



Asamblea General

Distr. GENERAL

A/CN.9/398
19 de mayo de 1994

ESPAÑOL
Original: INGLES

COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
27° período de sesiones
Nueva York, 31 de mayo a 17 de junio de 1994

INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA

Nota de la Secretaría

Informe sobre el Coloquio CNUDMI-INSOL relativo a la insolvencia transfronteriza

INDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCION	1-3	2
EXAMEN DEL MARCO JURIDICO IMPERANTE	4-14	3
A. Observaciones generales	4-7	3
B. Iniciativas internas para la reforma del régimen legal	8-9	4
C. Iniciativas de ámbito internacional	10-11	5
D. Cooperación judicial transfronteriza, concordatos y protocolos especiales	12-14	5
CONCLUSIONES	15-19	6

INTRODUCCION

1. En el Congreso de la CNUDMI celebrado bajo el lema "Un Derecho Mercantil Uniforme para el Siglo XXI", con ocasión de su 25° período de sesiones (1992), se propuso que la Comisión considerara la posibilidad de emprender alguna tarea sobre los aspectos internacionales de la quiebra. A raíz de esa decisión, la Secretaría presentó a la Comisión, en su 26° período de sesiones (1993), una nota sobre la insolvencia transfronteriza en la que se describían varias cuestiones jurídicas que pudieran suscitar problemas por la falta de armonía entre los diversos regímenes internos (A/CN.9/378/Add.4). Esa nota describía además brevemente la labor anterior emprendida en el ámbito internacional para la armonización del derecho en este campo. En el último período de sesiones, prevaleció el parecer de que pese a las dudas sobre la viabilidad de armonizar el régimen aplicable a los aspectos internacionales de la insolvencia, los problemas prácticos ocasionados por la falta de armonía de los regímenes internos aplicables a la insolvencia transfronteriza justificaban que prosiguiera el estudio de las cuestiones planteadas por la insolvencia transfronteriza y la búsqueda de una solución internacional aceptable. Se pidió a la Secretaría que preparara para algún período ulterior de sesiones de la Comisión un estudio en profundidad de la conveniencia y viabilidad de un régimen armonizado para la insolvencia transfronteriza en el que se examinaran los aspectos del régimen de la insolvencia transfronteriza que se prestaran mejor a ser armonizado y cuál sería la vía más adecuada para esa armonización (A/48/17, párrs. 302 a 306).

2. Como medida inicial para reunir información para la evaluación pedida por la Comisión, la Secretaría organizó, con la asistencia y el patrocinio conjunto de INSOL Internacional, un Coloquio sobre insolvencia transfronteriza (Viena, 17 a 19 de abril de 1994). La INSOL es una asociación internacional de especialistas en casos de insolvencia transfronteriza. Este coloquio tuvo como principal objetivo el de proporcionar un foro para el diálogo entre especialistas en casos de insolvencia de diversas regiones que tenían experiencia directa en la práctica de las insolvencias transfronterizas, o que hubieran participado en alguno de los esfuerzos por armonizar su régimen. El Coloquio tenía por objeto facilitar la evaluación práctica por la Comisión de la conveniencia y viabilidad de cualquier labor futura que pudiera emprender en esta esfera. Acudieron unos 90 participantes de diversos países, entre los que figuraban abogados, contadores jurados, banqueros y magistrados que tuvieran experiencia en algún caso notable de insolvencia, así como representantes de los ministerios competentes de algunos países y de organizaciones internacionales, tales como la INSOL y el Comité J de la Sección de Derecho Comercial de la Asociación Internacional de la Abogacía. Intervinieron en particular jueces y abogados con alguna experiencia significativa en casos de insolvencia transfronteriza, así como ciertas personas y representantes de organizaciones que hubieran participado activamente en algún esfuerzo de armonización internacional o regional.

3. En la presente nota se describen los pareceres y puntos de vista que se expresaron en el Coloquio, y se hace un esbozo de la orientación y posibles etapas de la labor eventual de la Comisión que cabría deducir del intercambio de pareceres y de datos que tuvo lugar durante el Coloquio.

EXAMEN DEL MARCO JURIDICO IMPERANTE

A. Observaciones generales

4. Se expresó el parecer de que seguirían proliferando casos de insolvencia transfronteriza como resultado de la expansión de las actividades económicas multinacionales. Se insistió en la consiguiente necesidad de elaborar un marco jurídico que limitara la medida en que, en casos de insolvencia transfronteriza, la disparidad de los regímenes nacionales aplicables creara obstáculos innecesarios al logro de los objetivos sociales y económicos básicos de todo proceso de insolvencia. Esos objetivos consistían normalmente en proteger los derechos e intereses de los acreedores, del personal empleado y de los deudores. En términos más concretos, el régimen aplicable a los casos de insolvencia transfronteriza deberían facilitar la rehabilitación de aquellos negocios que, desde una perspectiva principalmente económica, merecían ser preservados a fin de preservar empleos y, de haberse de proceder a una liquidación, de maximizar el valor de los activos disponibles para pagar los créditos de los acreedores, sin que influya en demasía la ubicación eventual de esos activos.

5. La información recibida da a entender que en marcado contraste con la proliferación de la actividad económica multinacional, el marco jurídico imperante no se presta por lo general al logro de los objetivos anteriormente mencionados en los casos de insolvencia transfronteriza. Muchos regímenes nacionales de la insolvencia reclamaban, para sus propias causas de insolvencia, la aplicación del principio de la "universalidad", según el cual el objetivo había de ser una administración unificada de la masa de la insolvencia y que los mandatos del tribunal fueran aplicables a los activos ubicados en el exterior, pero denegaban el reconocimiento de este principio de la universalidad para las causas incoadas en el exterior. Como ejemplo de las dificultades que pudieran darse, cabe pensar en el supuesto de un tribunal, que habiéndose optado por la reorganización de la empresa disponga que el "deudor en posesión" siga ejerciendo las funciones de gestión, mientras que, en otro Estado en el que se hubiera incoado una causa simultánea de insolvencia respecto del mismo deudor, se le retirara a ese deudor, conforme a la ley del foro, la gestión o se decretara que sus negocios habían de ser liquidados.

6. Las noticias que se tienen son de que, en el marco jurídico imperante, las insolvencias transfronterizas daban lugar a que la administración se fragmentara y compartimentalizara por fronteras. Se tiene noticia además que, dadas las insuficiencias y lagunas de la ley, los tribunales y abogados que trataban de armonizar la administración de la masa de la quiebra o insolvencia transfronteriza se encontraban que, en el mejor de los casos, habían de intentar concertar un acuerdo o protocolo especial entre las partes en las causas de insolvencia para tratar de concertar una administración armonizada del patrimonio insolvente en un contexto transfronterizo. Tales iniciativas basadas en ciertas nociones generales, como la cortesía judicial internacional, se emprendían a menudo en una atmósfera de incertidumbre jurídica dimanante de la insuficiencia del marco legal existente para la cooperación.

7. Pese al parecer dominante de que no sería viable, al menos en un futuro previsible, resolver estos problemas por vía de una unificación del régimen legal sustantivo aplicable a la insolvencia transfronteriza, se señalaron diversas necesidades concretas que cabría abordar sin necesidad de unificar el

derecho sustantivo. Entre esas necesidades cabe citar las siguientes: sistemas para facilitar, de decretarse la liquidación, la salvaguarda de ciertas garantías y la prontitud de la liquidación o, de decretarse la reorganización, mecanismos judiciales para facilitar el rescate y rehabilitación de los negocios viables por medio de moratorias decretadas para prevenir las tentativas de ejecución por acreedores aislados, y mecanismos legales para facilitar el reconocimiento de representantes o síndicos debidamente nombrados y la recuperación de activos, especialmente suministrando información pertinente a los procesos de insolvencia incoados en el extranjero, así como aportando a los prestamistas que dispongan de alguna garantía real mayor información y certidumbre sobre la ubicación de los bienes sobre los que recaiga la garantía, simplificando la prueba de la demanda, permitiendo a los acreedores a que, en circunstancias apropiadas presenten una demanda en su propio país y en su propio idioma, reconociendo los mandatos judiciales extranjeros, y facilitando el reconocimiento y la exigibilidad de los "saldos multilaterales" ("net positions") de los bancos que participen en algún arreglo compensatorio multilateral.

B. Iniciativas internas para la reforma del régimen legal

8. Se mencionaron las tentativas de reforma legislativa efectuadas, o actualmente en marcha, en algunos Estados para favorecer una mayor universalidad en la administración de las insolvencias transfronterizas, para fundamentar la asistencia judicial recíproca sobre una base más sólida que la cortesía judicial o las meras reglas de derecho internacional privado. Se sugirió que esas tentativas, consistentes normalmente en facilitar vías de acceso a los tribunales a los representantes de causas de insolvencia celebradas en el extranjero y otras formas de reconocimiento de esas causas, podría servir de indicio de lo que sería viable en términos de armonización internacional.

9. Cabe citar como rasgos típicos de esas reformas legislativas internas por las que se trata de establecer un marco flexible para resolver las insolvencias transfronterizas los siguientes: la oportunidad dada a los representantes de procesos incoados en el extranjero para solicitar al tribunal competente en materia de quiebras la adopción de alguna medida auxiliar, que el tribunal esté facultado para otorgar o que sea quizá legalmente exigible, que pueda ser útil para el proceso celebrado en el extranjero; diversas modalidades de medidas cautelares para interrumpir la ejecución de otras medidas judiciales contra los bienes de un deudor extranjero sitos en el territorio de su jurisdicción y la entrega de bienes al representante extranjero para su administración en el proceso incoado en el exterior; la suspensión o denegación de un proceso de quiebra ante un tribunal en deferencia a un proceso pendiente de insolvencia en el extranjero; la oportunidad dada al representante de solicitar la apertura de un proceso involuntario de quiebra como alternativa de la apertura de un proceso involuntario meramente auxiliar; la comparecencia ante el tribunal del foro de representantes extranjeros a título de "comparecencia especial", de modo que el representante extranjero no quede sometido a la jurisdicción del foro por ningún otro concepto; criterios para evaluar procesos extranjeros para los fines de determinar cuándo debe gozar el tribunal de discrecionalidad para reconocer al representante extranjero o para otorgar alguna medida cautelar (por ejemplo, similitud en algunos puntos esenciales entre el régimen jurídico del Estado requerido y del Estado requirente; trato equitativo de todos los acreedores; cortesía judicial internacional).

C. Iniciativas de ámbito internacional

10. Se observó que, al igual que la adopción en el derecho interno de disposiciones especiales para ocuparse de la insolvencia transfronteriza seguía siendo la excepción a la regla, se hacía sentir a escala internacional la falta de una extensa red de tratados bilaterales que facilitara la cooperación judicial, así como la falta de un tratado multilateral que facilitara esa cooperación a escala mundial. Existen algunos tratados multilaterales de ámbito regional, por ejemplo, en: América Latina, los tratados de Montevideo de 1889 y de 1940; en la región nórdica, el Convenio entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia relativo a la quiebra (concertado en 1933 y enmendado en 1977 y 1982); entre los Estados miembros del Consejo de Europa, el Convenio Europeo sobre determinados aspectos internacionales de la quiebra (Estambul, 1990); y, en la Unión Europea, el proyecto de Convenio sobre el procedimiento de quiebra.

11. Cabe mencionar también ciertas iniciativas no gubernamentales destinadas a sentar las bases para la armonización o la elaboración de un marco jurídico de los juicios de insolvencia transfronterizos. Una de estas iniciativas es una ley modelo internacional de cooperación en materia de insolvencia ("MIICA"), formulada por el Comité J de la Sección de Derecho Comercial de la Asociación Internacional de la Abogacía. Se expresó el parecer de que la experiencia con esta ley modelo sugería la importancia para el éxito de la labor armonizadora, especialmente si el objetivo de esa labor era la adopción de un régimen modelo, de que las autoridades nacionales participaran en el proceso de formulación. Se observó que el Comité J trabajaba actualmente en un examen y análisis de las nociones esenciales en materia de insolvencia con miras a preparar una norma modelo para los casos de insolvencia, es decir, un conjunto de nociones uniformes aceptables para el derecho interno o adaptables al mismo. Otra iniciativa señalada fue la investigación que se está llevando a cabo en el American Law Institute sobre un marco eventual para la insolvencia transfronteriza entre los países miembros del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC). (En el documento A/CN.9/378/Add.4 puede verse información complementaria sobre ciertas iniciativas multilaterales para la regulación de la insolvencia transfronteriza.)

D. Cooperación judicial transfronteriza, concordatos y protocolos especiales

12. El Coloquio prestó particular atención a la función crucial para la insolvencia transfronteriza de la cooperación entre la judicatura y la asistencia letrada de los diversos Estados en los que puedan encontrarse los activos del deudor y en los que se haya incoado un proceso de insolvencia. Se observó que la falta de un marco legal adecuado para la insolvencia transfronteriza y la necesidad de conciliar ciertas divergencias entre los regímenes internos aplicables a la insolvencia hacían más necesaria esa cooperación, al tiempo que la dificultaban. Diversos magistrados y letrados describieron ante el Coloquio ciertos ejemplos notables de cooperación judicial, así como de cooperación entre abogados y representantes de los acreedores y deudores, en algunos casos particularmente significativos de insolvencia transfronteriza ocurridos recientemente. Se observó en general que un obstáculo que dificultaba la cooperación judicial y que la hacía poco segura era que los tribunales que trataban de entablar esta cooperación se encontraban, por lo general, con que la normativa aplicable no les daba demasiada orientación al respecto.

13. Se prestó también particular atención en las deliberaciones a la función que cabía esperar en un caso de insolvencia transfronteriza de la concertación por las diversas partes interesadas de un protocolo especial aprobado por el tribunal supervisor. Ese protocolo serviría, por ejemplo, para definir el sistema de administración que sería aplicable a los negocios del deudor durante la reorganización de sus actividades. Un protocolo relativo a la administración de su empresa podría prever, por ejemplo, la designación de los miembros del consejo de administración, el reglamento del consejo, el control judicial de la destitución de sus miembros, y el reconocimiento de ciertos derechos del administrador del patrimonio insolvente, especialmente de su derecho a obtener datos.

14. El Coloquio tomó nota, respecto de este tipo de arreglos especiales, de la labor efectuada por el Comité J de la Sección de Derecho Comercial de la Asociación Internacional de la Abogacía en orden a la preparación de un "concordato para la insolvencia transfronteriza". La finalidad de este concordato, inspirado básicamente en el derecho internacional privado, es sugerir ciertas reglas, algunas de ellas aplicables a cualquier insolvencia transfronteriza, a las que los participantes o los tribunales puedan hacer remisión para resolver diversas cuestiones. Entre esas cuestiones cabe citar, por ejemplo, la designación del foro en cuyo territorio vaya a ser administrado el patrimonio insolvente, la aplicación de las reglas de prelación de ese foro, la regla aplicable cuando la masa patrimonial vaya a ser administrada en el territorio de dos o más jurisdicciones y la designación de la normativa aplicable para evitar los traslados de activos efectuados en el período que precedió a la insolvencia.

CONCLUSIONES

15. Se observó que los participantes en el Coloquio compartieron en gran medida el interés expresado por la Comisión en un proyecto eventual relativo a la insolvencia transfronteriza. La Secretaría proseguirá su labor de evaluación de la viabilidad de emprender alguna tarea en esta esfera, encomendada por la Comisión, teniendo particularmente presentes los pareceres y observaciones formulados durante el Coloquio por los magistrados, letrados y los representantes de países y de organizaciones interesadas en este tema. A este respecto, la Secretaría seguirá cooperando con las organizaciones interesadas y agradece la oferta de asistencia en la labor de investigación que le ha ofrecido INSOL Internacional.

16. A la luz de la evaluación actual de la viabilidad de emprender alguna tarea en este campo y de las deliberaciones y consultas con expertos y organizaciones interesadas habidas durante el Coloquio, cabe señalar ya algunos subsectores de la insolvencia transfronteriza en los que la labor de la Comisión sería no sólo bien acogida, sino también viable y provechosa. Sería además posible emprender esa labor sin adentrarse necesariamente en campos, como sería el régimen sustantivo interno de la insolvencia, en los que, al menos de momento, no se considera ni viable ni siquiera conveniente un proyecto de unificación.

17. Uno de los subsectores de una tarea que tal vez comience por parecer modesta, pero que suscitó particular interés durante el Coloquio y que podría dar al parecer resultado en un plazo relativamente breve, es el subsector de la cooperación judicial. Se ha presentado ya una oportunidad de trabajar en esta esfera, al haber propuesto INSOL Internacional, copatrocinar y organizar

conjuntamente con la CNUDMI, un coloquio para jueces sobre cooperación judicial en casos de insolvencia transfronteriza, que se celebraría paralelamente a una conferencia regional que la INSOL Internacional organizará en Toronto en marzo de 1995. El doble objetivo de este coloquio de magistrados sería: en primer lugar, recabar la opinión de los magistrados participantes sobre el alcance posible de la cooperación judicial en el marco del derecho actual, recurriendo por ejemplo a la noción de la cortesía judicial internacional, y explorar los límites impuestos a esa cooperación por el derecho interno actual; en segundo lugar, determinar qué reglas posibilitarían la cooperación judicial como primera medida para soslayar las dificultades que se dan en la celebración de procesos paralelos con posibles conflictos de jurisdicción y regímenes difícilmente compatibles.

18. Un segundo subsector, que tal vez convenga abordar y que duplicaría ciertos aspectos de la tarea anteriormente recomendada sería el tema que cabría designar como de "acceso y reconocimiento". Cabe interpretar estos términos como la obtención de acceso ante los tribunales para los acreedores extranjeros y para los representantes de procesos de insolvencia abiertos en el extranjero y como el reconocimiento de los mandatos de los tribunales extranjeros que hayan de conocer en una causa de insolvencia. La labor preliminar en esta esfera permitiría dilucidar las ventajas y los inconvenientes de los diversos regímenes por los que se da actualmente ese acceso o se otorga ese reconocimiento, así como las ventajas y los inconvenientes de las diversas tentativas de reforma legal de ámbito interno o multilateral. Cabría asimismo explorar, desde una perspectiva de las necesidades prácticas y de los objetivos de todo régimen de la insolvencia (es decir, la igualdad de trato para los acreedores), la conveniencia de formular un régimen uniforme en materia de acceso y reconocimiento.

19. Una tercera posibilidad que cabría considerar en su momento como posible tarea para la Comisión sería la formulación de un régimen legal modelo para la insolvencia. Pese a no haber sido ésta la conclusión del Coloquio y pese a no proponerse en esta nota la formulación de un régimen modelo completo de la insolvencia para la unificación del derecho sustantivo aplicable en la materia, la labor que se hiciera en esta esfera podría ser eventualmente importante no sólo para las autoridades públicas interesadas en el proceso de modernización del derecho interno sino también para el mundo comercial y los profesionales del derecho. Cabe suponer que gran parte de esa labor podría llevarse a cabo evitando los escollos que suscitara una tentativa de unificación mundial del derecho sustantivo aplicable a la insolvencia. Concretamente, cabría diseñar ese proyecto de modo que se tuvieran en cuenta las diferentes opciones de política legal que un Estado desearía considerar al formular su propio régimen de la insolvencia y se presentarían disposiciones modelo para la puesta en práctica de los diversos criterios normativos existentes. La Comisión tal vez desee tomar en consideración a este respecto, y con miras a una eventual cooperación con el Comité J de la Sección de Derecho Comercial de la Asociación Internacional de la Abogacía, la labor exploratoria que está efectuando el Comité J sobre las nociones fundamentales de un régimen modelo para la insolvencia (véase el párrafo 11).

* * *