

La insolvencia transfronteriza: generalidades de un fenómeno económico con impacto jurídico

María Victoria Vásquez Valencia^{*}
Andrés Felipe Ángel Posada^{**}

^{*} Abogada de la Universidad de San Buenaventura, Cali, Colombia. MBA con Énfasis en Negocios Internacionales de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina. Actualmente se desempeña como docente de hora cátedra de la Pontificia Universidad Javeriana Cali; docente investigadora de la Universidad de San Buenaventura, Cali; y coordinadora de la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad de San Buenaventura, Cali en convenio con la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín.

^{**} Abogado de la Universidad de San Buenaventura, Cali, Colombia. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Icesi, Cali, Colombia. Magíster en Derecho de las Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información de la Universidad Carlos III de Madrid, España. Actualmente se desempeña como docente de hora cátedra en la Universidad Icesi, docente investigador de la Universidad de San Buenaventura y como abogado consultor asociado en el Área Derecho Corporativo de la firma GHL-Legal.

Resumen

Este artículo analiza de forma general el tema de la insolvencia transfronteriza y cómo ha sido desarrollado hasta el momento por parte de diferentes Estados y zonas de integración regional, algunos de los cuales, como es el caso de Colombia, partieron de la iniciativa legislativa de la Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil (CNUDMI), que propuso una ley modelo, con un éxito discutible.

Palabras clave

Insolvencia, globalización, insolvencia transfronteriza, CNUDMI, sistemas de regulación, ley modelo, Ley 1116 de 2006.

Abstract

This article analyzes cross-border insolvency. More specifically, it focuses on how different countries and regional integration zones have treated the issue—some of which, as in the case of Colombia, have adopted legislation in accordance with model laws drafted by UNCITRAL.

Keywords

Insolvency, globalization, cross-border insolvency, UNCITRAL, regulatory systems, model law, Act 1116 of 2006.



1. Introducción

El 9 de noviembre de 1989 no es otra fecha más dentro de la historia; este día tiene una especial importancia pues es el día en que el capitalismo gana la batalla al comunismo, es el día en que, finalmente, después 28 años de separatismo, cae el Muro de Berlín. Es curioso que una fecha como esta, que tiene un alto impacto social y económico en un país que estuvo separado desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, sea la misma fecha en que el fenómeno económico conocido como la globalización se impulsa de manera imparable hasta nuestros días. La globalización, según la Real Academia de la Lengua Española, es la “tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”.

Precisamente esa tendencia de crecimiento e interdependencia de las distintas economías de los Estados ha llevado a que en prácticamente una década se hayan presentado dos crisis de impacto mundial: una poco después del año 2000, que fue conocida como la “Burbuja de las Dot Com”, y otra más reciente y que aún impacta las economías de distintos países alrededor del mundo, conocida como la “Crisis de las Hipotecas Sub-Prime o Hipotecas Basura”.

Situaciones como las anteriormente descritas hacen que empresas que a lo largo de los últimos años han crecido y abierto sus mercados, brindando productos y/o servicios, adquiriendo bienes y obligaciones fuera de su territorio original, en determinado momento pueden caer en una situación de impago de sus deudas, generándose una serie de obligaciones por cumplir ya no solo en el Estado de origen, sino en distintos Estados, lo que causa que se genere una situación de tipo netamente económico que se conoce como insolvencia, añadiéndose un problema más a este supuesto, ya que el derecho de cada Estado es diferente, lo cual provoca una desigualdad de conceptos en la forma de tratar la insolvencia.

Por lo anterior, no resulta del todo extraño que organismos internacionales como la ONU, a través de la Comisión de las Naciones

Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil (CNUDMI), se preocupara por desarrollar una regulación que tratara los aspectos más importantes para coordinar y compatibilizar normas aplicables en cuanto a ámbito territorial, principios y demás.

La CNUDMI es un organismo que tiene la autonomía de poder usar diferentes medios normativos tales como convenciones, convenios, leyes modelo, guías legislativas, recomendaciones y disposiciones modelo para que los Estados que la componen incorporen dichas iniciativas normativas dentro de su ordenamiento jurídico. Desde 1995, la CNUDMI emprendió una labor de unificación y armonización que se caracteriza por un trabajo de estudio y análisis de las diferentes figuras jurídicas que regulan la insolvencia transfronteriza. Dicha labor ha quedado redactada en 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 más reciente Guía de Prácticas de la CNUDMI sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza (2009).

Al día de hoy, se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza en los siguientes países: Australia (2008), Colombia (2006), Eritrea (1998), Eslovenia (2008), los Estados Unidos de América (2005), Gran Bretaña (2006), Japón (2000), México (2000), Montenegro (2002), Nueva Zelanda (2006), Polonia (2003), República de Corea (2006), Rumania (2003), Serbia (2004), Sudáfrica (2000) y un territorio de ultramar del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: las Islas Vírgenes Británicas (2005).

2. De la insolvencia en general

Dentro del giro normal de las actividades económicas y financieras de toda persona (sea natural o jurídica), se encuentra el riesgo latente de incurrir en la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones de pago, bien sea por una crisis coyuntural o por problemas más profundos que pueden llevar a la quiebra o a la liquidación total de los activos del deudor insolvente.

El término *insolvencia* pretende englobar y comprender todas las situaciones de incapacidad o de impotencia patrimonial de una persona física o de existencia ideal (“el deudor”) para hacer frente con modos y medios ordinarios a las propias obligaciones, situación que se pone de manifiesto por incumplimientos u otros hechos exteriores. Esta noción abarcadora comprende los procedimientos contra todo tipo de deudores, así como los procedimientos destinados no solo a liquidar los bienes del deudor, sino también a reorganizar su patrimonio. Quedan así comprendidos los procedimientos tales como la quiebra, el concurso, la reorganización, la reestructuración y las negociaciones extrajudiciales (L. B. Scotti, 2006: 160).

2.1. Tipos de orientaciones legislativas

Históricamente, las diversas legislaciones han establecido mecanismos tanto sustantivos como procesales¹ para hacer frente a la posibilidad que lleva intrínseca toda empresa de incurrir en insolvencia. Estos mecanismos pretenden alcanzar un balance entre el cumplimiento de las obligaciones de pago y la salvaguardia de aquellas empresas que resulten económicamente viables.

Dado que estos objetivos pueden resultar contradictorios en la práctica, y teniendo en cuenta que no existe consenso sobre cuál de ellos debe primar, los legisladores, dependiendo de la política económica de cada país en particular, deben decidir entre estas dos opciones:

1. Por un lado, optar por proteger los intereses del deudor, con el fin específico de salvar la empresa insolvente que se considere económica y jurídicamente viable, para que continúe siendo fuente generadora de empleo y de desarrollo económico.
2. Por otra parte, existen legislaciones que propenden por respetar los derechos de los acreedores, incluso si esto implica la liquidación de la empresa para pagar las obligaciones contraídas, con el objetivo de respaldar el sistema financiero y los acuerdos sin incumplir los términos establecidos por las partes.

¹ En este sentido, existe una controversia a nivel doctrinal sobre si los concursos hacen parte del derecho procesal (teoría procesalista) o del derecho sustantial.

Como se puede observar, ambos objetivos son razonables y jurídicamente justificables, razón por la cual la doctrina ha concluido que teóricamente lo más óptimo sería que las legislaciones establecieran un punto medio entre estas posibilidades de orientación, de tal forma que se protegieran tanto los intereses del deudor como los del acreedor. Sin embargo, alcanzar tal balance resulta sumamente complejo y en la práctica las medidas adoptadas por la legislación siempre tienden a beneficiar a una de las partes, perjudicando a la otra y cometiendo errores no deseables (Vásquez, 2011).

En este sentido, siguiendo el gráfico planteado por Espina (2002), las legislaciones corren el riesgo de incurrir en dos tipos de errores, dependiendo de la orientación que tengan:

- *Error tipo I*: Consiste en que las legislaciones orientadas a proteger al deudor permitan que empresas no viables, y cuyo valor de liquidación sea superior al valor de la empresa como unidad económica de explotación, continúen funcionando.
- *Error tipo II*: Por su parte, las legislaciones orientadas a la protección del acreedor pueden dar lugar a la liquidación de empresas viables que atraviesen por problemas coyunturales, perjudicando así a la economía y a la sociedad en general.

En la medida en que la legislación opta por proteger o dar más facultades al deudor, reduce las posibilidades de cometer el error tipo II, pero aumenta las posibilidades de cometer el error tipo I y viceversa. Esto se aprecia gráficamente en Espina (2002).

Alcanzar un nivel óptimo que proteja a ambas partes y que reduzca los tipos de error mencionados es sumamente complicado, lo cual explica que las legislaciones concursales alrededor del mundo hayan sufrido constantes reformas que tratan de reequilibrar las facultades que se les han dado a las partes dentro del proceso. En el ámbito latinoamericano, se destacan los casos de Colombia, Argentina, Costa Rica, Perú, Brasil y México (Rowat y Astigarraga, 1999) y, en Europa, los casos de España y Alemania.

2.2. Principios y objetivos del derecho concursal

La doctrina ha sido unánime al señalar que, sin importar la orientación que adopte una legislación concursal en particular o el país que se examine, existen ciertos principios que deben ser perseguidos por el derecho concursal.

Un claro ejemplo de lo anterior lo encontramos a través de la doctrina especializada de la Superintendencia de Sociedades, específicamente en el Oficio 155-051654 de 5 de octubre de 2004, mediante el cual este organismo se alinea con la opinión del doctrinante colombiano Reyes Villamizar (1999: 357), quien establece los siguientes principios del derecho concursal:

- **Principio de universalidad o universalidad objetiva:** Este principio indica la necesidad de que la totalidad de los bienes del deudor deben ser vinculados al proceso, evitando así posibles fraudes tendientes a esparcir los bienes de tal forma que algunos queden excluidos del proceso.
- **Principio de la colectividad o universalidad subjetiva:** Resulta necesario que la totalidad de los acreedores comparezcan al mismo proceso para hacer valer sus derechos. Esto, a su vez, implica la existencia de no más de un proceso concursal que verse sobre la misma situación de insolvencia
- **Principio de igualdad:** Este principio, también conocido como la máxima *par conditio omnium creditorum*, indica que todos los acreedores deben ser tratados de forma homogénea dentro del proceso.

Adicionalmente, en el mismo oficio, la Superintendencia de Sociedades establece como objetivos de todo proceso concursal los siguientes:

- “Garantizar que los bienes del deudor no sean dispersados a través de ejecuciones individuales de sus acreedores”.
- “Garantizar el pago, en el orden de prelación legal, de las acreencias a cargo del deudor, de manera que sea protegido el crédito”.

- “Brindar una ayuda al deudor insolvente para favorecer el mantenimiento de la empresa como unidad económica de explotación”.

Considerando que estos son los principios y objetivos que guían el derecho concursal en nuestro país, se plantea el siguiente interrogante: ¿cómo lograr el cumplimiento de estas directrices cuando un proceso concursal involucra varios ordenamientos jurídicos, los cuales pueden incluso tener orientaciones diferentes?

A partir de este interrogante y considerando que fenómeno de la globalización y la aceleración de las relaciones internacionales, principalmente en el ámbito comercial, se da lugar a que situaciones que anteriormente eran de competencia exclusiva de un Estado en particular ahora tengan que ser abordadas de manera conjunta.

3. Insolvencia transfronteriza

Como se mencionó anteriormente, la globalización, entendiendo por esta “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” (Fondo Monetario Internacional, 2000), propicia que las empresas expandan sus operaciones con el objetivo de ampliar sus mercados, minimizar costos y obtener capital a menos costo.

Esta situación lleva a que las empresas adquieran bienes en diferentes países, así como a que también tengan acreedores de diferentes nacionalidades, con lo cual, ante una situación de insolvencia, serán los intereses de varios países los que se vean afectados, dando lugar a lo que se conoce como insolvencia transfronteriza².

² De acuerdo con la definición de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la insolvencia transfronteriza “es el fenómeno esencialmente económico que se presenta cuando un deudor incurre en situación de insolvencia y tiene bienes en más de un Estado, o cuando algunos de los acreedores de

Dado que la existencia tanto de bienes en el exterior como de acreedores domiciliados en un país distinto al del deudor insolvente hacen que los principios de universalidad, igualdad y colectividad sean aún más difíciles de garantizar, surge la imperiosa necesidad de regular este fenómeno ya no de manera interna, como tradicionalmente se hacía, sino involucrando la cooperación de diferentes Estados, bien sea en el ámbito de las integraciones regionales, tratados bilaterales o multilaterales o por medio de la intervención de organizaciones internacionales, como es el caso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, o UNCITRAL por sus siglas en inglés).

Para ilustrar la anterior situación y dimensionar las complicaciones que se pueden presentar al enfrentar una insolvencia transfronteriza, se pueden citar dos de los casos resaltados por Wilches (2009: 183-187), los cuales, a pesar de haberse presentado durante la vigencia de legislaciones concursales colombianas diferentes, son muestra de las falencias que se presentan en esta materia, ya que evidencian la forma en la cual los principios y objetivos del derecho concursal pueden ser fácilmente afectados:

- En 1999, Siderúrgica Colombiana S. A. (Sicolsa), la cual tenía bienes y dineros depositados en el extranjero, entró en situación de insolvencia al no poder cumplir con sus obligaciones. Una de sus cuentas se encontraba en una filial en el extranjero de una entidad financiera colombiana. Dado que Sicolsa era deudora de dicha entidad, esta decide compensar la deuda que tiene a su favor con el dinero disponible en la cuenta, a pesar de que este tipo de actuaciones atenta contra el principio de universalidad objetiva que debe regir todo proceso concursal (Superintendencia de Sociedades de Colombia, Expediente No. 21948).
- Más recientemente, en 2008, la sociedad PISOCHAGO Ltda. entró en un proceso de insolvencia en Colombia, y, como es propietaria de un bien ubicado en el estado de Florida (EE. UU.),

dicho deudor no son ciudadanos del Estado en el que se inició el procedimiento de insolvencia”.

un proveedor estadounidense con una deuda a su favor pretende iniciar un proceso de cobro ante una corte de dicho país, con el objetivo de hacer prevalecer su derecho frente al de los demás acreedores, violando claramente los principios de universalidad objetiva y subjetiva y el principio de igualdad (Superintendencia de Sociedades de Colombia, Expediente No. 37034).

Con el objetivo de evitar este tipo de situaciones, se han creado distintas herramientas jurídicas para regular la insolvencia transfronteriza. Estas herramientas van desde leyes modelo hasta acuerdos de cooperación creados en el marco de tratados de libre comercio. Antes de abordar la forma como se ha enfrentado la insolvencia transfronteriza en Colombia, se analizará el estado actual de la materia en otras latitudes, principalmente la Unión Europea, por ser el espacio donde más se ha avanzado en el tema, y el Mercosur, por ser cercano a nuestro caso colombiano.

3.1. Unión Europea: Reglamento 1346 de 2000

El 29 de mayo del año 2000, el Consejo de la Unión Europea promulgó el Reglamento 1346/2000, el cual tiene por objeto regular lo concerniente a los procedimientos de insolvencia. Este reglamento entró en vigor el 31 de mayo de 2002.

El reglamento en cuestión intenta responder a una situación práctica que se da en el marco de la Unión Europea como consecuencia directa de la integración económica regional y que no encuentra respuesta en las legislaciones internas: la insolvencia de tipo transfronterizo.

Si bien este reglamento no fue el primer intento por regular las cuestiones propias de la insolvencia transfronteriza, sí fue el más fructífero, ya que los intentos anteriores fracasaron. Tal es el caso de los Proyectos de Convenio sobre Quiebra, Concordatos y Procedimientos Análogos de 1970, 1980, 1982 y 1984; y el Convenio de Bruselas Relativo a los Procedimientos de Insolvencia de 2005.

Adicional a estos intentos, existían acuerdos bilaterales, generalmente celebrados entre países que comparten fronteras, los cuales se quedaban

cortos frente a la creciente libertad en el intercambio de bienes, servicios, mano de obra y capitales, lo cual propiciaba un aumento en el comercio y una dispersión de los bienes y obligaciones de las empresas en todo el territorio europeo.

3.1.1. Características de Reglamento 1346/2000 de la Unión Europea

La estructura del Reglamento 1346/2000 es la siguiente: se encuentra compuesto por un preámbulo, en el cual se establecen las 33 razones que justifican su adopción; cuatro capítulos, los cuales comprenden las disposiciones generales; el reconocimiento del procedimiento de insolvencia; los procedimientos secundarios de insolvencia; la información a los acreedores y la presentación de sus créditos; y algunas disposiciones transitorias y finales. Adicionalmente, cuenta con tres anexos, cada uno de los cuales se encarga de recoger los procedimientos de insolvencia de cada Estado; establecer los procedimientos nacionales que corresponden a “procedimientos de liquidación” en los términos del reglamento; y a señalar los órganos concursales internos de cada Estado que corresponden a la figura del “síndico” que adopta el reglamento³.

Es importante resaltar que el Reglamento 1346/2000 no busca unificar el aspecto material de los procesos concursales en los países miembros de la Unión Europea, es decir, cada legislación interna continúa operando y presenta las diferencias propias de cada Estado. Lo que busca el reglamento es armonizar los procesos de manera que quede claro cuál debe ser la legislación aplicable a cada caso concreto y quién debe ser el juez llamado a dirimir las controversias.

Adicionalmente, el mencionado reglamento busca la cooperación entre los países miembros cuando ocurra una situación de insolvencia en la que exista un elemento extranjero, con el claro objetivo de evitar que el deudor insolvente se aproveche de las inconsistencias entre las legislaciones internas (Candelario Macías, 2004).

³ El artículo 2 del Reglamento 1346/2000 de la UE define al síndico como “cualquier persona u órgano cuya función consista en administrar o liquidar la masa o supervisar la gestión de los negocios del deudor”.

Por otro lado, el Reglamento 1346/2000 no define las condiciones para que un deudor pueda ser considerado insolvente. En este aspecto, el reglamento acoge la definición que cada uno de los países miembros adopte. De esta manera, se evita dejar por fuera alguna situación de insolvencia por caer en tecnicismos idiomáticos.

En cuanto al ámbito de aplicación, el reglamento opera tanto para situaciones de insolvencia de personas naturales como de personas jurídicas, es decir, sociedades o empresas. La única condición es que se trate de problemas de insolvencia que se presenten en el interior de la Unión Europea y que sean procesos que se hayan abierto con posterioridad a la entrada en vigencia del reglamento, es decir, después del 31 de mayo de 2002.

En lo que respecta a la jurisdicción y ley competente para el proceso principal, el reglamento establece que debe estar determinado por el centro de los intereses principales del deudor (artículo 3 del Reglamento 1346/2000). Adicionalmente, se establece que, para los procesos secundarios, la jurisdicción y ley competente serán los tribunales del lugar donde se encuentre un establecimiento del deudor y limita sus efectos a los bienes que se encuentren en el territorio del tribunal.

Al analizar el procedimiento adoptado por el Reglamento 1346/2000, encontramos que se adopta el sistema mixto de procedimientos principales y secundarios con efectos tanto territoriales (para procesos secundarios cuyo objeto se limita a liquidar los bienes del deudor ubicados en un territorio determinado) como extraterritoriales (para procesos principales). Esto se debe a que optar por un proceso universal resultaba sumamente difícil, tal como se desprende de las razones expuestas en el mismo reglamento, en el considerando número 11 del preámbulo: “El presente Reglamento acepta el hecho de que, para una amplia serie muy diferenciada de casos de derecho material, no resulta práctico un procedimiento único de insolvencia con validez universal para toda la Comunidad”.

El procedimiento establecido por el mencionado reglamento se caracteriza por la cooperación internacional, de tal forma que los procesos secundarios estén coordinados y subordinados por los procesos

principales. Para alcanzar este objetivo, el reglamento establece una obligación de información recíproca en el artículo 31.

3.2. MERCOSUR

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la Unión Europea, el MERCOSUR no cuenta con ninguna regulación propia que trate las situaciones de insolvencia que puedan presentarse en el interior de este espacio integrado, a pesar de las ventajas, la claridad y la cooperación que esto brindaría.

Por esta razón, es necesario remitirnos a lo estipulado en las legislaciones internas de los países miembros y a los posibles tratados internacionales que rijan en esta materia.

3.2.1. Regulación interna de los países miembros

Para el caso materia de esta investigación, se observa que ninguno de los Estados miembros del MERCOSUR han adoptado la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional (CNUDMI).

Respecto a las legislaciones internas de los países miembros del MERCOSUR, encontramos la siguiente situación:

- Brasil no contempla nada acerca de la insolvencia transfronteriza o de los efectos de la declaratoria de insolvencia en el extranjero.
- Argentina, por su parte, en la Ley 19.551⁴, consagra el sistema de la pluralidad de procesos y limita su eficacia al ámbito territorial, de tal manera que no reconoce los efectos de una insolvencia declarada en el extranjero.

⁴ La Ley 19.551, artículo 4.º, dispone: “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 República. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deben ser pagados en la República, para disputarles derechos que éstos pretendan sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado”.

- En idéntico sentido, Paraguay, en el artículo 8 de la Ley de Concursos y Quiebras N.º 154 del 1.º de diciembre de 1969, desconoce abiertamente todos los efectos de una declaratoria de insolvencia en el exterior⁵.
- Situación semejante ocurre en la República Oriental del Uruguay, en el artículo 1577 del Código de Comercio⁶, el cual niega los efectos de la declaratoria de insolvencia en otro país.

Con la breve exposición anterior, se pone de manifiesto la poca regulación y la falta de cooperación que existe en materia de insolvencia transfronteriza en la región, lo cual, por tratarse de un territorio que pretende integrarse económicamente, resulta sumamente contraproducente.

3.2.2. Tratados internacionales

En materia de tratados internacionales, no existe ningún tratado sobre insolvencia transfronteriza del cual sean parte los cuatro Estados miembros del MERCOSUR, así como tampoco ninguna disposición que regule la materia entre estos países.

Sin embargo, para tres de los cuatro socios del MERCOSUR (Argentina, Uruguay y Paraguay), rige el Tratado de Montevideo de

⁵ El artículo en cuestión reza: “La declaración de quiebra pronunciada en país extranjero no puede ser invocada contra los acreedores que el fallido tenga en la República ni para disputarles derechos que pretendan tener sobre los bienes existentes dentro del territorio nacional, ni para anular los actos que hayan celebrado con el fallido.

Declarada también la quiebra por los tribunales de la República, no se tendrán en consideración a los acreedores que pertenezcan al concurso formado en el extranjero, sino para el caso de que, pagados íntegramente los acreedores de la República, resultase un remanente”.

⁶ El correspondiente artículo uruguayo indica: “La declaración de quiebra pronunciada en país extranjero no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en la República, ni para disputarles sus derechos sobre los bienes existentes dentro del territorio, ni para anular los actos que hayan celebrado con el fallido.

Declarada también la quiebra por los Tribunales de la República, no se tendrá en consideración a los acreedores que pertenezcan al concurso formado en el extranjero, sino para el caso de que, pagados íntegramente los acreedores de la República, resultase un sobrante”.

1940, el cual en su Título VIII regula lo concerniente a las quiebras⁷. Este tratado establece la posibilidad de que existan tanto procesos únicos como plurales, dependiendo de las características del caso concreto y en especial de si el deudor insolvente tiene una sola casa matriz o varias.

Si bien el tratado en mención contribuye a sentar las bases para la armonización en materia de insolvencia transfronteriza en el MERCOSUR (Scotti, 2006), no llena el vacío legislativo que existe en esta materia, por lo cual muchos autores afirman que se requiere adoptar un mecanismo propio y autónomo que responda a las necesidades propias de este mercado integrado, con el fin de aumentar la seguridad jurídica, lo que redundará en la creación de un ambiente propicio para los negocios internacionales y para las inversiones en la región.

3.3. De la insolvencia transfronteriza en Colombia

El Estado colombiano no está exento del fenómeno de insolvencia transfronteriza, ya que, como se ha visto con anterioridad, la insolvencia, antes que un fenómeno jurídico, es un fenómeno de tipo económico que puede afectar a una empresa en cualquier momento, independientemente del lugar donde se encuentre.

Para abordar el tratamiento del tema desde el punto de vista colombiano, dividiremos el contenido en dos partes: la primera, relativa al tratamiento normativo que se le dio a la insolvencia transfronteriza antes de 1996, donde citaremos una recopilación de normas que trataban el tema en Colombia, y la segunda, sobre cómo el tema ha sido tratado mediante la Ley 1116 de 2006.

3.3.1. Insolvencia transfronteriza antes de la Ley 1116 de 2006

Dado que no es el objeto de este artículo, en este punto no entraremos a explicar de forma detallada todas las normas que con anterioridad a la Ley 1116 trataban el tema de la insolvencia transfronteriza en

⁷ El término *quiebra* se adoptó de manera genérica, de tal forma que se incluyen todos los procesos concursales, sin importar el nombre que se les dé: insolvencia, reestructuración, falencia, etc.

Colombia, sino que ofreceremos un resumen de las mismas a la luz de la investigación realizada por Durán Prieto y Reinales Londoño (2003): a) el Tratado de Montevideo de 1889 sobre derecho comercial internacional, ya mencionado; b) la Resolución 2201 de 1997 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, que dispuso que todo documento otorgado en el extranjero, para que tuviera validez en Colombia, requería legalización por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores y autenticación del cónsul de Colombia en el país de origen del documento; c) la Convención de La Haya de 1961 sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros, ratificada mediante la Ley 455 de 1998 y promulgada mediante el Decreto 106 de 2001; y d) la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, adoptada en Panamá en 1975 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, y el protocolo adicional a dicha convención, hecho en 1979 en Montevideo, los cuales fueron ratificados por Colombia mediante la Ley 27 de 1988, que entró en vigor en 1995, y que fueron promulgados mediante el Decreto 652 de 2000.

3.3.2. Después de la Ley 1116 de 2006

Como primera medida, debemos aclarar que la Ley 1116 de 2006 tiene como fin la protección del crédito y la conservación de la empresa como fuente generadora de empleo y unidad de explotación económica. Toda persona natural o jurídica que lleve a cabo una actividad empresarial y que se repute comerciante está sometida a este régimen; es decir, se exige que realice negocios de carácter permanente dentro del territorio nacional, independientemente de que su capital sea privado o mixto. Lo que importa en este caso es que la persona tenga la calidad de comerciante o desarrolle una actividad empresarial, tal como se dijo con anterioridad. Ahora, la actividad económica de la persona (natural o jurídica) puede ser desarrollada mediante establecimientos de comercio y/o sucursales de sociedades extranjeras.

Algunas particularidades de la ley son las siguientes:

- Está dirigida al sistema empresarial. Por lo tanto, no aplica a la persona natural no comerciante, para la cual se expidió recientemente una norma específica, la Ley 1380 de 2010, por la

La insolvencia transfronteriza...

cual se establece el régimen de insolvencia para la persona natural no comerciante.

- Es de doble finalidad o aplicación, ya que tiende a la protección del crédito e igualmente a la conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo.
- La Superintendencia de Sociedades actúa con facultades jurisdiccionales en procesos de reorganización y liquidación.
- El deudor-empresario debe sustentar información de tipo contable, financiero y jurídico de la empresa en crisis.
- El juez tiene facultades especiales, tales como solicitar información útil y decretar medidas de protección (embargo) y custodia (secuestro) de los bienes del deudor.
- Por último, el valor de los bienes del deudor a la hora de venderlos o adjudicarlos se realiza tomando el valor comercial de los mismos; esto se hace con el fin de sacar un máximo de provecho del patrimonio del deudor.

Ahora, respecto al tema de la insolvencia en su aspecto transfronterizo, la misma se concreta en la práctica en la cooperación judicial que permita dar aplicación a las normas de carácter sustantivo sobre el tema. Dicha cooperación se da fundamentalmente en dos frentes, que se denominan funciones (los de comunicación y los de control), y que tienen, en esencia, tres momentos: el momento de iniciación, en el cual se da respuesta a la pregunta sobre qué se puede iniciar en el Estado extranjero; el momento de producción, que da respuesta a la pregunta sobre qué produce la autoridad del Estado extranjero; y el momento de recepción, en el que se absuelve el interrogante sobre cómo debe valorarse lo realizado por la autoridad extranjera (Durán Prieto y Reinales Londoño, 2003).

Este fenómeno de naturaleza económica, pero con impacto jurídico, se regula en nuestro ordenamiento normativo en el título III de la Ley 1116 de 2006. Dicha norma, en su artículo 86, señala cuatro casos en los cuales se configura dicho tipo de insolvencia:

1. Un tribunal extranjero o un representante solicita asistencia en la República de Colombia en relación con un proceso extranjero; o

2. Se solicita la asistencia en un Estado extranjero en relación con un proceso tramitado con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia; o
3. Están 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 están en un Estado extranjero, tienen 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.

La misma ley, en el artículo 98, señala la posibilidad de acceso de los acreedores extranjeros a un proceso seguido con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia; en el inciso segundo del mismo artículo, se dispone: “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”.

Siguiendo a Wilches (2009: 174), el tratamiento del tema en el país ha estado siempre encaminado hacia el aspecto procedimental. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza se convierte en el referente obligado cuando con el cambio de siglo se dan en Colombia los primeros avances por regular la materia, pues a nivel internacional la ley modelo ya era un paradigma sobre el tema, gracias a la amplia discusión y aprobación que obtuvo en el marco de una organización internacional como la CNUDMI, vocera ampliamente valorada de la ONU en materias de derecho comercial internacional.

Si bien el régimen de insolvencia colombiano plantea la posibilidad de llevar a cabo procesos de insolvencia transfronterizos, en la práctica, y después de más de cinco años de promulgada la Ley 1116, son pocos los casos de empresas colombianas que se han acogido a esta posibilidad. Lo anterior se puede deber a que es un hecho que, hasta la fecha, solo 16 países miembros de la CNUDMI han acogido la ley modelo dentro de su ordenamiento jurídico.

Es por esto que el haber incorporado la ley modelo propuesta por la CNUDMI en el derecho concursal colombiano, específicamente en el título III de la Ley 1116 de 2006, si bien es un avance importante, no es suficiente para hacer frente a este tipo de situaciones, ya que, si se toma en cuenta que los principales socios comerciales de Colombia no han acogido la ley modelo, el resultado es la dificultad de aplicarla y lograr la cooperación que inspira dicho mecanismo.

Así pues, lo más indicado es establecer acuerdos bilaterales o multilaterales entre los países con los que Colombia tenga mayores vínculos comerciales, de tal forma que, cuando se presente una situación de insolvencia que involucre a Colombia y a alguno de sus socios comerciales, exista regulación que evite la inseguridad jurídica y genere un ambiente propicio para los negocios internacionales, pues, tal como lo asegura Scotti, la “ausencia de previsibilidad de los regímenes de insolvencia internacional perjudica el desarrollo económico, el comercio internacional, los flujos de capitales, desalienta la inversiones extranjeras, y aumenta el riesgo país” (2006: 11).

Bibliografía

- Candelario Macías, M. “La ordenación de la Insolvencia en la Unión Europea”. *Noticias de la Unión Europea* 235/236 (agosto/septiembre de 2004). Madrid: CISS Especial Directivos.
- CNUDMI. *Guía de practicas de la CNUDMI sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza* (2009).
- CNUDMI. *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de insolvencia* (2004).
- Durán Prieto, M. y A. Reinales Londoño. *Insolvencia transfronteriza*. Bogotá: Tesis de la Carrera de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana (2003).
- Espina, A. “La ley concursal en un gráfico”. En: *Diario Expansión de España* (7 de noviembre de 2002). Disponible en <http://www.ucm.es/centros/cont/descargas/documento6204.pdf>
- Fondo Monetario Internacional. *La globalización: ¿amenaza u oportunidad?* (2000). Disponible en <http://www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/esl/041200s.htm>

- Reyes Villamizar, F. *Reforma al régimen de sociedades y concursos*. Bogotá: Temis (1999).
- Rowat, M., y J. Astigarraga. *Latin American Insolvency Systems: A Comparative Assessment (World Bank Technical Paper 433)*. Washington: World Bank (1999).
- Scotti, L. *Armonización legislativa en materia de insolvencia internacional de los grupos económicos: ¿una asignatura pendiente para el MERCOSUR?* Buenos Aires: Tesina de Maestría en Relaciones Internacionales de la Universidad de Buenos Aires (2006).
- Vásquez, M. *Aporte a la regulación de la insolvencia transfronteriza en el ámbito del Mercosur*. Buenos Aires: Tesis de MBA, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Palermo (2011).
- Wilches, R. “La insolvencia transfronteriza en el derecho colombiano”. *Revista de Derecho* 32 (2009).