supervisión general del procedimiento de insolvencia a mandatarios públicos, tomados de la administración o la judicatura, que desempeñan su cometido con carácter permanente. Suelen ser designados por diversos nombres, por ejemplo, “síndico de la quiebra” o

“administrador judicial”. Sus actividades y el alcance y la índole de sus funciones varían de un Estado a otro. La Ley Modelo no restringe los poderes conferidos a dichos mandatarios, punto que tal vez algún Estado deseará aclarar en la forma indicada por la nota al pie del artículo. Ahora bien, de los términos empleados al incorporar los artículos 25 y 26 de la Ley Modelo en el derecho interno para designar a “la persona o el órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro”, dependerá que estos mandatarios públicos queden o no sujetos al deber de cooperar con arreglo a lo dispuesto en los artículos 25 a 27.

98. En algunos ordenamientos, los mandatarios a que se refiere el párrafo anterior también pueden ser designados para actuar como representantes en determinados casos de insolvencia. En la medida en que ello suceda, esos mandatarios quedarán sujetos al régimen de la Ley Modelo.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

- | | |
|-----------------------------|--------------------------------------|
| a) <i>Ley Modelo</i> | A/CN.9/433, párrs. 44 y 45. |
| A/52/17, párrs. 163 a 166. | A/CN.9/WG.V/WP.48, págs. 8 y 9. |
| A/CN.9/419, párr. 69. | A/CN.9/435, párrs. 118 a 122. |
| A/CN.9/WG.V/WP.44, pág. 11. | b) <i>Guía para la incorporación</i> |
| A/CN.9/422, párrs. 68 y 69. | A/CN.9/436, párrs. 47 a 50. |
| A/CN.9/WG.V/WP.46, pág. 8. | A/CN.9/442, párrs. 79 a 83. |

Artículo 5. Autorización dada a [indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar la reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno de este Estado] para actuar en un Estado extranjero

. . . [indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar la reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno de este Estado], estará facultado(a) para actuar en un Estado extranjero en representación de un procedimiento abierto en este Estado con arreglo a [indicar aquí la norma de derecho interno relativa a la insolvencia], en la medida en que lo permita la ley extranjera aplicable.

99. La finalidad del artículo 5 es facultar al representante de la insolvencia o a toda otra entidad designada en un procedimiento de insolvencia incoado en el Estado promulgante para actuar en el extranjero en calidad de

representante extranjero de ese procedimiento. En algunos Estados, la falta de esa autorización ha obstaculizado, de hecho, toda cooperación eficaz en casos transfronterizos. Todo Estado promulgante en el que los representantes de la insolvencia estén ya facultados para actuar como representantes extranjeros podrá prescindir del artículo 5, aun cuando conservarlo constituiría una clara prueba admisible de esas facultades y serviría de ayuda a los tribunales extranjeros y otros usuarios de la ley.

100. El artículo 5 se ha redactado de manera que deje claro que el alcance de los poderes que ejercerá el representante de la insolvencia en el extranjero dependerá de la ley y los tribunales extranjeros. Las medidas que el representante nombrado en el Estado promulgante pueda desear adoptar en el extranjero serán del tipo previsto en la Ley Modelo, pero la autoridad para actuar en un país extranjero no dependerá de que ese país haya o no promulgado legislación basada en la Ley Modelo.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) Ley Modelo

A/52/17, párrs. 167 a 169.

A/CN.9/419, párrs. 36 a 39.

A/CN.9/WG.V/WP.44, pág. 12.

A/CN.9/422, párrs. 70 a 74.

A/CN.9/WG.V/WP.46, pág. 8.

A/CN.9/433, párrs. 46 a 49.

A/CN.9/WG.V/WP.48, pág. 9.

A/CN.9/435, párrs. 123 y 124.

b) Guía para la incorporación

A/CN.9/436, párrs. 51 y 52.

A/CN.9/442, párrs. 84 y 85.

c) Guía para la incorporación e interpretación

A/CN.9/WG.V/WP.107, párr. 84.

A/CN.9/763, párr. 26.

A/CN.9/WG.V/WP.112, párr. 84.

A/CN.9/766, párr. 30.

Artículo 6. Excepción de orden público

Nada de lo dispuesto en la presente Ley impedirá que el tribunal se niegue a adoptar una medida en ella regulada, de ser esa medida manifiestamente contraria al orden público de este Estado.

101. Al depender la noción de orden público del derecho interno, su contenido puede diferir de un Estado a otro, por lo que no se ha intentado dar una definición uniforme de ese concepto en el artículo 6.

102. En algunos Estados se da al concepto de “orden público” un sentido muy amplio que puede referirse, en principio, a cualquier norma de derecho imperativo interno. Sin embargo, son muchos los Estados en que la excepción de orden público está restringida a los principios fundamentales del derecho y, en particular, a las garantías de rango constitucional; en esos Estados solo se invocaría la excepción de orden público para denegar la aplicación de una norma extranjera, o para denegar el reconocimiento de una resolución judicial o de un laudo arbitral extranjero si eso diera lugar a la violación de uno de esos principios fundamentales.

103. Respecto de la posibilidad de aplicar la excepción de orden público en el contexto de la Ley Modelo, cabe observar que en un creciente número de países existe una dicotomía entre el concepto de orden público aplicable a cuestiones internas y el de orden público aplicable en cuestiones de cooperación internacional y al reconocimiento de los efectos de las leyes extranjeras. En este último supuesto, en particular, es donde se suele dar al concepto de orden público una interpretación más restringida que al de orden público interno. Esa dicotomía refleja el deseo de no obstaculizar indebidamente la cooperación internacional con una interpretación amplia de “orden público”.

104. La finalidad de la palabra “manifiestamente”, utilizada en muchos otros textos internacionales como calificativo de toda violación significativa del “orden público”, es subrayar que la excepción de orden público ha de interpretarse restrictivamente y que solo debe invocarse el artículo 6 en circunstancias excepcionales concernientes a asuntos de importancia fundamental para el Estado promulgante.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) Ley Modelo

A/52/17, párrs. 170 a 173.

A/CN.9/419, párr. 40.

A/CN.9/WG.V/WP.44, pág. 15.

A/CN.9/422, párrs. 84 y 85.

A/CN.9/WG.V/WP.46, pág. 16.

A/CN.9/433, párrs. 156 a 160.

A/CN.9/WG.V/WP.48, pág. 9.

A/CN.9/435, párrs. 125 a 128.

b) Guía para la incorporación

A/CN.9/436, párr. 53.

A/CN.9/442, párrs. 86 a 89.

c) Guía para la incorporación e interpretación

A/CN.9/715, párrs. 26 a 30.

A/CN.9/738, párr. 32.

Artículo 7. Asistencia adicional en virtud de alguna otra norma

Nada de lo dispuesto en la presente Ley limitará las facultades que pueda tener un tribunal o [indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar una reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno] para prestar asistencia adicional al representante extranjero con arreglo a alguna otra norma de este Estado.

105. La finalidad de la Ley Modelo es aumentar y armonizar la asistencia que se preste en el Estado promulgante a los representantes extranjeros. Ahora bien, puesto que es posible que el derecho interno de ese Estado haya previsto ya, al promulgarse el nuevo régimen, diversos supuestos en que se haya de prestar asistencia transfronteriza al representante extranjero, y puesto que no es propósito de la Ley Modelo desplazar al derecho interno en la medida en que este prevea asistencia adicional o distinta de la prevista en la Ley Modelo, el Estado promulgante tal vez desee considerar si se necesita el artículo 7 para que ese punto quede claro.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) *Ley Modelo*

A/52/17, párr. 175.

b) *Guía para la incorporación*

A/CN.9/442, párr. 90.

Artículo 8. Interpretación

En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

106. En varios tratados de derecho privado figura una disposición análoga a la del artículo 8 (por ejemplo, en el artículo 7, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías). Más recientemente se ha reconocido la conveniencia de incluir una disposición de esa índole también en textos de derecho uniforme no convencional como el de una ley modelo, en razón del interés que tendría

el Estado promulgante en que se diera a su régimen una interpretación armónica. El artículo 8 está inspirado en el artículo 3, párrafo 1, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

107. La interpretación armónica de la Ley Modelo se verá facilitada por el sistema de información “CLOUT” (jurisprudencia basada en textos de la CNUDMI), por el que la secretaría de la CNUDMI publica extractos de resoluciones judiciales (y, si procede, laudos arbitrales) en las que se interpretan convenciones y leyes modelos dimanantes de la labor de la Comisión. (Véase información adicional sobre el sistema más adelante, en el párrafo 243.)

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) *Ley Modelo*

A/52/17, párr. 174.

b) *Guía para la incorporación*

A/CN.9/442, párrs. 91 y 92.

c) *Guía para la incorporación e interpretación*

A/CN.9/715, párrs. 23 a 25.

A/CN.9/WG.V/WP.103, párr. 92.

A/CN.9/742, párrs. 37 y 38.

A/CN.9/WG.V/WP.107, párr. 91.

A/CN.9/763, párr. 26.

A/CN.9/WG.V/WP.112, párr. 91.

A/CN.9/766, párr. 30.

CAPÍTULO II. ACCESO DE LOS REPRESENTANTES Y ACREEDORES EXTRANJEROS A LOS TRIBUNALES DEL ESTADO

Artículo 9. Derecho de acceso directo

Todo representante extranjero estará legitimado para comparecer directamente ante un tribunal del Estado.

108. Un objetivo importante de la Ley Modelo es dar a los representantes extranjeros acceso directo y rápido a los tribunales del Estado promulgante. El artículo 9 se limita a enunciar el principio del acceso directo del representante extranjero a los tribunales del Estado promulgante y de esa manera lo exonera de tener que cumplir ciertos requisitos formales como determinados trámites consulares y licencias. El artículo 4 trata de la competencia

de los tribunales del Estado promulgante para otorgar medidas solicitadas por el representante extranjero.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) *Ley Modelo*

A/52/17, párrs. 176 y 178.

A/CN.9/419, párrs. 77 a 79, 172 y 173.

A/CN.9/422, párrs. 144 a 151.

A/CN.9/WG.V/WP.46, pág. 9.

A/CN.9/433, párrs. 50 a 58.

A/CN.9/WG.V/WP.48, pág. 10.

A/CN.9/435, párrs. 129 a 133.

b) *Guía para la incorporación*

A/CN.9/436, párr. 54.

A/CN.9/442, párr. 93.

c) *Guía para la incorporación e interpretación*

A/CN.9/WG.V/WP.103, párr. 93.

A/CN.9/WG.V/WP.112, párr. 93.

A/CN.9/766, párr. 31.

Artículo 10. Jurisdicción limitada

El solo hecho de la presentación de una solicitud, con arreglo a la presente Ley, ante un tribunal del Estado por un representante extranjero no supone la sumisión de este ni de los bienes y negocios del deudor en el extranjero, a la jurisdicción de los tribunales del Estado para efecto alguno que sea distinto de la solicitud.

109. El artículo 10 constituye una salvaguardia para evitar que el tribunal del Estado promulgante asuma jurisdicción sobre los bienes del deudor por el solo hecho de que el representante extranjero haya solicitado el reconocimiento de un procedimiento extranjero. Este artículo dispone también claramente que esa solicitud por sí sola no bastará para que el tribunal asuma jurisdicción sobre el representante extranjero respecto de asuntos no relacionados con la insolvencia. De esa manera se ha tratado de responder a las inquietudes de los representantes y de los acreedores extranjeros de quedar expuestos a una jurisdicción omnicompreensiva por el solo hecho de que se haya presentado una solicitud con arreglo a la Ley Modelo.

110. La limitación impuesta a la jurisdicción sobre el representante extranjero en el artículo 10 no es absoluta. Solo tiene por objeto amparar al representante extranjero en la medida necesaria para no privar de sentido a su solicitud de acceso a los tribunales. Se dispone al efecto que su comparecencia ante los tribunales del Estado promulgante para la solicitud de reconocimiento no expondrá a la jurisdicción de estos la totalidad de la masa

patrimonial cuya supervisión se le haya encomendado. Eso no afecta a los demás motivos posibles que, con arreglo a la ley del foro, puedan tener esos tribunales para asumir jurisdicción sobre el representante extranjero o sobre los bienes que tenga bajo su supervisión. Por ejemplo, un acto ilícito o conducta indebida del representante extranjero podrá servir de fundamento para que el tribunal se declare competente para conocer de las consecuencias de esos actos o comportamiento. Además, un representante extranjero que solicite medidas en el Estado promulgante deberá respetar las condiciones a las que el tribunal las supedita (artículo 22, párrafo 2).

111. El artículo 10 puede parecer superfluo en Estados cuya normativa procesal no permite que un tribunal asuma jurisdicción sobre una persona que le presente una solicitud por el solo hecho de que haya comparecido ante él. No obstante, sería también conveniente que esos Estados promulgaran este artículo a fin de eliminar todo recelo de los representantes o acreedores extranjeros de que el solo hecho de presentar una solicitud ante el tribunal pueda servir de fundamento para que este asuma jurisdicción.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) Ley Modelo

A/52/17, párrs. 179 a 182.

A/CN.9/WG.V/WP.44, pág. 24.

A/CN.9/422, párrs. 160 a 166.

A/CN.9/WG.V/WP.46, págs. 10 y 11.

A/CN.9/433, párrs. 68 a 70.

A/CN.9/WG.V/WP.48, pág. 10.

A/CN.9/435, párrs. 134 a 136.

b) Guía para la incorporación

A/CN.9/436, párrs. 55 y 56.

A/CN.9/442, párrs. 94 a 96.

c) Guía para la incorporación e interpretación

A/CN.9/WG.V/WP.107, párr. 96.

A/CN.9/763, párr. 27.

A/CN.9/WG.V/WP.112, párr. 96.

A/CN.9/766, párr. 31.

Artículo 11. Solicitud del representante extranjero de que se abra un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

Todo representante extranjero estará facultado para solicitar la apertura de un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] si por lo demás se cumplen las condiciones para la apertura de ese procedimiento.

112. Son muchos los ordenamientos jurídicos que, al enumerar a las personas que pueden solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia, no hacen mención alguna del representante extranjero; tal vez sea dudoso si, en tales ordenamientos, el representante extranjero estaría facultado para presentar esa solicitud.

113. El artículo 11 tiene por objeto garantizar que el representante extranjero (de un procedimiento extranjero principal o no principal) goce de legitimidad procesal²⁵ para solicitar el comienzo de un procedimiento de insolvencia. Ahora bien, su texto dispone con igual claridad (al decir “si por lo demás se cumplen las condiciones para la apertura de ese procedimiento”) que, por lo demás, no se modifican en absoluto las condiciones del derecho interno para la apertura de un procedimiento de insolvencia.

114. El representante extranjero goza de ese derecho sin necesidad de que medie el previo reconocimiento del procedimiento extranjero, ya que, en casos de gran urgencia, puede ser crucial iniciar un procedimiento de insolvencia para preservar los bienes del deudor. En el artículo 11 se reconoce que no solo el representante de un procedimiento extranjero principal, sino también el representante de un procedimiento extranjero no principal, pueden tener un interés legítimo en poner en marcha un procedimiento de insolvencia en el Estado promulgante. La obligación de cumplir los requisitos de derecho interno por lo demás aplicables para la apertura de esa clase de procedimientos constituye una garantía contra el eventual abuso de ese derecho.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) Ley Modelo

A/52/17, párrs. 183 a 187.

A/CN.9/WG.V/WP.44, págs. 24 y 25.

A/CN.9/422, párrs. 170 a 177.

A/CN.9/WG.V/WP.46, pág. 11.

A/CN.9/433, párrs. 71 a 75.

A/CN.9/WG.V/WP.48, pág. 11.

A/CN.9/435, párrs. 137 a 146.

b) Guía para la incorporación

A/CN.9/436, párr. 57.

A/CN.9/442, párrs. 97 a 99.

c) Guía para la incorporación e interpretación

A/CN.9/WG.V/WP.107, párr. 98.

A/CN.9/763, párr. 27.

A/CN.9/WG.V/WP.112, párr. 98.

A/CN.9/766, párr. 31.

²⁵Llamada también “legitimación procesal”, “legitimación activa” o “legitimación”.

Artículo 12. Participación de un representante extranjero en un procedimiento abierto con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero estará facultado para participar en todo procedimiento que se haya abierto respecto del deudor con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia].

115. El propósito del artículo 12 es garantizar que, cuando se esté siguiendo un procedimiento de insolvencia relativo a un deudor en el Estado promulgante, el representante de un procedimiento extranjero relativo a ese deudor gozará de legitimidad²⁵ para presentar demandas, solicitudes o peticiones respecto de cuestiones de protección, liquidación o distribución de los bienes del deudor o de cooperación con el procedimiento extranjero.

116. El artículo 12 se limita a legitimar al representante extranjero ante los tribunales del país, pero sin conferirle ninguna facultad ni derecho en particular. Tampoco especifica los tipos de peticiones que el representante extranjero podrá presentar y no afecta en modo alguno a las normas de derecho interno sobre insolvencia de las que dependa la suerte de esas peticiones.

117. Cuando en el derecho interno del Estado promulgante se utilice otro término, en vez de “participar”, para expresar el concepto, nada impide que se utilice ese otro término en la disposición promulgada. No obstante, cabe recordar que el término “intervenir” se utiliza ya en el artículo 24 para referirse al supuesto de que el representante extranjero intervenga en alguna acción individual entablada por el deudor o contra él (en contraposición al caso del procedimiento colectivo de insolvencia) (véanse, más adelante, los párrs. 205 y 208).

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) Ley Modelo

A/52/17, párrs. 188 y 189.

A/CN.9/422, párrs. 114 y 115, 147 y 149.

A/CN.9/WG.V/WP.46, pág. 9.

A/CN.9/433, párr. 58.

A/CN.9/WG.V/WP.48, pág. 11.

A/CN.9/435, párrs. 147 a 150.

b) Guía para la incorporación

A/CN.9/436, párrs. 58 y 59.

A/CN.9/442, párrs. 100 a 102.

- c) *Guía para la incorporación e interpretación* A/CN.9/763, párr. 27.
 A/CN.9/WG.V/WP.103, párr. 100. A/CN.9/WG.V/WP.112, párrs. 100 a 102.
 A/CN.9/WG.V/WP.107, párrs. 100 a 102. A/CN.9/766, párr. 31.

Artículo 13. Acceso de los acreedores extranjeros a un procedimiento seguido con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un procedimiento en este Estado y de la participación en él con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*].

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no afectará al orden de prelación de los créditos en un procedimiento abierto con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*], salvo que no se asignará a los créditos de acreedores extranjeros una prelación inferior a [*indíquese la categoría de créditos ordinarios no preferentes, y que todo crédito extranjero tendrá una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes cuando el crédito equivalente en el país (por ejemplo, una sanción pecuniaria o un crédito con pago diferido) tenga una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes*]².

²El Estado promulgante tal vez desee considerar la posibilidad de reemplazar el artículo 13, párrafo 2, por el texto siguiente:

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no afectará al orden de prelación de los créditos en un procedimiento entablado con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] ni a la exclusión de ese procedimiento de los créditos extranjeros en concepto de impuestos o seguridad social. No obstante, no se dará a los créditos extranjeros que no estén relacionados con obligaciones tributarias o de seguridad social una prelación inferior a la de [*indíquese la categoría de créditos ordinarios no preferentes, y que todo crédito extranjero tendrá una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes cuando los créditos equivalentes en el país (por ejemplo una sanción pecuniaria o un crédito con pago diferido) tengan una prelación más baja que los créditos ordinarios no preferentes*].

118. Con la salvedad enunciada en el artículo 13, párrafo 2, se incorpora el principio de que los acreedores extranjeros deberán recibir igual trato que los acreedores locales cuando soliciten la apertura de un procedimiento de insolvencia, o presenten sus créditos en un procedimiento ya abierto, en el Estado promulgante.

119. En el párrafo 2 se precisa que el principio de no discriminación enunciado en el párrafo 1 deja intacto el orden de prelación de los créditos en

el régimen de la insolvencia de la ley del foro, sin exceptuar aquellas disposiciones que solo afecten a la prelación de los créditos de acreedores extranjeros. Son pocos los Estados cuyo actual derecho interno asigna un rango especial a los acreedores extranjeros. Ahora bien, a fin de no dejar sin efecto el principio de la no discriminación, en el párrafo 2 se dispone que no podrá asignarse a los créditos de los acreedores extranjeros una prelación inferior a la de los créditos ordinarios sin garantía. La sola excepción que se hace a esa regla de la prelación mínima es la de aquellos créditos que, aun cuando el acreedor fuera interno, serían de rango inferior a los créditos ordinarios sin garantía (por ejemplo, créditos dimanantes de multas o sanciones administrativas, créditos de pago diferido en razón de alguna relación especial entre el deudor y el acreedor, o créditos presentados tras la expiración del plazo correspondiente). La prelación de esos créditos especiales puede ser inferior, en el derecho interno, a la de los créditos ordinarios sin garantía por razones que no dependen ni de la nacionalidad ni de la ubicación del acreedor.

120. La variante consignada en la nota que figura al pie del artículo solo difiere del texto de este en el hecho de ofrecer una fórmula apta para aquellos Estados que no deseen reconocer los créditos fiscales y de la seguridad social extranjeros.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) Ley Modelo

A/52/17, párrs. 190 a 192.

A/CN.9/WG.V/WP.44, págs. 25 y 26.

A/CN.9/422, párrs. 179 a 187.

A/CN.9/WG.V/WP.46, págs. 11 y 12.

A/CN.9/433, párrs. 77 a 85.

A/CN.9/WG.V/WP.48, págs. 11 y 12.

A/CN.9/435, párrs. 151 a 156.

b) Guía para la incorporación

A/CN.9/436, párrs. 60 y 61

A/CN.9/442, párrs. 103 a 105.

Artículo 14. Notificación a los acreedores en el extranjero con arreglo a
[indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia]

1. Siempre que, con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia], se haya de notificar algún procedimiento, a los acreedores que residan en este Estado, esa notificación deberá practicarse también

a los acreedores conocidos que no tengan una dirección en este Estado. El tribunal podrá ordenar que se tomen las medidas oportunas a fin de notificar a todo acreedor cuya dirección aún no se conozca.

2. Esa notificación deberá practicarse a cada uno de los acreedores extranjeros por separado, a no ser que el tribunal considere que alguna otra forma de notificación sea más adecuada en las circunstancias del caso. No se requerirá carta rogatoria ni ninguna otra formalidad similar.

3. Cuando se haya de notificar a los acreedores extranjeros la apertura de un procedimiento, la notificación deberá:

a) Señalar un plazo razonable para la presentación de los créditos e indicar el lugar en el que se haya de efectuar esa presentación;

b) Indicar si los acreedores con créditos garantizados necesitan presentar esos créditos; y

c) Contener cualquier otra información requerida para esa notificación conforme a las leyes de este Estado y a las resoluciones del tribunal.

121. La principal finalidad del deber de notificar a los acreedores extranjeros, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1, es informarles del comienzo del procedimiento de insolvencia y del plazo para la presentación de sus créditos. Asimismo, como corolario del principio de igualdad de trato, enunciado en el artículo 13, el artículo 14 dispone que se notifique a los acreedores extranjeros en todos los casos en que la ley del foro así lo exija.

122. Los métodos o prácticas que se aplican para la notificación de los acreedores varían de un Estado a otro; por ejemplo, publicación en la gaceta oficial o en los periódicos locales, notificación individual, colocación de un anuncio en la sede del tribunal o una combinación de dos o más procedimientos. Si la forma de la notificación se deja al arbitrio del derecho interno, los acreedores extranjeros se encontrarían en desventaja respecto de los nacionales, al carecer, tal vez, de acceso directo a las publicaciones locales. Por esa razón, el párrafo 2 en principio dispone la notificación individual de los acreedores extranjeros, si bien deja en manos del tribunal la decisión de no hacerlo en algunos casos (por ejemplo, si la notificación ocasiona un gasto excesivo o no es viable en las circunstancias del caso).

123. Respecto de la forma de la notificación individual, el derecho interno tal vez exija trámites especiales para la notificación en el extranjero (por ejemplo, la vía diplomática). En el contexto de un procedimiento de insolvencia, esos trámites tenderían a ser engorrosos y lentos, por lo que su

empleo probablemente impediría la notificación oportuna del procedimiento de insolvencia a los acreedores extranjeros. Por consiguiente, es conveniente que el tribunal disponga que la notificación se efectúe por la vía que considere oportuna en las circunstancias del caso. Por esa razón, el párrafo 2 dispone que “no se requerirá carta rogatoria ni ninguna otra formalidad similar”.

124. Muchos Estados son parte en tratados bilaterales o multilaterales sobre cooperación judicial que suelen prever ciertas formalidades para la comunicación de ciertos documentos judiciales o extrajudiciales a destinatarios en el extranjero. Cabe citar, al respecto, el Convenio sobre la presentación en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en asuntos civiles o comerciales de 1965²⁶, aprobado bajo los auspicios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Si bien los procedimientos previstos en esos tratados pueden constituir una simplificación respecto de la vía diplomática tradicional, es probable que, por las antedichas razones, esos procedimientos sigan resultando inadecuados para los casos de insolvencia transfronteriza. Puede plantearse la duda de si el párrafo 2, que dispensa del recurso a las cartas rogatorias o a otras formalidades similares, es compatible con esos tratados. Cada Estado deberá considerar esa cuestión a la luz de sus propias obligaciones convencionales, pero cabe señalar, en general, que la disposición del párrafo 2 no tiene por qué contravenir esas eventuales obligaciones internacionales del Estado promulgante, ya que la finalidad de esos tratados suele ser facilitar la comunicación, y no obstaculizar el empleo de procedimientos de notificación todavía más sencillos que los previstos en ellos; por ejemplo, el artículo 10 del mencionado Convenio está formulado en los siguientes términos:

“Con tal de que el Estado de destino no tenga nada que objetar, el presente Convenio no interferirá con:

- a) La libertad de enviar documentos judiciales, por vía postal, directamente a destinatarios en el extranjero,
- b) La libertad de los oficiales de justicia, cargos públicos o demás personas competentes del Estado de origen de presentar documentos a través de los oficiales de justicia, cargos públicos o demás personas competentes del Estado de destino,
- c) La libertad de toda persona interesada en un procedimiento judicial de presentar documentos judiciales por conducto directo de los oficiales de justicia, cargos públicos o demás personas competentes del Estado de destino”²⁷.

²⁶ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 658, núm. 9432.

²⁷ *Ibid.*

En la medida en que la segunda oración del párrafo 2 del artículo 14 sea incompatible con algún tratado, la solución ha de buscarse en el artículo 3 de la Ley Modelo.

125. Si bien en el párrafo 2 se menciona la carta rogatoria como formalidad no necesaria para toda notificación efectuada conforme al artículo 14, cabe observar que en muchos Estados esas notificaciones no se efectuarían nunca por carta rogatoria. En esos Estados la carta rogatoria se utilizaría para fines como solicitar pruebas en otro Estado u obtener permiso para efectuar algún otro acto judicial en el extranjero. Ese empleo de la carta rogatoria se regirá, por ejemplo, por el Convenio relativo a la práctica de la prueba en el extranjero en asuntos civiles o comerciales de 1970²⁸, aprobado bajo los auspicios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

Párrafo 3

126. En algunos ordenamientos se considera que un acreedor que presente un crédito garantizado en un procedimiento de insolvencia renuncia a su garantía o a algunos de los privilegios del crédito, en tanto que en otros ordenamientos el hecho de no presentar un crédito equivale a una renuncia de esa garantía o privilegio. De ser así, convendría que el Estado promulgante incorporara al párrafo 3, inciso *b*), el requisito de que la notificación comprendiera información sobre los efectos de presentar, o de no presentar, un crédito garantizado.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) Ley Modelo

A/52/17, párrs. 193 a 198.

A/CN.9/419, párrs. 84 a 87.

A/CN.9/WG.V/WP.44, págs. 19 y 20.

A/CN.9/422, párrs. 188 a 191.

A/CN.9/WG.V/WP.46, págs. 11 y 12.

A/CN.9/433, párrs. 86 a 98.

A/CN.9/WG.V/WP.48, págs. 12 y 13, 16 y 20.

A/CN.9/435, párrs. 157 a 164.

b) Guía para la incorporación

A/CN.9/436, párrs. 63 a 65 y 84.

A/CN.9/442, párrs. 106 a 111, 120 y 121.

²⁸ Ibid., vol. 847, núm. 12140.

CAPÍTULO III: RECONOCIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO EXTRANJERO Y MEDIDAS OTORGABLES

Artículo 15. Solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. El representante extranjero podrá solicitar ante el tribunal el reconocimiento del procedimiento extranjero en el que haya sido nombrado.
2. Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de:
 - a) Una copia certificada conforme de la resolución por la que se declare abierto el procedimiento extranjero y se nombre el representante extranjero; o
 - b) Un certificado expedido por el tribunal extranjero en el que se acredite la existencia del procedimiento extranjero y el nombramiento del representante extranjero; o
 - c) En ausencia de una prueba conforme a los incisos a) y b), acompañada de cualquier otra prueba admisible por el tribunal de la existencia del procedimiento extranjero y del nombramiento del representante extranjero.
3. Toda solicitud de reconocimiento deberá presentarse acompañada de una declaración en la que se indiquen debidamente los datos de todos los procedimientos extranjeros abiertos respecto del deudor de los que tenga conocimiento el representante extranjero.
4. El tribunal podrá exigir que todo documento presentado en apoyo de una solicitud de reconocimiento sea traducido a un idioma oficial de este Estado.

El artículo 15 en su conjunto

127. La Ley Modelo evita la necesidad de tener que recurrir a procedimientos engorrosos y lentos, como la carta o comisión rogatoria u otras vías diplomáticas o consulares, que sin ella tal vez fueran necesarios. Eso facilita la adopción de un enfoque coordinado, cooperativo, de la insolvencia transfronteriza y agiliza la adopción de medidas. En el artículo 15 se definen los requisitos procesales básicos para toda solicitud de reconocimiento de un representante extranjero. Al incorporar la disposición al derecho interno, sería conveniente no sobrecargar el procedimiento con más requisitos que los enunciados. El artículo 15, junto con el artículo 16, proporcionan al representante extranjero un procedimiento sencillo y rápido para obtener el reconocimiento.

128. En la Ley Modelo se presume que los documentos presentados en apoyo de la solicitud de reconocimiento no necesitan autenticación especial

alguna, en particular, legalización: según el artículo 16, párrafo 2, el tribunal podrá presumir que esos documentos son auténticos, estén o no legalizados. Por “legalización” se suele entender la formalidad por la que un agente diplomático o consular del Estado en que se haya de presentar el documento certifica la autenticidad de la firma, la calidad en que ha actuado la persona que lo firma y, si procede, la identidad del sello que figure en el documento.

129. Del artículo 16, párrafo 2, (según el cual el tribunal “estará facultado para presumir” la autenticidad de los documentos que complementen la solicitud de reconocimiento) se desprende la discrecionalidad del tribunal para abstenerse de recurrir a la presunción de autenticidad a efectos de concluir que existen pruebas válidas en contrario. En esta solución flexible se tiene en cuenta que el tribunal puede disponer de medios para cerciorarse de que un documento emana de determinado tribunal sin necesidad de que esté legalizado, pero que, en otros casos, tal vez no desee aceptar un documento no legalizado, en particular si emana de un tribunal que no le es muy conocido. La presunción puede ser útil para eludir, si procede, el trámite engorroso y lento de la legalización (que en algunos Estados exige la intervención de diversas autoridades a diferentes niveles).

130. Cabe preguntarse si esta mayor flexibilidad del requisito de legalización no entrará en conflicto con alguna obligación internacional del Estado promulgante. Varios Estados son parte en tratados bilaterales o multilaterales sobre reconocimiento mutuo y legalización de documentos, como el Convenio por el que se suprime el requisito de la legalización de los documentos extranjeros de 1961²⁹, aprobado bajo los auspicios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que simplifica ciertos trámites para la legalización de documentos provenientes de Estados signatarios. Ahora bien, los tratados sobre legalización de documentos, como cartas rogatorias y formalidades similares, suelen dejar en vigor toda ley o reglamento por el que se supriman o simplifiquen los trámites de legalización, por lo que no es probable que se planteen conflictos. Por ejemplo, como se dispone en el artículo 3, párrafo 2, del mencionado Convenio de La Haya³⁰:

“Ahora bien, no podrá requerirse la [legalización] mencionada en el párrafo anterior cuando alguna ley, reglamento o práctica en vigor en el Estado donde se haya de presentar el documento, o un acuerdo en vigor entre dos o más Estados, haya abolido o simplificado ese trámite, o haya exonerado del mismo a ese documento”.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Modelo, si aún existe un conflicto entre la Ley Modelo y un tratado, este último prevalecerá.

²⁹ *Ibid.*, vol. 527, núm. 7625.

³⁰ *Ibid.*

Párrafo 2, inciso c)

131. Para no impedir el reconocimiento por la inobservancia de alguna mera formalidad (por ejemplo, que el solicitante no consiga presentar documentos en todo conformes a los requisitos del párrafo 2, incisos *a)* y *b)*, el inciso *c)* permite que el tribunal admita alguna otra prueba en su lugar; eso no menoscaba, sin embargo, la facultad del tribunal para insistir en que se le presente una prueba que pueda aceptar. Conviene conservar esa flexibilidad al promulgar la Ley Modelo. Lo dispuesto en el artículo 16, párrafo 2, en el sentido de que el tribunal “estará facultado para presumir” la autenticidad de los documentos que acompañen la solicitud de reconocimiento, se aplica igualmente a los documentos presentados al amparo del párrafo 2, inciso *c)* (véanse los párrs. 129 y 130).

Párrafo 3

132. El párrafo 3 dispone que la solicitud de reconocimiento se presente acompañada de una declaración en la que se determinen todos los procedimientos extranjeros relativos al deudor de que tenga noticia el representante extranjero. El tribunal necesitará esos datos no tanto al decidir si debe otorgar el reconocimiento, sino al decidir si debe otorgar medidas cautelares. Para determinar la procedencia de esas medidas y garantizar su compatibilidad con todo otro procedimiento de insolvencia relativo al mismo deudor, el tribunal ha de estar al corriente de todo otro procedimiento que se siga contra el deudor en otros países.

133. Es conveniente contar con una disposición expresa en la que se establezca ese deber de informar; en primer lugar, porque es probable que el representante extranjero esté mejor informado que el tribunal de los negocios que tenga el deudor en otros Estados, y en segundo lugar, porque el representante extranjero probablemente tendrá más interés en obtener medidas cautelares en favor de su procedimiento que en coordinarlo con otro procedimiento extranjero. (El deber del representante extranjero de informar al tribunal de todo procedimiento del que llegue a tener noticia con posterioridad al reconocimiento se enuncia en el artículo 18; en cuanto al deber de coordinación de los procedimientos extranjeros, véase el artículo 30.)

Párrafo 4

134. El párrafo 4 faculta al tribunal (pero no lo obliga) para exigir la traducción de algunos o todos los documentos que se presenten en apoyo de la solicitud de reconocimiento. Esa discrecionalidad, de ser compatible con

la práctica del foro, puede agilizar la adopción de la decisión de reconocimiento, como se ha previsto en el artículo 17, párrafo 3, siempre y cuando el tribunal esté en condiciones de estudiar la solicitud sin contar con la traducción de los documentos.

Notificación

135. Existen diferentes soluciones acerca del deber del tribunal de dar aviso de una solicitud de reconocimiento. En algunos ordenamientos, se diría que ciertos principios fundamentales de legalidad del proceso, consagrados incluso en la Constitución, no permiten adoptar una decisión tan importante como el reconocimiento de un procedimiento de insolvencia extranjero sin haber oído a las partes interesadas. En cambio, en otros países se considera que las solicitudes de reconocimiento de un procedimiento de insolvencia extranjero han de tramitarse rápidamente (ya que se suelen presentar en circunstancias de peligro inminente de dispersión u ocultación de los bienes) y que eso justifica que no se haya de dar aviso previo de la decisión por la que el tribunal reconozca el procedimiento. En esas circunstancias, imponer ese requisito podría ocasionar una demora indebida y sería incompatible con el artículo 17, párrafo 3, que dispone que una solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero sea despachada a la mayor brevedad posible.

136. La Ley Modelo no se ocupa de los aspectos procesales de esa notificación, que se regirán por la norma por lo demás aplicable de la ley del foro. El hecho de que no se haga referencia expresa a la necesidad de dar aviso de la presentación de una solicitud de reconocimiento o de una resolución por la que se conceda ese reconocimiento no impide que el tribunal expida una notificación, si así lo disponen las normas procesales del foro en materia civil o de insolvencia. Por la misma razón, la Ley Modelo no impone la notificación en aquellos países en que no exista ese requisito.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

- | | |
|---|--|
| a) <i>Ley Modelo</i> | A/CN.9/433, párrs. 59 a 67 y 99 a 104. |
| A/52/17, párrs. 199 a 209. | A/CN.9/WG.V/WP.48, págs. 13 a 15. |
| A/CN.9/419, párrs. 62 a 69, 178 y 189. | A/CN.9/435, párrs. 165 a 173. |
| A/CN.9/WG.V/WP.44, págs. 22 y 23. | b) <i>Guía para la incorporación</i> |
| A/CN.9/422, párrs. 76 a 93 y 152 a 159. | A/CN.9/436, párrs. 66 a 69. |
| A/CN.9/WG.V/WP.46, págs. 9 y 10. | A/CN.9/442, párrs. 112 a 121. |

- c) *Guía para la incorporación e interpretación* A/CN.9/763, párr. 28.
 A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1, párr. 112. A/CN.9/WG.V/WP.112, párrs. 112, 119 y 120.
 A/CN.9/742, párr. 40. A/CN.9/766, párr. 32.
 A/CN.9/WG.V/WP.107, párrs. 119 y 120.

Artículo 16. Presunciones relativas al reconocimiento

1. Si la resolución o el certificado de los que se trata en el párrafo 2 del artículo 15 indican que el procedimiento extranjero es un procedimiento en el sentido del inciso *a)* del artículo 2 y que el representante extranjero es una persona o un órgano en el sentido del inciso *d)* del artículo 2, el tribunal podrá presumir que ello es así.
2. El tribunal estará facultado para presumir que los documentos que le sean presentados en apoyo de la solicitud de reconocimiento son auténticos, estén o no legalizados.
3. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el domicilio social del deudor o su residencia habitual, si se trata de una persona natural, es el centro de sus principales intereses.

137. En el artículo 16 se establecen presunciones que permiten actuar con rapidez en los casos en que eso puede ser esencial y alientan a hacerlo. Esas presunciones facultan al tribunal para agilizar la práctica de la prueba. Al mismo tiempo, con arreglo a la ley procesal interna, no le impiden pedir o tomar en consideración otras pruebas cuando se cuestione la conclusión dimanada de las presunciones.

Párrafo 1

138. En el artículo 16, párrafo 1, se establece una presunción con respecto a las definiciones de “procedimiento extranjero” y “representante extranjero” que figuran en el artículo 2. Si en la resolución por la que se declara abierto el procedimiento extranjero y se nombra al representante extranjero se indica que se trata de un procedimiento en el sentido del artículo 2, inciso *a)*, y que el representante extranjero es una persona o un órgano en el sentido del artículo 2, inciso *d)*, el tribunal ante el que se recurra podrá presumir que eso es así. En la práctica, diversos tribunales se basaron en esa presunción cuando el tribunal que abrió el procedimiento había incluido esa información en la orden judicial³¹.

³¹ Por ejemplo, véase A/CN.9/WG.V/WP.95, párrs. 15 y 16.

139. El hecho de que el tribunal que abra el procedimiento extranjero incluya en sus órdenes información relativa a la índole del procedimiento extranjero y el representante extranjero, definidos en el artículo 2, puede facilitar el reconocimiento en los casos pertinentes. Esas órdenes o decisiones no son vinculantes para el tribunal del Estado promulgante al que se recurra, que debe cerciorarse por sí mismo del cumplimiento de los requisitos del artículo 2 (la cuestión se examina más a fondo más adelante, en los párrs. 152 y 153).

Párrafo 2

140. Véanse las observaciones relativas al párrafo 2, que dispensa del requisito de legalización, anteriormente, en los párrafos 128 a 130.

Párrafo 3

141. Si bien la presunción enunciada en el artículo 16, párrafo 3, se corresponde con la del Reglamento del Consejo Europeo, tiene un propósito distinto. En la Ley Modelo la presunción tiene por objeto facilitar el reconocimiento del procedimiento de insolvencia extranjero y prestarle asistencia. La del Reglamento guarda relación con el lugar adecuado para abrir el procedimiento de insolvencia —estableciendo así el derecho aplicable— y con el reconocimiento automático del procedimiento por otros Estados miembros de la Unión Europea. En virtud del Reglamento, el tribunal que recibe una solicitud para abrir un procedimiento de insolvencia toma la decisión sobre el centro de los principales intereses en el momento de examinarla. En el marco de la Ley Modelo, la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero puede presentarse en cualquier momento después de la apertura del procedimiento; en algunos casos se ha presentado varios años después. Así pues, el tribunal que analiza una solicitud de reconocimiento en virtud de la Ley Modelo debe determinar si el procedimiento extranjero en cuestión tiene lugar en un foro que era el centro de los principales intereses del deudor en el momento de iniciarse (la cuestión del momento de la determinación del centro de los principales intereses se analiza en los párrs. 157 a 160). A pesar de los propósitos diferentes que se mencionan en los dos instrumentos, la jurisprudencia relativa a la interpretación del concepto de centro de los principales intereses en el Reglamento del Consejo Europeo puede ser pertinente para interpretarlo en la Ley Modelo.

142. La presunción establecida en el artículo 16, párrafo 3, ha dado lugar a considerable análisis, más comúnmente en el contexto de los deudores

empresariales que en el de los individuales, análisis este que se ha centrado en las pruebas necesarias para impugnarla. El centro de los principales intereses del deudor puede ser el lugar de su domicilio social, en cuyo caso no habrá motivo para impugnar la presunción.

143. No obstante, cuando un representante extranjero solicite el reconocimiento de un procedimiento extranjero como procedimiento principal y parezca haber una diferencia entre el lugar del domicilio social del deudor y el presunto centro de sus principales intereses, la parte que alegue que este no es el lugar de su domicilio social deberá probar al tribunal dónde se encuentra. El tribunal del Estado promulgante deberá considerar por sí mismo cuál es el lugar del centro de los principales intereses del deudor.

Centro de los principales intereses

144. El concepto de centro de los principales intereses del deudor es fundamental para el funcionamiento de la Ley Modelo³². Esta trata con más deferencia a los procedimientos abiertos en ese lugar y prevé medidas automáticas más inmediatas en esos casos. Los atributos esenciales del centro de los principales intereses del deudor se corresponden con los atributos que permitirán a quienes hagan negocios con este (especialmente a los acreedores) determinar el lugar en que es probable que se abra un procedimiento de insolvencia relativo a él. Como ya se ha indicado, en la Ley Modelo se establece la presunción de que el lugar que corresponde a esos atributos es el del domicilio social del deudor. Sin embargo, en realidad, el centro de los principales intereses del deudor puede no coincidir con el lugar de su domicilio social, y la Ley Modelo prevé la posibilidad de impugnar esa presunción cuando esté situado en un lugar que no sea el de su domicilio social. En esas circunstancias, el centro de los principales intereses se determinará por medio de otros factores que indiquen a los que hacen negocios con el deudor (especialmente los acreedores) dónde se encuentra. Así pues, es importante considerar los factores que por sí solos puedan indicar que el centro de los principales intereses del deudor es determinado Estado.

Factores pertinentes para determinar el centro de los principales intereses

145. En la mayoría de los casos, los factores más importantes que se exponen a continuación, considerados globalmente, tenderán a indicar si el lugar

³² Como se indicó en el párrafo 82, el concepto de centro de los principales intereses es también básico en el régimen establecido en el Reglamento del Consejo Europeo.

en el que se abrió el procedimiento extranjero es el centro de los principales intereses del deudor. Esos factores son el lugar *a)* en que se lleve a cabo la administración central del deudor, y *b)* que sea de fácil comprobación para los acreedores. Más adelante, en los párrafos 157 a 160, se examina la cuestión de la fecha en que esos factores habrán de analizarse a fin de determinar el lugar del centro de los principales intereses del deudor.

146. Cuando esos factores más importantes no se presten para determinarlo fácilmente, podrán considerarse otros factores relacionados con los negocios del deudor. Tal vez el tribunal tenga que asignar mayor o menor importancia a determinado factor, según las circunstancias del caso. No obstante, siempre ha de considerarse que el proceso es integral y está encaminado a determinar que el lugar del procedimiento extranjero se corresponda efectivamente con el del centro de los principales intereses del deudor, fácilmente comprobable por los acreedores.

147. El orden en el que se enumeran los otros factores a continuación no tiene por objeto indicar la prioridad ni la importancia que ha de darse a cada uno de ellos, ni tampoco se trata de una lista exhaustiva de los factores pertinentes; el tribunal podría considerar aplicables otros factores en un caso determinado. Entre ellos cabe citar los siguientes: el lugar en que se encuentran los archivos y los libros de contabilidad del deudor; el lugar en el que se organizaba o autorizaba la financiación o se administraba el sistema de gestión del efectivo; el lugar en que se hallan los bienes u operaciones principales del deudor; el lugar en que se encuentra el banco principal del deudor; el lugar en el que estaban sus empleados; el lugar en el que se determinaba la política comercial; la jurisdicción de la legislación de control o de la legislación por la que se regían los principales contratos de la empresa; el lugar desde el que se gestionaba la política de compras y ventas, el personal, las cuentas por pagar y los sistemas informáticos; el lugar en el que se organizaban los contratos (de suministro); el lugar desde el que se dirige la reorganización de la empresa del deudor; la jurisdicción cuya legislación se aplicaba a la mayoría de los litigios; el lugar en que el deudor era objeto de supervisión o reglamentación, y el lugar por cuya legislación se regía la preparación y auditoría de las cuentas y en el que estas se preparaban y auditaban.

Traslado del centro de los principales intereses

148. El centro de los principales intereses del deudor puede trasladarse antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, en algunos casos en fecha muy próxima a esa apertura, e incluso entre el momento de la solicitud

de apertura y la apertura efectiva del procedimiento³³. Siempre que haya pruebas de que se ha realizado un traslado en fecha muy próxima a la apertura del procedimiento extranjero, puede ser conveniente que el tribunal ante el que se recurra, al determinar si reconoce o no el procedimiento, considere más detenidamente los factores indicados en los párrafos 145 y 147 y tenga en cuenta las circunstancias del deudor de manera más amplia. En particular, la condición de que los terceros puedan determinar fácilmente cuál es el centro de los principales intereses será más difícil de cumplir si el traslado de este ha tenido lugar en una fecha muy próxima a la apertura del procedimiento.

149. No es probable que un deudor pueda trasladar su domicilio social (o su residencia habitual) tras la apertura del procedimiento de insolvencia, ya que en muchos casos el régimen de la insolvencia contiene disposiciones especiales para impedirlo. En cualquier caso, si eso ocurriera, no afectaría a la decisión sobre el centro de los principales intereses a efectos de la Ley Modelo, ya que la fecha que se ha de tener en cuenta para determinarlo es la de la apertura del procedimiento extranjero (véanse los párrs. 157 a 159).

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

- | | |
|---|--|
| a) <i>Ley Modelo</i> | A/CN.9/738, párrs. 22 a 30. |
| A/52/17, párrs. 204 a 206. | A/CN.9/WG.V/WP.103, Add.1,
párrs. 122, 122A y 123A a K. |
| A/CN.9/WG.V/WP.46, pág. 13. | A/CN.9/742, párrs. 41 a 56. |
| A/CN.9/435, párrs. 170 a 172. | A/CN.9/WG.V/WP.107, párrs. 122B,
123A a G, 123I y 123K a M. |
| b) <i>Guía para la incorporación</i> | A/CN.9/763, párrs. 29 a 48. |
| A/CN.9/442, párrs. 122 y 123. | A/CN.9/WG.V/WP.112, párrs. 122 a
122B y 123A a D, F, G, I, K y M. |
| c) <i>Guía para la incorporación e
interpretación</i> | A/CN.9/766, párrs. 33 a 40. |
| A/68/17, párr. 197. | |
| A/CN.9/715, párrs. 14 y 15, 38 a 41,
44 y 45. | |

³³ En algunos casos, el traslado tiene por objeto dar acceso al deudor a un proceso de insolvencia por ejemplo, de reorganización-, que atienda más a sus necesidades que el que le ofrece la legislación del antiguo centro de sus principales intereses. En otros, puede estar encaminado a frustrar las expectativas legítimas de los acreedores y terceros.

*Artículo 17. Resolución de reconocimiento
de un procedimiento extranjero*

1. Salvo lo dispuesto en el artículo 6, se otorgará reconocimiento a un procedimiento extranjero cuando:
 - a) El procedimiento extranjero sea un procedimiento en el sentido del inciso a) del artículo 2;
 - b) El representante extranjero que solicite el reconocimiento sea una persona o un órgano en el sentido del inciso d) del artículo 2;
 - c) La solicitud cumpla los requisitos del párrafo 2 del artículo 15; y
 - d) La solicitud haya sido presentada al tribunal competente conforme al artículo 4.
2. Se reconocerá el procedimiento extranjero:
 - a) Como procedimiento extranjero principal, si se está tramitando en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses; o
 - b) Como procedimiento extranjero no principal, si el deudor tiene en el territorio del Estado del foro extranjero un establecimiento en el sentido del inciso f) del artículo 2.
3. Se dictará a la mayor brevedad posible la resolución relativa al reconocimiento de un procedimiento extranjero.
4. Lo dispuesto en los artículos 15, 16, 17 y 18 no impedirá que se modifique o revoque el reconocimiento caso de demostrarse la ausencia parcial o total de los motivos por los que se otorgó, o que esos motivos han dejado de existir.

Párrafo 1

150. La finalidad del artículo 17 es indicar que, si el reconocimiento no es contrario al orden público del Estado promulgante (véase el artículo 6) y si la solicitud cumple los requisitos enunciados en el artículo, se concederá sin más el reconocimiento.

151. Al decidir si otorga o no el reconocimiento de un procedimiento extranjero, el tribunal ante el que se recurra estará limitado por los requisitos jurisdiccionales enunciados en la definición. Esto exige determinar si se trata de un procedimiento extranjero de conformidad con el artículo 2, inciso a). La Ley Modelo no prevé que el tribunal ante el que se recurra proceda a

examinar si el procedimiento extranjero se abrió correctamente de conformidad con el derecho aplicable; siempre y cuando el procedimiento reúna los requisitos estipulados en el artículo 15 y no sea pertinente el artículo 6, deberá otorgarse el reconocimiento de conformidad con el artículo 17.

152. Al adoptar su decisión sobre el reconocimiento, el tribunal ante el que se recurra podrá tener debidamente en cuenta todas las decisiones y órdenes del tribunal que haya abierto el procedimiento y toda información que pueda haberse presentado a ese tribunal. Esas órdenes o decisiones no son vinculantes para el tribunal ante el que se recurra en el Estado promulgante, que debe cerciorarse por sí mismo de que el procedimiento extranjero reúna los requisitos del artículo 2. No obstante, el tribunal puede basarse, de conformidad con las presunciones establecidas en el artículo 16, párrafos 1 y 2 (véase el párr. 138), en la información que figure en los certificados y documentos presentados en apoyo de la solicitud de reconocimiento. En las circunstancias apropiadas, esa información le ayudaría en sus deliberaciones.

153. En consecuencia, será más sencillo obtener el reconocimiento del procedimiento extranjero si el tribunal que lo abra menciona en sus órdenes cualquier información que permita decidir al tribunal ante el que se recurra que se trata de un procedimiento extranjero en el sentido del artículo 2. Eso será especialmente útil cuando el tribunal que abra el procedimiento conozca el carácter internacional del deudor o de sus negocios y la probabilidad de que se solicite el reconocimiento del procedimiento en el marco de la Ley Modelo. Las mismas consideraciones serían aplicables al nombramiento y reconocimiento del representante extranjero.

Párrafo 2

154. El artículo 17, párrafo 2, establece la distinción básica entre un procedimiento extranjero “principal” y los procedimientos extranjeros que no merecen esa calificación, lo que depende de la base jurisdiccional del foro extranjero para abrir el procedimiento (véase el párr. 88). Las medidas dimanantes del reconocimiento pueden depender de la categoría que se asigne al procedimiento extranjero. Por ejemplo, el reconocimiento de un procedimiento “principal” conlleva una paralización automática de toda acción o ejecución individual de los acreedores cuyos efectos recaigan sobre los bienes del deudor (artículo 20, párrafo 1, incisos *a*) y *b*) y la “congelación” automática de esos bienes (artículo 20, párrafo 1, inciso *c*)), con ciertas excepciones mencionadas en el artículo 20, párrafo 2.

155. No es conveniente enunciar más de un criterio para calificar a un procedimiento extranjero de “principal” y disponer que cualquiera de esos

criterios puede servir de base para hacerlo. Ese enfoque de “criterios múltiples” podría ser un semillero de conflictos entre solicitudes contrapuestas de reconocimiento como procedimiento principal.

156. Respecto del párrafo 2, inciso *b*), como se observó anteriormente en el párrafo 85, la Ley Modelo no tiene previsto el reconocimiento de un procedimiento extranjero abierto en un Estado en el que el deudor tenga bienes, pero no un establecimiento en el sentido del artículo 2, inciso *c*).

Fecha de la determinación del centro de los principales intereses y el establecimiento

157. La Ley Modelo no indica expresamente la fecha pertinente para determinar el centro de los principales intereses del deudor.

158. En el artículo 17, párrafo 2, inciso *a*), se dispone que el procedimiento extranjero se reconocerá como procedimiento principal “si se *está* tramitando en el Estado donde el deudor *tenga* el centro de sus principales intereses” [*cursivas añadidas*]. El uso del tiempo presente en el artículo 17 no resuelve la cuestión de la fecha pertinente, sino que exige que el procedimiento extranjero esté en curso o pendiente en el momento de adoptarse la decisión sobre el reconocimiento; si en ese momento el procedimiento respecto del cual se solicita el reconocimiento no está ya en curso ni pendiente en el Estado en el que se procedió a su apertura (es decir, si ya no “se está tramitando” porque se le puso fin o se cerró), no habrá un procedimiento que reúna las condiciones para ser reconocido en virtud de la Ley Modelo.

159. Con respecto a la fecha en que ha de determinarse el centro de los principales intereses del deudor, habida cuenta de las pruebas que han de presentarse junto con la solicitud de reconocimiento, de conformidad con el artículo 15, y de la importancia asignada a la resolución por la que se declara abierto el procedimiento extranjero y se nombra al representante extranjero, la fecha adecuada es la de la apertura de ese procedimiento³⁴. Si la actividad comercial del deudor cesa tras la apertura del procedimiento extranjero, lo único que podrá haber en el momento de la solicitud de reconocimiento que indique el centro de los principales intereses del deudor será el procedimiento extranjero y la actividad del representante extranjero en relación con la administración de la masa de la insolvencia. En ese caso, la determinación

³⁴En algunos regímenes de la insolvencia, los efectos de la apertura se retrotraen a la fecha de la solicitud de apertura, o la fecha de la solicitud pasa a ser automáticamente la de la apertura. En ambos casos conviene tener en cuenta la fecha de apertura para la determinación del centro de los principales intereses, ya que la Ley Modelo solo se ocupa de los procedimientos extranjeros existentes y del momento en que se iniciaron.

del centro de los principales intereses del deudor por referencia a la fecha de la apertura de ese procedimiento tendría un resultado claro. El mismo razonamiento puede aplicarse en el caso de una reorganización, en que, con arreglo a algunas leyes, no es el deudor el que sigue teniendo un centro de los principales intereses, sino la entidad encargada de la reorganización. En esas circunstancias se cumple claramente el requisito del procedimiento extranjero que se está tramitando de conformidad con el artículo 17, párrafo 2, inciso *a*), y debería poder obtenerse el reconocimiento. Además, tomar la fecha de apertura como base para determinar el centro de los principales intereses es un criterio que puede aplicarse con certeza en todos los procedimientos de insolvencia.

160. Cabe emplear el mismo razonamiento en lo que respecta a la fecha en que ha de determinarse la existencia de un establecimiento del deudor, es decir, para hacerlo deberá tenerse en cuenta la fecha de la apertura del procedimiento extranjero.

Abuso del proceso

161. Una inquietud que ha surgido con respecto a la solicitud de reconocimiento es si el tribunal debería poder tener en cuenta que se está cometiendo un abuso del proceso como fundamento para denegar el reconocimiento. Ninguna de las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI, por sí misma, da a entender que cuando se solicite un reconocimiento deban tenerse en cuenta circunstancias externas. La Ley Modelo prevé que la respuesta a la solicitud venga determinada por los criterios concretos establecidos en las definiciones de “procedimiento extranjero”, “procedimiento extranjero principal” y “procedimiento extranjero no principal”. Dado que lo que constituye abuso del proceso depende de la legislación o las normas procesales internas, la Ley Modelo no impide expresamente que los tribunales ante los que se recurra apliquen la legislación o las normas procesales internas para hacer frente a lo que se considere abuso del proceso. No obstante, cabe tener presente la finalidad más amplia de la Ley Modelo, a saber, la de promover la cooperación internacional como medio de optimizar los resultados para todos los interesados, como se establece en el artículo 1, así como los orígenes internacionales de la Ley Modelo y la necesidad de promover su aplicación uniforme, como se dispone en el artículo 8. Los tribunales que consideren la posibilidad de aplicar las leyes y normas procesales internas en esos casos podrían recordar también que la excepción de orden público prevista en el artículo 6 (véanse los párrs. 101 a 104) ha de interpretarse en sentido estricto e invocarse únicamente cuando la adopción de una medida con arreglo a la Ley Modelo sea manifiestamente contraria al orden público de un Estado. Como regla general, el artículo 6 muy

raramente debería servir de base para denegar el reconocimiento, si bien sí podría servir de base para limitar la naturaleza de las medidas otorgadas.

162. Si el solicitante declara con falsedad que el centro de los principales intereses se encuentra en determinado Estado, el tribunal ante el que se recurra podrá determinar que se ha incurrido en abuso deliberado del proceso. La Ley Modelo no impide que dicho tribunal aplique las leyes o las normas procesales internas para hacer frente a esa clase de abuso.

Párrafo 3

163. La prontitud con la que el representante extranjero obtenga su reconocimiento (y el subsiguiente derecho a invocar, en particular, los artículos 20, 21, 23 y 24) suele ser esencial para poder proteger los bienes del deudor contra cualquier tentativa de dispersión u ocultación. Por esa razón, en el párrafo 3 se exige que el tribunal decida acerca de la solicitud “a la mayor brevedad posible”. La expresión “a la mayor brevedad posible” tiene cierta elasticidad. Puede haber casos que sean tan claros que el proceso de reconocimiento pueda realizarse en unos días. En otros, particularmente cuando se impugne el reconocimiento, “a la mayor brevedad posible” podría significar meses. Cuando sea necesario dictar una orden mientras esté pendiente la resolución sobre la solicitud de reconocimiento podrán otorgarse las medidas oportunas con carácter provisional.

Párrafo 4

164. Normalmente, toda decisión de reconocer un procedimiento extranjero se podrá reconsiderar y revocar, al igual que cualquier otra decisión judicial. El párrafo 4 aclara que el reconocimiento podrá reconsiderarse si se demuestra la ausencia total o parcial de motivos para haberlo concedido, o si, de haber habido esos motivos, estos han dejado de existir.

165. La modificación o revocación de la decisión de reconocimiento puede ser consecuencia de un cambio de circunstancias posterior a su adopción, por ejemplo, si el procedimiento extranjero reconocido se ha dado por concluido o ha pasado a ser de distinta índole (por ejemplo, si la reorganización pasa a ser liquidación), o si las condiciones del nombramiento del representante extranjero han variado o el nombramiento se ha revocado. También pueden surgir nuevos hechos que exijan o justifiquen que el tribunal cambie su decisión, por ejemplo, si el representante extranjero ha hecho caso omiso de las condiciones por él impuestas al otorgar las correspondientes medidas.

La posibilidad de que el tribunal reconsidere la decisión de reconocimiento se ve reforzada por la obligación que impone el artículo 18 al representante extranjero en el sentido de informarle de los cambios de circunstancias.

166. El reconocimiento también podrá ser reconsiderado si al otorgarlo no se han observado los requisitos procesales necesarios. Algunas veces el derecho procesal interno faculta al tribunal de apelación para reconsiderar los méritos de la causa en su totalidad, incluidas las cuestiones de hecho. Sería compatible con el propósito de la Ley Modelo y con la índole de la resolución por la que se otorgue el reconocimiento (que se limita a verificar si la solicitud reúne los requisitos del artículo 17) que la reconsideración de este se limitara únicamente a la cuestión de verificar si, al decidir otorgarlo, se respetaron los requisitos de los artículos 15 y 16.

Notificación de la decisión por la que se reconoce un procedimiento extranjero

167. Como se observó anteriormente, en los párrafos 135 y 136, la Ley Modelo no se ocupa de los aspectos procesales de la obligación de notificar el reconocimiento, sino que los deja al arbitrio de la norma de derecho interno que les sea aplicable.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) Ley Modelo

A/52/17, párrs. 29 a 33, 201 y 202.

A/CN.9/419, párrs. 62 a 69.

A/CN.9/WG.V/WP.44, págs. 13 a 15.

A/CN.9/422, párrs. 76 a 93.

A/CN.9/WG.V/WP.46, págs. 12 y 13.

A/CN.9/433, párrs. 99 a 104.

A/CN.9/WG.V/WP.48, págs. 13 a 16.

A/CN.9/435, párrs. 167 y 173.

b) Guía para la incorporación

A/CN.9/436, párrs. 68 y 69.

A/CN.9/442, párrs. 124 a 131.

c) Guía para la incorporación e interpretación

A/CN.9/715, párrs. 14, 15 y 32 a 35.

A/CN.9/738, párrs. 33 a 35.

A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1, párrs. 124 a 124C, 126, 128A a E, 125, 129 y 130.

A/CN.9/742, párrs. 57 a 62.

A/CN.9/WG.V/WP.107, párrs. 124B y C, 128A y C, 123J, 125, 130 y 131.

A/CN.9/763, párrs. 49 a 55.

A/CN.9/WG.V/WP.112, párrs. 124 a 124C, 128A a D, 123J y L, 125 y 129 a 131.

A/CN.9/766, párrs. 41 a 44.

Artículo 18. Información subsiguiente

A partir del momento en que se presente la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero informará sin demora al tribunal de:

- a) Todo cambio importante en la situación del procedimiento extranjero reconocido o en el nombramiento del representante extranjero; y
- b) Todo otro procedimiento extranjero que se siga respecto del mismo deudor y del que tenga conocimiento el representante extranjero.

Inciso a)

168. El artículo 18 impone al representante extranjero la obligación de informar con prontitud al tribunal de “todo cambio importante en la situación del procedimiento extranjero reconocido o en el nombramiento del representante extranjero” que se haya producido tras la presentación de la solicitud de reconocimiento del procedimiento. La finalidad de esa obligación es permitir que el tribunal modifique las consecuencias del reconocimiento o les ponga término. Como ya se indicó, es posible que, una vez presentada la solicitud de reconocimiento u otorgado este, se produzcan cambios en el procedimiento extranjero que habrían afectado a la decisión de otorgarlo o de otorgar medidas sobre la base del reconocimiento, por ejemplo, la terminación del procedimiento extranjero o su conversión en otra clase de procedimiento. En el inciso *a)* se tiene en cuenta que suelen producirse cambios técnicos en la situación del procedimiento o en el nombramiento del representante extranjero, pero que solo algunos de esos cambios afectarían la decisión relativa a las medidas otorgables o la de reconocer el procedimiento; por consiguiente, la disposición se limita a exigir que se informe de todo cambio “importante”. Es esencial que el tribunal esté informado de esas modificaciones cuando su decisión de reconocimiento concierna a un procedimiento extranjero “de índole provisional” o a un representante extranjero nombrado “a título provisional” (véase el artículo 2, incisos *a)* y *d)*).

Inciso b)

169. El artículo 15, párrafo 3, exige que toda solicitud de reconocimiento vaya acompañada de una declaración en la que se indiquen debidamente los datos de todos los procedimientos extranjeros relativos al deudor de que tenga conocimiento el representante extranjero. El artículo 18, inciso *b)*, hace extensivo ese deber al período posterior a la presentación de la solicitud

de reconocimiento. Esa información permitirá al tribunal considerar si procede coordinar las medidas cautelares ya otorgadas con el procedimiento de insolvencia iniciado después del reconocimiento (véase el artículo 30) y facilitar la cooperación de conformidad con el capítulo IV.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) Ley Modelo

A/52/17, párrs. 113 a 116, 201, 202 y 207.

A/CN.9/WG.V/WP.48, pág. 15.

b) Guía para la incorporación

A/CN.9/442, párrs. 133 y 134.

c) Guía para la incorporación e interpretación

A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1, párrs. 133 y 134.

A/CN.9/742, párr. 63.

A/CN.9/WG.V/WP.107, párrs. 133 y 134.

A/CN.9/763, párr. 56.

A/CN.9/WG.V/WP.112, párrs. 133 y 134.

A/CN.9/766, párr. 45.

Artículo 19. Medidas otorgables a partir de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. Desde la presentación de una solicitud de reconocimiento hasta que se resuelva esa solicitud, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero y cuando las medidas sean necesarias y urgentes para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, otorgar medidas provisionales, incluidas las siguientes:

a) Paralizar toda medida de ejecución contra los bienes del deudor;

b) Encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona designada por el tribunal, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor que se encuentren en el territorio de este Estado, para proteger y preservar el valor de aquellos que, por su naturaleza o por circunstancias concurrentes, sean percederos, susceptibles de devaluación, o estén amenazados por cualquier otra causa;

c) Aplicar cualquiera de las medidas previstas en los incisos *c)*, *d)* y *g)* del párrafo 1 del artículo 21.

2. *[Insértense las disposiciones (o hágase una remisión a las disposiciones vigentes en el Estado promulgante) relativas a la notificación].*

3. A menos que se prorroguen con arreglo a lo previsto en el inciso *f*) del párrafo 1 del artículo 21, las medidas otorgadas con arreglo al presente artículo quedarán sin efecto cuando se dicte una resolución sobre la solicitud de reconocimiento.

4. El tribunal podrá denegar toda medida prevista en el presente artículo cuando esa medida afecte al desarrollo de un procedimiento extranjero principal.

170. El artículo 19 trata de las medidas “necesarias y urgentes” que el tribunal podrá decretar a su arbitrio a partir del momento en que se solicite el reconocimiento (a diferencia de las previstas en el artículo 21, que quedan al arbitrio del tribunal, pero solo pueden otorgarse a partir del reconocimiento).

171. El artículo 19 faculta al tribunal para conceder ciertas medidas que suelen poderse otorgar únicamente en procedimientos de insolvencia colectivos (es decir, del mismo tipo que las previstas en el artículo 21), a diferencia de las medidas “individuales” que pueden otorgarse antes del comienzo del procedimiento de insolvencia con arreglo al derecho procesal civil (es decir, en relación con determinados bienes individualizados por un acreedor). No obstante, las medidas “colectivas” discrecionales previstas en el artículo 19 son algo más restringidas que las previstas en el artículo 21.

172. La razón por la que se dispone de esas medidas colectivas, si bien en forma limitada, es que, antes de adoptar una decisión sobre el reconocimiento, puede ser necesario dictar medidas cautelares colectivas urgentes a fin de proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores. De excluirse esas medidas colectivas, se frustrarían esos objetivos. Por otra parte, como el reconocimiento aún no ha sido concedido, solo pueden otorgarse medidas urgentes y provisionales. Se alude a la urgencia de las medidas al comienzo del párrafo 1, en tanto que en el párrafo 1, inciso *a*), se restringe la paralización a las medidas de ejecución, y la medida a que se hace referencia en el inciso *b*) se limita a los bienes perecederos, los susceptibles de devaluación o los amenazados por cualquier otra causa. Por lo demás, las medidas previstas en el artículo 19 son esencialmente iguales a las previstas en el artículo 21.

Párrafo 2

173. En muchos ordenamientos se exige que el representante de la insolvencia, a instancias del tribunal, o el propio tribunal, dé aviso cuando se

otorgue alguna de las medidas previstas en el artículo 19. El párrafo 2 sería el lugar adecuado para que el Estado promulgante dispusiera lo procedente en materia de notificación.

Párrafo 3

174. Las medidas que se otorguen con arreglo al artículo 19 son provisionales, ya que, a tenor del párrafo 3, quedarán sin efecto cuando se dicte una resolución sobre la solicitud de reconocimiento; no obstante, el tribunal podrá prorrogarlas conforme a lo previsto en el artículo 21, párrafo 1, inciso *f*). Tal vez desee hacerlo, por ejemplo, para evitar toda discontinuidad temporal entre las medidas dictadas antes y después del reconocimiento.

Párrafo 4

175. El artículo 19, párrafo 4, al igual que el artículo 30, inciso *a*), tiene por objeto garantizar que, en caso de estar pendiente un procedimiento extranjero principal, toda medida otorgada a un procedimiento no principal sea compatible (o no interfiera) con el procedimiento principal. Para facilitar esa coordinación de las medidas previas al reconocimiento con el procedimiento extranjero principal, el artículo 15, párrafo 3, exige que el representante extranjero que solicite el reconocimiento adjunte a su solicitud una declaración en la que se indiquen debidamente los datos de todo procedimiento extranjero relativo al deudor del que tenga conocimiento.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) Ley Modelo

A/52/17, párrs. 34 a 46.

A/CN.9/419, párrs. 174 a 177.

A/CN.9/WG.V/WP.44, págs. 22 y 23.

A/CN.9/422, párrs. 116, 119, 122 y 123.

A/CN.9/WG.V/WP.46, págs. 9 y 13 a 16.

A/CN.9/433, párrs. 110 a 114.

A/CN.9/435, párrs. 17 a 23.

b) Guía para la incorporación

A/CN.9/436, párrs. 71 a 75.

A/CN.9/442, párrs. 135 a 140.

c) Guía para la incorporación e interpretación

A/CN.9/WG.V/WP.107, párrs. 135 a 140.

A/CN.9/763, párr. 57.

A/CN.9/WG.V/WP.48, págs. 16 y 17.

A/CN.9/WG.V/WP.112, párrs. 135 a 140.

A/CN.9/766, párr. 46.

*Artículo 20. Efectos del reconocimiento de
un procedimiento extranjero principal*

1. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero que sea un procedimiento principal:

a) Se paralizará la iniciación o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;

b) Se paralizará asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor; y

c) Se suspenderá todo derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes.

2. El alcance, la modificación y la extinción de los efectos de paralización y suspensión de que trata el párrafo 1 del presente artículo estarán supeditados a [*indíquese toda norma de derecho interno relativa a la insolvencia que sea aplicable a las excepciones, las limitaciones, las modificaciones o la extinción referentes a los efectos de paralización y suspensión de que trata el párrafo 1 del presente artículo*].

3. El inciso *a)* del párrafo 1 del presente artículo no afectará al derecho de iniciar acciones o procedimientos individuales en la medida en que ello sea necesario para preservar un crédito contra el deudor.

4. El párrafo 1 del presente artículo no afectará al derecho de solicitar el inicio de un procedimiento con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*] o a presentar créditos en ese procedimiento.

176. Si bien las medidas que se otorguen con arreglo a los artículos 19 y 21 son discrecionales, los efectos previstos en el artículo 20 no lo son, ya que dimanar automáticamente del reconocimiento del procedimiento extranjero principal. Otra diferencia entre las medidas cautelares discrecionales de los artículos 19 y 21 y los efectos previstos en el artículo 20 es que las medidas discrecionales podrán ser dictadas en favor de procedimientos principales y no principales, mientras que los efectos automáticos se aplican únicamente al procedimiento principal. En los artículos 14, 23 y 24 se mencionan otros efectos del reconocimiento.

177. Si el derecho interno exige un mandato judicial adecuado a fin de hacer operativos los efectos del artículo 20, para que se cumpla la finalidad

del artículo convendría que el Estado promulgante hiciera constar (tal vez al comienzo del párrafo 1) la obligación del tribunal de dictar un mandato por el que rigieran las consecuencias mencionadas en los incisos *a)* a *c)* de ese párrafo.

178. Los efectos automáticos del artículo 20 son necesarios a fin de dar margen para organizar un procedimiento de insolvencia transfronteriza ordenado y equitativo. Para lograr esos beneficios, se justifica que el Estado promulgante (es decir, un Estado en el que la presencia comercial del deudor insolvente es limitada) imponga al deudor los efectos del artículo 20, aun cuando el Estado en que tenga el centro de sus principales intereses imponga otras condiciones (tal vez menos estrictas) para la apertura de un procedimiento de insolvencia, o aun cuando los efectos automáticos del procedimiento de insolvencia en el Estado de origen sean distintos de los efectos del artículo 20 en el Estado promulgante. Este enfoque refleja un principio básico de la Ley Modelo, según el cual el reconocimiento de un procedimiento extranjero por un tribunal del Estado promulgante tiene efectos que se consideran necesarios para una tramitación ordenada y equitativa del procedimiento de insolvencia transfronteriza. Así pues, el reconocimiento tiene sus propios efectos, que no consisten en incorporar los efectos de la ley del foro extranjero al régimen interno de la insolvencia del Estado promulgante. Si en algún caso el reconocimiento ocasiona resultados contrarios a los intereses legítimos de alguna parte, incluido el deudor, la ley del Estado promulgante debería incluir medios adecuados de protección, como se indica en el artículo 20, párrafo 2 (y se examina más adelante, en el párrafo 184).

179. A tenor del artículo 2, inciso *a)*, los efectos del reconocimiento se hacen extensivos al procedimiento extranjero “de índole provisional”. Eso es necesario porque, como se explicó en el párrafo 79, no conviene establecer distinción alguna en el trato otorgado a un procedimiento de insolvencia (siempre y cuando cumpla los requisitos del artículo 2, inciso *a)*) por el mero hecho de que sea de índole provisional. Si, tras su reconocimiento, el procedimiento “provisional” extranjero dejara de tener base suficiente para los efectos automáticos del artículo 20, podrá revocarse la paralización automática a tenor de lo que disponga la ley del Estado promulgante, conforme a lo previsto en el artículo 20, párrafo 2. (Véase también el artículo 18, que trata de la obligación del representante extranjero de informar al tribunal sin demora de “todo cambio importante en la situación del procedimiento extranjero reconocido o en el nombramiento del representante extranjero”.)

180. El párrafo 1, inciso *a)*, al no hacer distinción entre los diversos tipos de acciones individuales, abarca también las entabladas ante un tribunal arbitral. De este modo, el artículo 20 establece una limitación imperativa a

la eficacia eventual de todo acuerdo de arbitraje. Se trata de una limitación adicional a toda otra impuesta por el derecho interno a la autonomía contractual de las partes en materia de arbitraje (por ejemplo, en cuanto a la materia arbitrable o a la capacidad para concluir un acuerdo de arbitraje). Esas limitaciones no son contrarias al Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958³⁵. Sin embargo, habida cuenta de las particularidades del arbitraje internacional, en particular su independencia relativa del orden jurídico interno del Estado en que se celebra, tal vez en la práctica no siempre sea posible paralizar automáticamente las actuaciones arbitrales. Por ejemplo, si el arbitraje no se celebra en el Estado promulgante ni en el Estado en que tenga lugar el procedimiento principal, puede ser difícil paralizar el procedimiento arbitral. Por otro lado, el interés de las partes puede ser una razón para que se permita proseguir un procedimiento arbitral, posibilidad prevista en el párrafo 2 y que se deja al arbitrio del Estado promulgante.

181. El párrafo 1, inciso *a*), no solo se refiere a las acciones, sino también a los procedimientos “individuales”, a fin de abarcar, además de las “acciones” entabladas por acreedores ante un tribunal contra el deudor o sus bienes, las medidas de ejecución iniciadas por los acreedores al margen del sistema judicial, medidas que, en algunos ordenamientos, los acreedores están habilitados para tomar en determinadas condiciones. Se agregó el inciso *b*) al párrafo 1 para dejar bien claro que las ejecuciones contra los bienes del deudor están cubiertas por la paralización.

182. La Ley Modelo no trata de las sanciones que podrían imponerse a los actos ejecutados en contravención de la suspensión de la transmisión de bienes prevista en el artículo 20, párrafo 1, inciso *c*). Esas sanciones varían de un ordenamiento a otro; pueden comprender sanciones penales, penas civiles y multas, o dejar sin efecto o anular los propios actos. Cabe observar que, desde el punto de vista de los acreedores, la finalidad principal de esas sanciones es facilitar la recuperación para el procedimiento de insolvencia de cualesquiera bienes que hayan sido indebidamente transmitidos por el deudor y, con ese fin, es preferible dejar sin efecto esas operaciones, en lugar de imponer sanciones penales o administrativas al deudor.

Párrafo 2

183. Pese a la índole “automática” o “imperativa” de los efectos previstos en el artículo 20, se dispone expresamente que el alcance de estos dependerá de las excepciones o limitaciones impuestas por el derecho interno del

³⁵Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, núm 4739.

Estado promulgante. Esas excepciones podrán ser, por ejemplo, la ejecución de créditos garantizados, pagos del deudor en el giro normal de sus negocios, la presentación de una acción judicial por créditos surgidos tras el comienzo del procedimiento de insolvencia (o tras el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal) o el perfeccionamiento de una operación en curso en el mercado financiero.

184. En ocasiones puede ser conveniente que el tribunal modifique o extinga los efectos del artículo 20. Las normas por las que se faculta al tribunal para hacerlo varían de un país a otro. En algunos ordenamientos los tribunales están habilitados para conceder excepciones individuales a instancia de parte en las condiciones prescritas por la ley del foro, en tanto que en otros no gozan de esa facultad, conforme al principio de que, en general, no pueden soslayar la aplicación de una norma jurídica establecida. Si se va a conferir esa facultad a los tribunales, algunos ordenamientos normalmente exigirían que se precisaran los motivos por los que estos podrían modificar o extinguir los efectos automáticos del reconocimiento en virtud del artículo 20, párrafo 1. En consecuencia, el artículo 20, párrafo 2, dispone que la modificación o extinción de los efectos de paralización y suspensión prevista en ese artículo esté supeditada a la norma de derecho interno relativa a la insolvencia.

185. Por lo general es conveniente que las personas que puedan resultar perjudicadas por la paralización o suspensión prevista en el artículo 20, párrafo 1, tengan la posibilidad de ser oídas por el tribunal, el cual, en ese caso, debería estar facultado para modificar o extinguir esos efectos. Sería congruente con los objetivos de la Ley Modelo que el Estado promulgante enunciara la normativa aplicable a esta cuestión o se remitiera ella.

Párrafo 3

186. La Ley Modelo no se refiere a la posibilidad de que se interrumpa el plazo de prescripción de un crédito cuando el demandante no pueda entablar un procedimiento individual de resultados de la aplicación del artículo 20, párrafo 1, inciso *a*). No sería factible enunciar una norma armonizada al respecto; no obstante, a fin de proteger a los acreedores de la pérdida eventual de sus créditos de resultados de una paralización dimanante del artículo 20, párrafo 1, inciso *a*), se ha añadido el párrafo 3, por el que se permite iniciar acciones individuales en la medida en que eso sea necesario para preservar un crédito contra el deudor. Una vez preservado el crédito, la paralización recobra todo su alcance.

187. El párrafo 3 parecería innecesario en todo Estado en que baste que el acreedor presente al deudor una reclamación de pago o de cumplimiento, o que se decrete una paralización como la prevista en el párrafo 1, inciso a), para que se interrumpa el plazo de prescripción. No obstante, ese párrafo puede ser útil, incluso en esos Estados, debido a la posibilidad de que la interrupción del plazo de prescripción se rija, en virtud de alguna norma concerniente al conflicto de leyes, por el derecho interno de un Estado que no sea el promulgante. Además, se estaría dando la seguridad a los acreedores extranjeros de que sus créditos no se verían perjudicados en el Estado promulgante.

Párrafo 4

188. En el párrafo 4 se aclara que la paralización o suspensión automática prevista en el artículo 20 no impide a ninguno de los interesados, ni al representante ni a los acreedores extranjeros, solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia en el Estado promulgante ni participar en ese proceso. En los artículos 11 a 13 se abordan, en términos generales, el derecho a solicitar la apertura de un procedimiento local de insolvencia y el derecho a participar en él, en tanto que el artículo 29 regula la coordinación de los procedimientos extranjeros y del procedimiento local, en caso de iniciarse.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) Ley Modelo

A/52/17, párrs. 47 a 60.

A/CN.9/419, párrs. 137 a 143.

A/CN.9/WG.V/WP.44, págs. 15 a 19.

A/CN.9/422, párrs. 94 a 110.

A/CN.9/WG.V/WP.46, págs. 13 a 16.

A/CN.9/433, párrs. 115 a 126.

A/CN.9/WG.V/WP.48, págs. 17 y 18.

A/CN.9/435, párrs. 24 a 48.

b) Guía para la incorporación

A/CN.9/436, párrs. 76 a 79.

A/CN.9/442, párrs. 141 a 153.

c) Guía para la incorporación e interpretación

A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1, párrs. 141 y 143.

A/CN.9/742, párr. 64.

A/CN.9/WG.V/WP.107, párrs. 144 a 146, 149 y 151 a 153.

A/CN.9/763, párr. 58.

A/CN.9/WG.V/WP.112, párrs. 141, 143, 144 a 146, 149 y 151 a 153.

A/CN.9/766, párr. 47.

Artículo 21. Medidas otorgables a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero

1. Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero, ya sea principal o no principal, de ser necesario para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero, otorgar toda medida apropiada, incluidas las siguientes:

a) Paralizar la iniciación o la continuación de acciones o procedimientos individuales relativos a los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor, en cuanto no se hayan paralizado con arreglo al inciso *a)* del párrafo 1 del artículo 20;

b) Paralizar asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor, en cuanto no se haya paralizado con arreglo al inciso *b)* del párrafo 1 del artículo 20;

c) Suspender el ejercicio del derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de esos bienes de algún otro modo, en cuanto no se haya suspendido ese derecho con arreglo al artículo 20;

d) Disponer el examen de testigos, la presentación de pruebas o el suministro de información respecto de los bienes, negocios, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;

e) Encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona nombrada por el tribunal, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor, que se encuentren en el territorio de este Estado;

f) Prorrogar toda medida cautelar otorgada con arreglo al párrafo 1 del artículo 19;

g) Conceder cualquier otra medida que, conforme a la legislación de este Estado, sea otorgable a [*indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar una reorganización o una liquidación con arreglo al derecho interno*].

2. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, principal o no principal, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero, encomendar al representante extranjero, o a otra persona nombrada por el tribunal, la distribución de todos o de parte de los bienes del deudor que se encuentren en el territorio de este Estado, siempre que el tribunal se asegure de que los intereses de los acreedores en este Estado están suficientemente protegidos.

3. Al otorgar medidas con arreglo a este artículo al representante de un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que las medidas atañen a bienes que, con arreglo al derecho de este Estado, hayan de ser administrados en el marco del procedimiento extranjero no principal o que atañen a información requerida en ese procedimiento extranjero no principal.

189. Además de las medidas imperativas de paralización y suspensión establecidas en el artículo 20, la Ley Modelo autoriza al tribunal, después del reconocimiento de un procedimiento extranjero, a otorgar medidas que redunden en beneficio de ese procedimiento. Las medidas que pueden otorgarse en virtud del artículo 21 después del reconocimiento son discrecionales, como lo son también las que pueden otorgarse antes del reconocimiento en virtud del artículo 19. En el artículo 21, párrafo 1, se indican las medidas típicas o habituales de un procedimiento de insolvencia, pero esa lista no es exhaustiva, por lo que no limita innecesariamente la facultad del tribunal para otorgar cualquier otra medida aplicable con arreglo a la ley del foro que sea necesaria en las circunstancias del caso.

190. La explicación relativa al empleo de las expresiones “acciones individuales” y “procedimientos individuales” en el artículo 20, párrafo 1, inciso *a*), así como a abarcar las medidas de ejecución (véanse los párrs. 180 y 181), también se aplica al artículo 21, párrafo 1, inciso *a*).

191. La índole discrecional de las medidas cautelares hace que el tribunal pueda adaptarlas a las circunstancias del caso. Esa idea se ve reforzada por el artículo 22, párrafo 2, que le permite supeditar las medidas otorgadas a las condiciones que juzgue convenientes.

Párrafo 2

192. La “entrega” de bienes al representante extranjero (o a otra persona) prevista en el párrafo 2 es discrecional. Cabe mencionar que la Ley Modelo contiene varias salvaguardias encaminadas a proteger los intereses locales antes de proceder a la entrega de bienes al representante extranjero, entre ellas la declaración general del artículo 21, párrafo 1, del principio de amparo de los intereses locales; la salvedad enunciada en el artículo 21, párrafo 2, de que el tribunal no autorice la entrega de bienes sin haberse asegurado de que los intereses de los acreedores locales estén protegidos, y el artículo 22, párrafo 2, que permite al tribunal supeditar las medidas cautelares otorgadas a las condiciones que estime apropiadas.

Párrafo 3

193. Un factor relevante que ha de tenerse en cuenta al adaptar las medidas otorgadas es si el procedimiento extranjero es principal o no principal. Cabe tener presente que los intereses y la autoridad del representante de un procedimiento extranjero no principal en general son menores que los del representante de un procedimiento extranjero principal, quien normalmente

procura obtener el control de todos los bienes del deudor insolvente. El párrafo 3 recoge esa idea al disponer que: *a)* las medidas otorgadas a un procedimiento extranjero no principal se limiten a los bienes que hayan de administrarse en ese procedimiento, y *b)* si el representante extranjero solicita información sobre los bienes o negocios del deudor, las medidas otorgadas guarden relación con la información necesaria para ese procedimiento no principal. La finalidad es indicar al tribunal que las medidas otorgadas en favor de un procedimiento extranjero no principal no deben dar facultades demasiado amplias al representante extranjero y no deben interferir con la administración de otro procedimiento de insolvencia, menos aún con la del procedimiento principal.

194. La salvedad “con arreglo al derecho de este Estado” recoge el principio inspirador de la Ley Modelo de que el reconocimiento de un procedimiento extranjero no significa hacer extensivos al derecho interno del Estado promulgante los efectos prescritos para ese procedimiento por la ley del Estado extranjero. Por el contrario, el reconocimiento entraña atribuir al procedimiento extranjero las consecuencias previstas en el derecho interno del Estado promulgante.

195. La idea básica del artículo 21, párrafo 3, se refleja también en el artículo 19, párrafo 4 (medidas previas al reconocimiento), en el artículo 29, inciso *c)* (coordinación de un procedimiento extranjero con un procedimiento local) y en el artículo 30 (coordinación de varios procedimientos extranjeros).

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) Ley Modelo

A/52/17, párrs. 61 a 73.

A/CN.9/419, párrs. 148 a 152 y 154 a 166.

A/CN.9/WG.V/WP.44, págs. 15 a 19.

A/CN.9/422, párrs. 111 a 113.

A/CN.9/WG.V/WP.46, págs. 13 a 16.

A/CN.9/433, párrs. 127 a 134, 138 y 139.

A/CN.9/435, párrs. 49 a 61.

b) Guía para la incorporación

A/CN.9/436, párrs. 80 a 83.

A/CN.9/442, 154 a 159.

c) Guía para la incorporación e interpretación

A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1, párr. 154.

A/CN.9/742, párr. 65.

A/CN.9/WG.V/WP.48, págs. 18 y 19.

A/CN.9/WG.V/WP.107, párrs. 154, 156, 158 y 160.

A/CN.9/763, párr. 59.

A/CN.9/WG.V/WP.112, párrs. 154, 156, 158 y 160.

A/CN.9/766, párr. 48.

*Artículo 22. Protección de los acreedores
y de otras personas interesadas*

1. Al conceder o denegar una medida con arreglo a los artículos 19 o 21 o al modificar o dejar sin efecto esa medida con arreglo al párrafo 3 del presente artículo, el tribunal deberá asegurarse de que quedan debidamente protegidos los intereses de los acreedores y de otras personas interesadas, incluido el deudor.
2. El tribunal podrá supeditar toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 o 21 a las condiciones que juzgue convenientes.
3. A instancia del representante extranjero o de toda persona afectada por alguna medida otorgada con arreglo a los artículos 19 o 21, o de oficio, el tribunal podrá modificar o dejar sin efecto la medida impugnada.

196. La idea básica del artículo 22 es la necesidad de que haya cierto equilibrio entre las medidas que puedan otorgarse al representante extranjero y los intereses de las personas que puedan verse afectadas por esas medidas. Este equilibrio es esencial para lograr los objetivos del régimen de la insolvencia transfronteriza.

197. La referencia que se hace en el artículo 22, párrafo 1, a los intereses de los acreedores, del deudor y de otras personas interesadas proporciona al tribunal valiosos elementos de juicio para el ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 19 y 21. A fin de que pueda dosificar esas medidas debidamente, se le autoriza a supeditarlas a ciertas condiciones (párrafo 2) y a modificar o dejar sin efecto la medida otorgada (párrafo 3). Otra característica del párrafo 3 es que legitima expresamente a las partes que puedan verse afectadas por las consecuencias de los artículos 19 y 21 para solicitar al tribunal que modifique o extinga esas consecuencias. Por lo demás, se ha previsto que el artículo 22 funcione en el marco del derecho procesal de la ley del foro.

198. En muchos casos los acreedores afectados serán los “locales”. No obstante, no es conveniente que al promulgar el artículo 22 se intente limitar su efecto a los acreedores locales. Toda referencia expresa a estos en el párrafo 1 haría necesario definirlos. Todo intento de formular esa definición (y de establecer criterios para otorgar un trato especial a determinada categoría de acreedores) no solo mostraría la dificultad que entraña preparar un texto apropiado, sino también revelaría la ausencia de todo fundamento para establecer distinciones entre los acreedores tomando como base la ubicación de su establecimiento o su nacionalidad.

199. La protección de todas las personas interesadas está vinculada al régimen interno en materia de requisitos de notificación; puede tratarse de requisitos generales de publicidad para notificar a toda persona potencialmente interesada (por ejemplo, los acreedores locales o los agentes locales de un deudor) de que se ha reconocido un procedimiento extranjero, o del requisito de aviso individual que el tribunal, con arreglo a sus propias normas procesales, ha de dar a las personas que se verían directamente afectadas por el reconocimiento o por la medida otorgada. La normativa interna difiere de un país a otro en cuanto a la forma, el momento y el contenido de la notificación del reconocimiento de un procedimiento extranjero, y en la Ley Modelo no se intenta modificar esa normativa (véase también el párr. 167).

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) Ley Modelo

A/52/17, párrs. 82 a 93.

A/CN.9/422, párr. 113.

A/CN.9/WG.V/WP.46, págs. 15 y 16.

A/CN.9/433, párrs. 140 a 146.

A/CN.9/WG.V/WP.48, pág. 21.

A/CN.9/435, párrs. 72 a 78.

b) Guía para la incorporación

A/CN.9/436, párr. 85.

A/CN.9/442, párrs. 161 a 164.

c) Guía para la incorporación e interpretación

A/CN.9/715, párr. 39.

A/CN.9/WG.V/WP.107, párrs. 162 a 164.

A/CN.9/763, párr. 60.

A/CN.9/WG.V/WP.112, párrs. 162 a 164.

A/CN.9/766, párr. 49.

Artículo 23. Acciones de impugnación de actos perjudiciales para los acreedores

1. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero estará legitimado para entablar [*indíquense los tipos de acciones que, para evitar o de otro modo dejar sin efecto todo acto perjudicial para los acreedores, pueda entablar en este Estado una persona o un órgano que esté administrando una reorganización o una liquidación*].

2. Cuando el procedimiento extranjero sea un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que la acción afecta a bienes que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en el marco del procedimiento extranjero no principal.

200. En muchos ordenamientos, tanto los acreedores a título individual como los representantes de la insolvencia tienen derecho a entablar acciones para anular o dejar sin efecto de otro modo los actos que pudieran ser perjudiciales para los acreedores. Ese derecho, en la medida en que pertenece a los deudores a título individual, no suele ser regulado por el régimen de la insolvencia, sino por normas jurídicas generales (como el Código Civil); no está vinculado necesariamente a la existencia de un procedimiento de insolvencia contra el deudor, de modo que la acción puede entabarse antes de que comience ese procedimiento. El titular de ese derecho será, por lo general, un mero acreedor afectado y no otra persona, por ejemplo, el representante de la insolvencia. Por otra parte, las condiciones aplicables a esas acciones individuales son distintas de las aplicables a acciones similares que pudiera entablar el representante de la insolvencia. Cabe observar que la legitimación²⁵ conferida por el artículo 23 rige únicamente para las acciones de que dispone el representante local de la insolvencia en el marco de un procedimiento de insolvencia, y que en el artículo no se equipara al representante extranjero con los acreedores individuales que puedan gozar de derechos similares en diferentes condiciones. Esas acciones de los acreedores individuales no se rigen por el artículo 23.

201. El artículo 23, párrafo 1, dispone expresamente que, como efecto del reconocimiento del procedimiento extranjero de conformidad con el artículo 17, el representante extranjero estará legitimado²⁵ para entablar acciones con arreglo a la ley del foro a efectos de anular o dejar sin efecto de otro modo todo acto jurídico que perjudique a los acreedores. La disposición se ha formulado en términos restrictivos, ya que no crea ningún derecho sustantivo respecto de esas acciones ni ofrece solución alguna ante un posible conflicto de leyes; la Ley Modelo no hace referencia al derecho del representante extranjero a interponer una acción de esa índole en el Estado promulgante con arreglo al derecho interno del Estado en que tiene lugar el procedimiento extranjero. El efecto del artículo 17 consiste en no impedir que un representante extranjero entable esas acciones por el solo hecho de no ser el representante de la insolvencia nombrado en el Estado promulgante.

202. Cuando el procedimiento extranjero haya sido reconocido como “procedimiento no principal”, el tribunal deberá asegurarse, en concreto, de que la acción que pueda entabarse al amparo de las disposiciones del artículo 23 afecte a bienes que “deban ser administrados en el marco del procedimiento extranjero no principal” (artículo 23, párrafo 2). Una vez más se distingue entre el procedimiento “principal” y el “no principal” y se subraya la probabilidad de que en este último las medidas cautelares que se otorguen sean más restrictivas.

203. Legitimar²⁵ al representante extranjero para que entable esas acciones no está exento de dificultades. Es posible, en particular, que esas acciones no se vean con buenos ojos debido a la posibilidad de que creen incertidumbre acerca de operaciones ya concluidas o cumplidas. Ahora bien, dado que el derecho de iniciar esas acciones es esencial para proteger la integridad de los bienes del deudor y suele ser la única manera realista de garantizar esa protección, se ha considerado importante disponer que no se deniegue ese derecho a un representante extranjero por el solo motivo de que no se le haya nombrado en el Estado promulgante.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) *Ley Modelo*

A/52/17, párrs. 210 a 216.

A/CN.9/433, párr. 134.

A/CN.9/WG.V/WP.48, pág. 19.

A/CN.9/435, párrs. 62 a 66.

b) *Guía para la incorporación*

A/CN.9/436, párrs. 86 a 88.

A/CN.9/442, párrs. 165 a 167.

c) *Guía para la incorporación e interpretación*

A/68/17, párr. 197.

A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1, párrs. 165 a 167.

A/CN.9/742, párr. 66.

A/CN.9/WG.V/WP.107, párrs. 165 a 167.

A/CN.9/763, párr. 61.

A/CN.9/WG.V/WP.112, párrs. 165 a 167.

A/CN.9/766, párr. 50.

Artículo 24. Intervención de un representante extranjero en procedimientos que se sigan en este Estado

Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero, el representante extranjero podrá intervenir, conforme a las condiciones prescritas por el derecho interno de este Estado, en todo procedimiento en el que el deudor sea parte.

204. La finalidad de este artículo es evitar que se niegue legitimidad²⁵ al representante extranjero para intervenir en un procedimiento únicamente porque la ley procesal del foro pueda no haber previsto que fuera una de las personas legitimadas para hacerlo. La norma que en él se enuncia es aplicable a representantes de procedimientos extranjeros principales y no principales.

205. En el contexto del artículo 20, la palabra “intervenir” se refiere a los casos en que el representante extranjero comparezca ante el tribunal para declarar en un procedimiento, ya sea individual o de otra índole (incluido un procedimiento extrajudicial), iniciado por el deudor contra un tercero, o en un procedimiento iniciado por un tercero contra el deudor. Los procedimientos en que el representante extranjero podría intervenir serían únicamente los que no se hubiesen paralizado conforme a lo previsto en el artículo 20, párrafo 1, inciso a), o en el artículo 21, párrafo 1, inciso a).

206. El artículo 24, que solo se refiere a la legitimación²⁵, dispone claramente (al decir, “conforme a las condiciones prescritas por el derecho interno”) que siguen intactos los demás requisitos de la ley del foro para que una persona pueda intervenir.

207. El derecho procesal interno siempre, o casi siempre, admite que se autorice a una parte (en este artículo sería el representante extranjero) que demuestre tener algún interés jurídico en el resultado de un litigio entre otras dos partes a ser oída en el procedimiento. Para referirse a esa situación se utilizan diversos términos, de los cuales el más común es “intervención”. Si en el Estado promulgante se emplea algún otro término para expresar ese concepto, podrá utilizarse ese otro término al incorporar la norma del artículo 24.

208. Cabe señalar que el término “participar”, tal como se utiliza en el artículo 12, se refiere a los casos en que el representante extranjero presente sus argumentos en un procedimiento de insolvencia colectivo (véase el párr. 117), en tanto que el término “intervenir” empleado en el artículo 24 abarca los casos en que el representante extranjero participe en una acción individual presentada por o contra el deudor.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) Ley Modelo

A/52/17, párrs. 117 a 123.

A/CN.9/422, párrs. 148 y 149.

A/CN.9/433 párrs. 51 y 58.

A/CN.9/WG.V/WP.48, pág. 21.

A/CN.9/435, párrs. 79 a 84.

c) Guía para la incorporación e interpretación

A/CN.9/WG.V/WP.107, párr. 170.

A/CN.9/763, párr. 62.

A/CN.9/WG.V/WP.112, párr. 170.

A/CN.9/766, párr. 51.

b) Guía para la incorporación

A/CN.9/436, párrs. 89 a 90.

A/CN.9/442, párrs. 168 a 172.

CAPÍTULO IV. COOPERACIÓN CON TRIBUNALES Y REPRESENTANTES EXTRANJEROS

209. La falta de un marco legislativo o la incertidumbre con respecto a las facultades del tribunal local para cooperar con los tribunales extranjeros suele limitar la cooperación y coordinación entre los tribunales de diversos países en las causas de insolvencia transfronteriza.

210. La experiencia demuestra que, independientemente del grado de discrecionalidad de los tribunales, la introducción de un marco legislativo especial promueve la cooperación internacional en los casos transfronterizos. Por consiguiente, la Ley Modelo viene a colmar la laguna existente en muchos ordenamientos, al facultar expresamente a los tribunales para cooperar con otros tribunales en cuestiones que se rijan por la Ley Modelo (artículos 25 a 27).

211. Así pues, el capítulo IV (artículos 25 a 27), relativo a la cooperación transfronteriza, es un elemento básico de la Ley Modelo. Su objetivo es permitir que los tribunales y los representantes de la insolvencia de dos o más países actúen con eficiencia y logren resultados óptimos. La cooperación descrita en este capítulo suele ser la única vía realista, por ejemplo, para impedir la dispersión de los bienes, para optimizar su valor (por ejemplo, cuando un equipo de producción situado en dos Estados vale más si se vende todo junto que por separado) o para encontrar la mejor solución a fin de reorganizar la empresa.

212. La cooperación no depende del reconocimiento y, por lo tanto, puede obtenerse desde el principio, es decir, antes de la solicitud de reconocimiento. Habida cuenta de que los artículos del capítulo IV rigen las cuestiones mencionadas en el artículo 1, se puede obtener cooperación no solo con respecto a las solicitudes de asistencia presentadas en el Estado promulgante, sino también a las solicitudes relativas a un procedimiento que se esté tramitando en el Estado promulgante con fines de prestación de asistencia en el extranjero (véase también el artículo 5). La cooperación no se limita a los procedimientos extranjeros en el sentido del artículo 2, inciso *a*), que reunirían las condiciones para ser reconocidos de conformidad con el artículo 17 (es decir, como principales o no principales), por lo cual podrá obtenerse con respecto a procedimientos iniciados sobre la base de la presencia de bienes. Una disposición de esta índole puede ser útil cuando el procedimiento se abra en el Estado promulgante y se solicite asistencia en el extranjero. También puede ser pertinente si el Estado promulgante

tiene otras leyes, además de la Ley Modelo, que faciliten la coordinación y cooperación con los procedimientos extranjeros (véase el artículo 7).

213. En los artículos 25 y 26 la cooperación transfronteriza no solo se autoriza, sino que se impone, al disponerse que el tribunal y el representante de la insolvencia cooperen “en la medida de lo posible”. Estos artículos tienen por objeto remediar el difundido problema de los ordenamientos que carecen de una normativa que sirva de base jurídica para la cooperación entre los tribunales locales y los tribunales extranjeros en asuntos de insolvencia transfronteriza. La promulgación de dicha base jurídica será particularmente útil para los ordenamientos en que el tribunal goce de escasa discrecionalidad, fuera de los supuestos en que la ley se la reconozca expresamente. Ahora bien, incluso en los países en que existe una tradición de discrecionalidad judicial más amplia, se ha comprobado la utilidad de disponer de un marco legislativo para esa cooperación.

214. En la medida en que en el Estado promulgante la cooperación judicial transfronteriza esté basada en el principio de la cortesía internacional, la promulgación de los artículos 25 a 27 ofrece la oportunidad de concretar mejor ese principio y de adaptarlo a las circunstancias propias de la insolvencia transfronteriza.

215. En los Estados cuya base jurídica para la cooperación internacional en asuntos de insolvencia transfronteriza no sea el principio de la “cortesía”, sino un acuerdo internacional (por ejemplo, un tratado bilateral o multilateral o un canje de notas entre las autoridades cooperantes) basado en el principio de la reciprocidad, el capítulo IV de la Ley Modelo puede servir de ejemplo para la elaboración de esos acuerdos.

216. Los artículos del capítulo IV dejan que sea el tribunal competente y, bajo su supervisión, el representante de la insolvencia, los que decidan determinadas cuestiones, en particular, el momento y la forma de la cooperación. La Ley Modelo no supedita la cooperación de un tribunal nacional (o de la persona o del órgano mencionados en los artículos 25 y 26) con un tribunal o un representante extranjero a una resolución formal de reconocimiento del procedimiento extranjero.

217. En el segundo Coloquio judicial multinacional CNUDMI/INSOL relativo a la insolvencia transfronteriza se subrayó la importancia de que el tribunal gozara de un margen de flexibilidad y discrecionalidad para cooperar con el tribunal o el representante extranjero. En esa oportunidad algunos magistrados intervinientes en casos de cooperación informaron al respecto. De esos informes se desprenden algunas cuestiones que pueden resumirse de la siguiente manera: *a)* los tribunales deben poder comunicarse entre sí,

pero con las salvaguardias debidas que protejan los derechos sustantivos y procesales de las partes; *b*) la comunicación no debe ser oculta, sino que debe realizarse (salvo en situaciones extremas) en presencia de las partes interesadas, a las que se deberá notificar por adelantado; *c*) se pueden intercambiar diversas comunicaciones, entre ellas, resoluciones o mandatos formales de los tribunales, escritos oficiosos o informativos, preguntas y observaciones, y transcripciones de las actuaciones; *d*) entre los medios de comunicación cabe citar, por ejemplo, el teléfono, el fax, el correo electrónico y el vídeo, y *e*) cuando la comunicación sea necesaria y se sepa utilizar con acierto, puede reportar considerables beneficios a las personas interesadas o afectadas por la insolvencia transfronteriza.

Artículo 25. Cooperación y comunicación directa entre un tribunal de este Estado y los tribunales o representantes extranjeros

1. En los asuntos indicados en el artículo 1, el tribunal deberá cooperar en la medida de lo posible con los tribunales extranjeros o los representantes extranjeros, ya sea directamente o por conducto de [*indíquese la denominación de la persona o del órgano que se encargue de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro*].
2. El tribunal estará facultado para ponerse en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros o para recabar información o asistencia directa de los mismos.

218. La habilitación del tribunal, con la oportuna participación de las partes, para comunicarse “directamente” con el tribunal o el representante extranjero y solicitarle información y asistencia “directamente” tiene por objeto evitar que haya de recurrir a ciertas vías tradicionales demasiado lentas, como sería la carta rogatoria. Esa habilitación es esencial si el tribunal considera que ha de actuar con urgencia. A fin de destacar el carácter flexible y potencialmente urgente de la cooperación solicitada, el Estado promulgante tal vez considere conveniente incluir en el texto que promulgue una disposición que habilite expresamente al tribunal para prescindir de ciertas formalidades contrarias al espíritu de esta disposición (por ejemplo, recurrir a un tribunal superior, a la carta rogatoria o a la vía diplomática o consular) al comunicarse, conforme a lo previsto en el artículo 25, con un tribunal o representante extranjero.

Artículo 26. Cooperación y comunicación directa entre [indíquese la denominación de la persona o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro] y los tribunales o representantes extranjeros

1. En los asuntos indicados en el artículo 1, [indíquese la denominación de la persona o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro] deberá cooperar, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, con los tribunales y representantes extranjeros.

2. . . . [indíquese la denominación de la persona o del órgano encargado de administrar una reorganización o liquidación con arreglo a la ley del foro] estará facultado(a), en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, para ponerse en comunicación directa con los tribunales o los representantes extranjeros.

219. El artículo 26, relativo a la cooperación internacional entre las personas que hayan sido designadas para administrar bienes de deudores insolventes, es fiel reflejo de la función importante que esas personas pueden desempeñar en la estructuración y puesta en práctica de arreglos de cooperación en el marco de sus respectivos mandatos. El artículo aclara que el representante de la insolvencia actúa bajo la supervisión general del tribunal competente (al decir “en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal”). La Ley Modelo no modifica lo ya dispuesto en el régimen de la insolvencia del Estado promulgante sobre la función supervisora del tribunal con respecto a las actividades del representante de la insolvencia. Cabe observar que cierto margen de discrecionalidad y de iniciativa por parte de este, dentro de los límites amplios de la supervisión judicial, en general constituye uno de los pilares de la cooperación en la práctica; en consecuencia, conviene que el Estado promulgante no modifique eso al incorporar la Ley Modelo al derecho interno. En particular, no se debería sugerir la necesidad de disponer de una autorización especial para cada comunicación entre el representante de la insolvencia y un órgano extranjero.

Artículo 27. Formas de cooperación

La cooperación de la que se trata en los artículos 25 y 26 podrá ser puesta en práctica por cualquier medio apropiado, y en particular mediante:

a) El nombramiento de una persona o de un órgano para que actúe bajo dirección del tribunal;

Artículo 27. Formas de cooperación (continuación)

- b) La comunicación de información por cualquier medio que el tribunal considere oportuno;
- c) La coordinación de la administración y la supervisión de los bienes y negocios del deudor;
- d) La aprobación o la aplicación por los tribunales de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos;
- e) La coordinación de los procedimientos que se estén siguiendo simultáneamente respecto de un mismo deudor;
- f) [El Estado que incorpore el nuevo régimen tal vez desee indicar otras formas o ejemplos de cooperación].

220. Se sugiere que el Estado promulgante haga uso del artículo 27 para proporcionar a los tribunales una lista indicativa de las formas de cooperación autorizadas por los artículos 25 y 26, lo que puede ser particularmente útil en los Estados que no tengan una gran tradición de cooperación transfronteriza directa entre los tribunales, así como en aquellos en los que la discrecionalidad de los tribunales suele ser limitada. Esa lista, por ser indicativa, da la posibilidad al legislador de tener en cuenta otras formas de cooperación. Toda enumeración de posibles formas de cooperación deberá ser ilustrativa y no exhaustiva a fin de no excluir involuntariamente ciertas modalidades acertadas de cooperación y de no restringir la capacidad de los tribunales para idear recursos en atención a circunstancias concretas.

221. Las actividades de cooperación se regirían por las normas imperativas aplicables en el Estado promulgante; por ejemplo, en el caso de las solicitudes de información se aplicarían las normas que restringen la comunicación de esta (por razones, por ejemplo, de protección de la intimidad).

222. El artículo 27, inciso f), ofrece al Estado promulgante la oportunidad de incluir otras posibles formas de cooperación, por ejemplo, la suspensión o la cesación del procedimiento iniciado en ese Estado.

223. En la *Guía de Prácticas de la CNUDMI sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza* se dan más detalles sobre las formas de cooperación mencionadas en el artículo 27 y, en particular, se recopilan las

prácticas y la experiencia adquirida en relación con el uso de acuerdos sobre insolvencia transfronteriza³⁶.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) Ley Modelo

A/52/17, párrs. 124 a 129.

A/CN.9/419, párrs. 75, 76, 80 a 83 y 118 a 133.

A/CN.9/WG.V/WP.44, págs. 21 y 22.

A/CN.9/422, párrs. 129 a 143.

A/CN.9/WG.V/WP.46, pág. 17.

A/CN.9/433, párrs. 164 a 172.

A/CN.9/WG.V/WP.48, pág. 22.

A/CN.9/435, párrs. 85 a 94.

c) Guía para la incorporación e interpretación

A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1, párrs. 173 a 175, 177, 181 y 183A.

A/CN.9/742, párrs. 67 y 68.

A/CN.9/WG.V/WP.107, párrs. 183 y 183A.

A/CN.9/763, párr. 63.

A/CN.9/WG.V/WP.112, párrs. 173A, 181, 183 y 183A.

A/CN.9/766, párr. 52.

b) Guía para la incorporación

A/CN.9/436, párrs. 91 a 95.

A/CN.9/442, párrs. 173 a 183.

CAPÍTULO V. PROCEDIMIENTOS PARALELOS

Artículo 28. Apertura de un procedimiento con arreglo a [identifíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] tras el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, solo se podrá iniciar un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] cuando el deudor tenga bienes en este Estado y los efectos de este procedimiento se limitarán a los bienes del deudor que se encuentren en este Estado y, en la medida requerida para la puesta en práctica de la cooperación y coordinación previstas en los artículos 25, 26 y 27, a otros bienes del deudor que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en este procedimiento.

³⁶Véase la nota 15. La Ley Modelo se aplica a deudores a título individual, ya sean personas jurídicas o físicas. Sin embargo, la tercera parte de la *Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia* se refiere al tratamiento de los grupos de empresas en los procedimientos de insolvencia y las recomendaciones 240 a 254 se centran en la cooperación y la comunicación para facilitar el funcionamiento de los procedimientos de insolvencia transfronteriza cuando se refieran a miembros de un grupo de empresas. La tercera parte de la *Guía Legislativa* puede consultarse en http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/insolvency.html.

224. La Ley Modelo casi no impone limitaciones a la competencia de los tribunales del Estado promulgante para declarar abierto o proseguir un procedimiento de insolvencia. El artículo 28, conjuntamente con el artículo 29, dispone que el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal no impida la apertura de un procedimiento local de insolvencia relativo al mismo deudor si este posee bienes en el Estado del foro.

225. El criterio adoptado en el artículo 28 es básicamente igual al que se aplica en varios Estados. Ahora bien, en algunos Estados no basta la mera presencia de bienes en su territorio para que el tribunal tenga competencia para declarar abierto un procedimiento de insolvencia. Es necesario, además, que el deudor desarrolle alguna actividad económica en el Estado (para usar la terminología de la Ley Modelo, deberá tener en él un “establecimiento” en el sentido del artículo 2, inciso *f*). En el artículo 28 se eligió la solución menos restrictiva en un contexto en el que el deudor es ya objeto de un procedimiento extranjero principal. Si bien esa solución da amplio margen para que se abra un procedimiento local tras el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, se deja bien claro que, si el deudor no posee bienes en el Estado, el tribunal no tendrá competencia para hacerlo.

226. No obstante, es posible que el Estado promulgante desee adoptar la solución más restrictiva de permitir la apertura de un procedimiento de insolvencia únicamente si el deudor posee un establecimiento en su territorio. La adopción de una restricción de esa índole no sería contraria a los principios que sirven de base a la Ley Modelo. Esa opción puede justificarse argumentando que, cuando los bienes situados en el territorio del Estado promulgante no formen parte de un establecimiento, la apertura de un procedimiento local no sería, normalmente, la forma más eficiente de proteger a los acreedores, ni siquiera a los acreedores locales. Adaptando las medidas que se otorguen al procedimiento extranjero principal y cooperando con el tribunal y el representante extranjeros, el tribunal del Estado promulgante tendrá oportunidades suficientes para garantizar que los bienes situados en el territorio de su jurisdicción sean administrados de tal modo que queden debidamente protegidos los intereses locales. Por consiguiente, el Estado promulgante respetaría plenamente el espíritu de la Ley Modelo si promulgara el artículo sustituyendo la frase “solo . . . cuando el deudor tenga bienes en este Estado”, que figura en el artículo 28, por la frase “solo . . . cuando el deudor tenga un establecimiento en este Estado”.

227. Por lo común, un procedimiento local como el previsto en el artículo 28 estaría limitado a los bienes que se encontraran en el territorio del Estado. Ahora bien, en algunas situaciones tiene sentido que la administración del procedimiento de insolvencia local abarque ciertos bienes ubicados en el extranjero, especialmente en caso de no haber o no ser necesario un

procedimiento en el Estado en que se encuentren (por ejemplo, si el establecimiento local tuviese una planta en funcionamiento en otro país en el que fuera posible vender los bienes del deudor situados en el Estado promulgante y los bienes que se encontraran en el extranjero “como parte del giro normal de los negocios” del deudor; o si se hubiesen transmitido bienes de manera fraudulenta del territorio del Estado promulgante al extranjero). A fin de dar margen para ese alcance transfronterizo limitado del procedimiento local, se ha insertado en el artículo la frase “y, . . . , a otros bienes del deudor que . . . deban ser administrados en este procedimiento”. Se enuncian dos restricciones concernientes a la posibilidad de hacer extensivos los efectos de un procedimiento local a bienes situados en el extranjero: en primer lugar, se permite hacerlo “en la medida requerida para la puesta en práctica de la cooperación y coordinación previstas en los artículos 25, 26 y 27”, y, en segundo lugar, los bienes que se encuentren en el extranjero serán administrados en el Estado promulgante “con arreglo al derecho interno [de este Estado]”. Con esas restricciones se evita crear una capacidad ilimitada para hacer extensivos los efectos de un procedimiento local a los bienes que posea el deudor en el extranjero, lo que generaría inseguridad respecto del ámbito de aplicación de la disposición y podría plantear conflictos de jurisdicción.

228. En los casos en que, con arreglo a la ley del foro, el deudor deba ser insolvente para que pueda iniciarse un procedimiento de insolvencia, la Ley Modelo establece una presunción refutable de que el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal constituye prueba suficiente de que el deudor es insolvente a esos efectos (artículo 31) (véanse los párrs. 235 a 238).

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) Ley Modelo

A/52/17, párrs. 94 a 101.

A/CN.9/WG.V/WP.44, págs. 26 a 29.

A/CN.9/422, párrs. 192 a 197.

A/CN.9/WG.V/WP.46, pág. 18.

A/CN.9/433, párrs. 173 a 181.

A/CN.9/WG.V/WP.48, pág. 23.

A/CN.9/435, párrs. 180 a 183.

b) Guía para la incorporación

A/CN.9/436, párr. 96.

A/CN.9/442, párrs. 184 a 187.

c) Guía para la incorporación e interpretación

A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1, párrs. 184 y 186 a 187A.

A/CN.9/742, párr. 69.

A/CN.9/WG.V/WP.107, párrs. 185 y 187A.

A/CN.9/763, párr. 64.

A/CN.9/WG.V/WP.112, párrs. 184 a 186 y 187A.

A/CN.9/766, párr. 53.

Artículo 29. Coordinación de un procedimiento seguido con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] y un procedimiento extranjero

Cuando se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un procedimiento con arreglo a [indíquese la norma de la ley del foro relativa a la insolvencia], el tribunal procurará colaborar y coordinar sus actuaciones con las del otro procedimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 27, en los términos siguientes:

a) Cuando el procedimiento seguido en este Estado esté en curso en el momento de presentarse la solicitud de reconocimiento del procedimiento extranjero:

- i) Toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 o 21 deberá ser compatible con el procedimiento seguido en este Estado; y
- ii) De reconocerse el procedimiento extranjero en este Estado como procedimiento extranjero principal, el artículo 20 no será aplicable;

b) Cuando el procedimiento seguido en este Estado se inicie tras el reconocimiento, o una vez presentada la solicitud de reconocimiento, del procedimiento extranjero:

- i) Toda medida que estuviera en vigor con arreglo a los artículos 19 o 21 será reexaminada por el tribunal y modificada o revocada caso de ser incompatible con el procedimiento en este Estado; y
- ii) De haberse reconocido el procedimiento extranjero como procedimiento extranjero principal, la paralización o suspensión de que se trata en el párrafo 1 del artículo 20 será modificada o revocada con arreglo al párrafo 2 del artículo 20 caso de ser incompatible con el procedimiento abierto en este Estado;

c) Al conceder, prorrogar o modificar una medida otorgada a un representante de un procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá asegurarse de que esa medida afecta a bienes que, con arreglo al derecho interno de este Estado, deban ser administrados en el procedimiento extranjero no principal o concierne a información requerida para ese procedimiento.

229. El artículo 29 imparte orientación al tribunal que haya de entender de casos en los que el deudor sea objeto de un procedimiento extranjero y de un procedimiento local al mismo tiempo. El objetivo de este artículo y del artículo 30 es promover la adopción de decisiones coordinadas conformes con los objetivos de ambos procedimientos (por ejemplo, optimizar el valor

de los bienes del deudor o reorganizar la empresa de la manera más ventajosa posible). En el encabezamiento del artículo 29 se indica al tribunal que en todos esos casos deberá colaborar y coordinar las actuaciones con arreglo a lo previsto en el capítulo IV (artículos 25 a 27) de la Ley Modelo.

230. El principio predominante enunciado en el artículo es que la apertura de un procedimiento local no impide ni revoca el reconocimiento de un procedimiento extranjero. Ese principio es esencial para lograr los objetivos de la Ley Modelo, al facultar al tribunal del Estado promulgante para que, en cualquier circunstancia, dicte medidas en favor del procedimiento extranjero.

231. Ahora bien, el artículo consagra la preeminencia del procedimiento local sobre el procedimiento extranjero y lo hace de las siguientes maneras: en primer lugar, toda medida que se conceda al procedimiento extranjero debe ser compatible con el procedimiento local (artículo 29, inciso *a*), apartado i)); en segundo lugar, toda medida ya otorgada al procedimiento extranjero debe ser reexaminada y modificada o revocada con objeto de que sea compatible con el procedimiento local (artículo 29, inciso *b*), apartado i)); en tercer lugar, si el procedimiento extranjero es un procedimiento principal, los efectos automáticos dimanantes del artículo 20 deben ser modificados o revocados si son incompatibles con el procedimiento local (esos efectos automáticos no se revocan automáticamente, ya que pueden ser ventajosos y el tribunal puede desear mantenerlos) (artículo 29, inciso *b*), apartado ii)), y en cuarto lugar, cuando esté en curso un procedimiento local en el momento de reconocerse un procedimiento extranjero como procedimiento principal, el procedimiento extranjero no gozará de los efectos automáticos del artículo 20 (artículo 29, inciso *a*), apartado ii)). En el artículo 29 se evita establecer una jerarquía rígida entre los procedimientos, ya que eso menoscabaría innecesariamente la libertad del tribunal para cooperar y ejercer su discrecionalidad con arreglo a los artículos 19 y 21. Es conveniente no coartar la libertad de acción del tribunal al incorporar el artículo 29 al derecho interno.

232. El artículo 29, inciso *c*), incorpora el principio de que las medidas otorgadas a un procedimiento extranjero no principal deben limitarse a los bienes que vayan a ser administrados en ese procedimiento no principal o concernir a la información necesaria para ese procedimiento. Ese principio se enuncia en el artículo 21, párrafo 3, que aborda, en términos generales, la clase de medidas que pueden otorgarse a un representante extranjero, y se reitera en el artículo 29, relativo a la coordinación de procedimientos locales y extranjeros. El artículo 19, párrafo 4, sobre las medidas previas al reconocimiento, y el artículo 30, sobre la coordinación de más de un procedimiento extranjero, se inspiran en el mismo principio (véanse también las observaciones del anterior párrafo 175).

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

- | | |
|--|--|
| <p>a) <i>Ley Modelo</i>
A/52/17, párrs. 106 a 110.
A/CN.9/435, párrs. 190 a 191.</p> | <p>c) <i>Guía para la incorporación e interpretación</i>
A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1, párr. 188.
A/CN.9/742, párr. 70.
A/CN.9/WG.V/WP.112, párr. 188.
A/CN.9/766, párr. 53.</p> |
| <p>b) <i>Guía para la incorporación</i>
A/CN.9/442, párrs. 188 a 191.</p> | |

Artículo 30. Coordinación de varios procedimientos extranjeros

En los casos contemplados en el artículo 1, cuando se siga más de un procedimiento extranjero respecto de un mismo deudor, el tribunal procurará que haya cooperación y coordinación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 27, y serán aplicables las siguientes reglas:

- a) Toda medida otorgada con arreglo a los artículos 19 o 21 a un representante de un procedimiento extranjero no principal, una vez reconocido un procedimiento extranjero principal, deberá ser compatible con este último;
- b) Cuando un procedimiento extranjero principal sea reconocido tras el reconocimiento o una vez presentada la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero no principal, toda medida que estuviera en vigor con arreglo a los artículos 19 o 21 deberá ser reexaminada por el tribunal y modificada o dejada sin efecto caso de ser incompatible con el procedimiento extranjero principal;
- c) Cuando, una vez reconocido un procedimiento extranjero no principal, se otorgue reconocimiento a otro procedimiento extranjero no principal, el tribunal deberá conceder, modificar o dejar sin efecto toda medida que proceda para facilitar la coordinación de los procedimientos.

233. El artículo 30 regula los casos en que se hayan incoado procedimientos de insolvencia relativos al deudor en más de un Estado extranjero y en que representantes de más de un procedimiento extranjero soliciten ser reconocidos o procuren obtener medidas en el Estado promulgante. La disposición rige independientemente de que haya o no un procedimiento de insolvencia en curso en el Estado promulgante. Si, además de esos dos o más procedimientos extranjeros, hay un procedimiento en este último, el tribunal deberá actuar en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 29 y en el artículo 30.

234. La finalidad del artículo 30 es similar a la del artículo 29, ya que lo esencial en todo supuesto de procedimientos paralelos es promover la cooperación, la coordinación y la compatibilidad entre las medidas otorgadas a los diversos procedimientos. Esa compatibilidad se logrará otorgando a cada procedimiento las medidas que más le convengan, o modificando o revocando medidas ya otorgadas. A diferencia del artículo 29 (que, por principio, da primacía al procedimiento local), el artículo 30 da preferencia al procedimiento extranjero principal, si lo hubiera. En el caso de que haya más de un procedimiento extranjero no principal, la disposición, en principio, no concede un trato preferencial a ninguno de ellos. La prelación del procedimiento extranjero principal se ve reflejada en el requisito de que toda medida que se otorgue en favor de un procedimiento extranjero no principal (esté ya otorgada o por otorgar) sea compatible con el procedimiento extranjero principal (artículo 30, incisos *a*) y *b*)).

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) Ley Modelo

A/52/17, párrs. 111 y 112.

b) Guía para la incorporación

A/CN.9/442, párrs. 192 y 193.

Artículo 31. Presunción de insolvencia basada en el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal

Salvo prueba en contrario, el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal constituirá prueba válida de que el deudor es insolvente a los efectos de la apertura de un procedimiento con arreglo a [*indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia*].

235. En algunos ordenamientos se ha de probar que el deudor es insolvente para poder iniciar un procedimiento de insolvencia. En otros se pueden iniciar procedimientos de insolvencia cuando se dan determinadas circunstancias prescritas por la ley que no significan necesariamente que el deudor sea insolvente; cabe citar, por ejemplo, la suspensión de pagos del deudor o ciertos actos de este, como la adopción de una decisión que concierna a la empresa, la dispersión de sus bienes o el abandono de su establecimiento.

236. En los ordenamientos en que la insolvencia sea una condición para incoar un procedimiento de insolvencia, el artículo 31 establece, al reconocerse un procedimiento extranjero principal, una presunción *juris tantum* de insolvencia del deudor a efectos de iniciar un procedimiento en el Estado promulgante. Esa presunción no se aplica si el procedimiento extranjero es un procedimiento no principal, ya que la apertura de un procedimiento de insolvencia en un Estado en el que no se encuentre el centro de los principales intereses del deudor no significa necesariamente que haya de ser sometido al régimen de la insolvencia en otros Estados.

237. Cuando el derecho interno no exija prueba de la insolvencia del deudor para poder dar comienzo a un procedimiento de insolvencia, la presunción establecida en el artículo 31 tal vez carezca de utilidad práctica, razón por la cual el Estado promulgante puede decidir no incorporarla al derecho interno.

238. Sin embargo, esa norma puede ser útil en ordenamientos en los que se deba probar la insolvencia del deudor antes de abrir un procedimiento de insolvencia. El artículo 31 será especialmente importante cuando obtener la prueba exigida sea una tarea lenta que reporte escasos beneficios, habida cuenta de que el deudor ya es objeto de un procedimiento de insolvencia en el Estado en que se encuentra el centro de sus principales intereses y de la posibilidad de que sea necesario abrir un procedimiento local con urgencia a fin de proteger a los acreedores del lugar. No obstante, el tribunal del Estado promulgante no está obligado por la decisión del tribunal extranjero, y los criterios locales para determinar la insolvencia seguirían siendo aplicables, como se deduce de la expresión “salvo prueba en contrario”.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

a) Ley Modelo

A/52/17, párrs. 94 y 102 a 105.

A/CN.9/WG.V/WP.44, pág. 27.

A/CN.9/422, párr. 196.

A/CN.9/WG.V/WP.46, pág. 18.

A/CN.9/433, párrs. 173, 180 y 181.

A/CN.9/WG.V/WP.48, pág. 23.

A/CN.9/435, párrs. 180 y 184.

b) Guía para la incorporación

A/CN.9/436, párr. 97.

A/CN.9/442, párrs. 194 a 197.

c) Guía para la incorporación e interpretación

A/CN.9/WG.V/WP.103/Add.1, párr. 197.

A/CN.9/742, párr. 71.

A/CN.9/WG.V/WP.112, párr. 197.

A/CN.9/766, párr. 53.

Artículo 32. Regla de pago para procedimientos paralelos

Sin perjuicio de los derechos de los titulares de créditos garantizados o de los derechos reales, un acreedor que haya percibido un cobro parcial respecto de su crédito en un procedimiento seguido en un Estado extranjero con arreglo a una norma relativa a la insolvencia no podrá percibir un nuevo dividendo por ese mismo crédito en un procedimiento de insolvencia que se siga con arreglo a [indíquese la norma de derecho interno relativa a la insolvencia] respecto de ese mismo deudor, en tanto que el dividendo percibido por los demás acreedores de la misma categoría sea proporcionalmente inferior al cobro ya percibido por el acreedor.

239. La norma enunciada en el artículo 32 (denominada a veces regla de colación o “*hotchpot*”) es una salvaguardia útil en un régimen jurídico encaminado a facilitar la coordinación y la cooperación en materia de administración de procedimientos de insolvencia transfronteriza. Se trata de evitar situaciones en las que un acreedor pueda recibir un trato más favorable que otro de igual rango al obtener pagos por un mismo crédito en procedimientos de insolvencia seguidos en diversos países. Por ejemplo, si un acreedor no garantizado cobra una suma equivalente al 5% de su crédito en un procedimiento de insolvencia extranjero y también participa en un procedimiento de insolvencia en el Estado promulgante en el que la tasa de distribución sea del 15%, para que su posición fuese igual a la de los demás acreedores del Estado promulgante cobraría una suma equivalente al 10% de su crédito en el procedimiento local.

240. Este artículo no afecta al orden de prelación de los créditos establecido por el derecho interno y tiene por único objetivo garantizar la igualdad de trato de todos los acreedores de igual rango. En la medida en que se satisfagan por completo los créditos de los acreedores respaldados por una garantía o por un derecho real (lo que depende de la ley del foro), esos créditos no se verán afectados por esta disposición.

241. La expresión “créditos garantizados” en general se refiere a los créditos garantizados por determinados bienes, en tanto que la expresión “derechos reales” se refiere a los derechos que recaen sobre determinado bien y que son oponibles a terceros. Es posible que determinados derechos estén comprendidos en ambas categorías, según la clasificación y la terminología de la ley aplicable. El Estado promulgante puede emplear otro u otros términos para expresar esos conceptos.

Examen en la Comisión y en el Grupo de Trabajo

- | | |
|-----------------------------------|--------------------------------------|
| a) <i>Ley Modelo</i> | A/CN.9/WG.V/WP.48, pág. 23. |
| A/52/17, párrs. 130 a 134. | A/CN.9/435, párrs. 96, 197 y 198. |
| A/CN.9/419, párrs. 89 a 93. | |
| A/CN.9/WG.V/WP.44, págs. 29 y 30. | b) <i>Guía para la incorporación</i> |
| A/CN.9/422, párrs. 198 y 199. | A/CN.9/436, párr. 98. |
| A/CN.9/WG.V/WP.46, pág. 18. | A/CN.9/442, párrs. 198 a 200. |
| A/CN.9/433, párrs. 182 y 183. | |

VI. Asistencia de la Secretaría de la CNUDMI

A. Asistencia para la redacción de leyes

242. La secretaría de la CNUDMI presta asistencia a los Estados por medio de consultas técnicas para la preparación de leyes basadas en la Ley Modelo. Puede obtenerse más información de la secretaría de la CNUDMI (dirección postal: Centro Internacional de Viena, P.O. Box 500, A-1400 Viena (Austria); teléfono (43-1) 26060-4060; fax (43-1) 26060-5813; correo electrónico: uncitral@uncitral.org; página de Internet: <http://www.uncitral.org>).

B. Información sobre la interpretación de leyes basadas en la Ley Modelo

243. La Ley Modelo se ha incorporado al sistema de información en materia de jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI (CLOUT), que se utiliza para recopilar y difundir información sobre jurisprudencia relativa a las convenciones y leyes modelo elaboradas por la Comisión. El propósito del sistema es promover el conocimiento de esos textos legislativos a nivel internacional y facilitar su interpretación y aplicación uniformes. La secretaría publica extractos de las decisiones en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas y, a solicitud de los interesados, se facilitan copias completas de las decisiones originales. El sistema está explicado en la guía para el usuario que figura en la página de presentación de la CNUDMI en Internet.

Anexo I

*Resolución 52/158 de la Asamblea General,
de 15 de diciembre de 1997*

52/158. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la insolvencia transfronteriza

La Asamblea General,

Recordando su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, por la que estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con el mandato de fomentar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional y de tener presente, a ese respecto, el interés de todos los pueblos, en particular el de los países en desarrollo, en el progreso amplio del comercio internacional,

Observando que en razón del comercio y de las inversiones transfronterizas es mayor el número de casos en que empresas o particulares poseen bienes en más de un Estado,

Observando también que cuando un deudor con bienes en más de un Estado es objeto de un procedimiento por insolvencia, en muchos casos es apremiante la necesidad de cooperación y coordinación transfronterizas en la supervisión y administración de los bienes y negocios del deudor insolvente,

Considerando que la coordinación y cooperación insuficientes en los casos de insolvencia transfronteriza reducen la posibilidad de rescatar empresas que son viables pero tienen dificultades financieras, entran una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, acrecientan las posibilidades de que el deudor oculte o dilapide bienes y dificultan la reorganización o liquidación de los bienes y negocios del deudor que sería más ventajosa para los acreedores y otros interesados, incluidos los deudores y sus empleados,

Observando que muchos Estados no tienen establecido un régimen jurídico que posibilite o facilite la coordinación y la cooperación transfronterizas,

Convencida de que una legislación equitativa e internacionalmente armonizada sobre la insolvencia transfronteriza, que sea respetuosa de los regímenes procesales y judiciales nacionales y aceptable para Estados con diferentes ordenamientos jurídicos, sociales y económicos, coadyuvaría al desarrollo del comercio y de las inversiones internacionales,

Considerando que se necesita contar con un cuerpo de disposiciones legales modelo internacionalmente armonizadas en materia de insolvencia transfronteriza a fin de ayudar a los Estados a modernizar su legislación en esa materia,

1. *Expresa su reconocimiento* a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por haber terminado y aprobado la Ley Modelo sobre la insolvencia transfronteriza que figura como anexo de la presente resolución^a;

2. *Pide* al Secretario General que transmita a los gobiernos y a los órganos interesados el texto de la Ley Modelo, junto con la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno preparada por la Secretaría;

3. *Recomienda* que todos los Estados examinen su legislación sobre los aspectos transfronterizos de la insolvencia a fin de determinar si está en consonancia con los objetivos de un régimen eficiente y moderno sobre insolvencia y que, en ese examen, consideren con un criterio favorable la Ley Modelo, habida cuenta de la necesidad de que haya un derecho internacionalmente armonizado que rijan los casos de insolvencia transfronteriza;

4. *Recomienda también* que se haga todo lo posible para que la Ley Modelo y la Guía sean ampliamente conocidas y estén a disposición de todos.

*72ª sesión plenaria
15 de diciembre de 1997*

^aLa Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza figura en la primera parte de la presente publicación.

Anexo II

Decisión de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

En su 973^a sesión, celebrada el 18 de julio de 2013, la Comisión aprobó la siguiente decisión:

“La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

Observando que en alrededor de 20 Estados se ha promulgado legislación basada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza³⁷,

Observando también el aumento generalizado de los procedimientos de insolvencia transfronteriza y, por consiguiente, las ocasiones cada vez más numerosas de utilizar y aplicar la Ley Modelo en ellos, así como de establecer jurisprudencia internacional en que se interpreten sus disposiciones,

Observando además que con frecuencia los tribunales se remiten a la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo³⁸, a fin de hallar orientación sobre los antecedentes de la redacción y la interpretación de sus disposiciones,

Reconociendo que la jurisprudencia resultante de su aplicación en la práctica ha creado alguna incertidumbre con respecto a la interpretación de algunas disposiciones de la Ley Modelo,

Convencida de que al interpretar esas disposiciones sería conveniente tener en cuenta el origen internacional de la Ley Modelo y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación,

Convencida también de la conveniencia de impartir nuevas orientaciones, mediante la revisión de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo con respecto a la interpretación y aplicación de determinados aspectos de su texto, a fin de facilitar esa interpretación uniforme,

Agradeciendo el apoyo y la participación de organizaciones internacionales intergubernamentales y no gubernamentales interesadas en la reforma del

³⁷ Resolución 52/158 de la Asamblea General, anexo (Ley Modelo únicamente).

³⁸ A/CN.9/442, anexo.

régimen de la insolvencia en la revisión de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo,

Expresando su reconocimiento al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) por su labor de revisión de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo,

1. *Aprueba* la Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, que figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP.112, con las revisiones introducidas por el Grupo de Trabajo en su 43º período de sesiones (véase A/CN.9/766) y por la Comisión en su actual período de sesiones³⁹, y autoriza a la Secretaría a que edite y finalice el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo teniendo en cuenta esas revisiones;

2. *Solicita* al Secretario General que publique, incluso en formato electrónico, el texto revisado de la Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo, junto con el texto de esta última, y que lo transmita a los gobiernos y los órganos interesados a fin de que sea de conocimiento y acceso generalizado;

3. *Recomienda* que los legisladores, encargados de formular políticas, jueces, profesionales de la insolvencia y otros interesados en los regímenes de la insolvencia transfronteriza y los procedimientos correspondientes tomen debidamente en consideración, cuando proceda, la *Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo*;

4. *Recomienda* también a todos los Estados que sigan considerando la posibilidad de aplicar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, e invita a los Estados que hayan promulgado legislación basada en la Ley Modelo a que informen de ello a la Comisión”.

³⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/68/17), párr. 197.*



